

GIUSTIZIA CIVILE.com

RIVISTA SCIENTIFICA

ISSN 2420-9651

DIRETTA DA GIUSEPPE CONTE E FABRIZIO DI MARZIO

EMERGENZA COVID-19 Speciale n. 3

Uniti per l'Italia

La Rivista dedica al tema Emergenza Covid-19 un percorso di approfondimento e confronto. I lettori avranno così l'occasione di indagare i diversi profili della materia attraverso gli scritti che saranno pubblicati in questa sezione nel tempo. Questo è il terzo Speciale.

NUMERO 3

Indice

I ARBITRATO E PROCESSO CIVILE

1. Giustizia sportiva d'emergenza, di *Alberto Maria Gambino, Piero Sandulli e Michela Morgese* 3
2. L'arbitrato fra lockdown e fase due: una proposta di intervento normativo, di *Stefano A. Cerrato e Francesco De Santis* 13
3. Perché i Dpcm sul Covid non sono incostituzionali?, di *Alessandro Rosario Rizza* 19

II BANCA FINANZA ASSICURAZIONI

4. La modifica unilaterale dei contratti bancari al tempo del Covid-19. Prime riflessioni, di *Luca Sicignano* 27
5. Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond, di *Sara Landini* 41
6. La conclusione dei contratti bancari all'epoca del covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento, di *Stefano Guadagno* 53

V

III CRISI D'IMPRESA

7. Gli effetti della pandemia sui concordati preventivi omologati. Una possibile soluzione, di *Alessandro Ireneo Baratta* 63
8. Gli effetti del Covid-19 sul codice della crisi d'impresa, di *Giacinto Parisi* 69
9. Crisi d'impresa e Covid-19: considerazioni generali, di *Luca Simonetti* 75
10. Il diritto dell'insolvenza al tempo della pandemia, di *Giuseppina Ivone* 79

IV OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

11. La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid, di *Giulio Ponzanelli* 91
12. Covid-19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria, di *Giovanni Facci* 105
13. Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato, di *Elena Bellisario* 123

V FAMIGLIA E SUCCESSIONI

14. Diritto alla bigenitorialità, diritto di visita e frequentazione e coronavirus: un mosaico in composizione?, di *Davide Piazzoni* 141
15. L'emergenza Coronavirus fra ordinarietà e straordinarietà dell'attività di normazione, di *Guglielmo Bevivino* 163

16. Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus, di *Caterina Silvestri* 179

VI LAVORO

17. Ammortizzatori sociali per Covid-19 e la schizofrenia normativa: dalla conversione del d.l. Cura Italia al d.l. Rilancio, di *Michele Faticato* 195

18. Il superminimo alla prova dell'emergenza: la gestione (collettiva) dell'assorbimento, di *Valentina Anibaldi* 211

19. Le misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro, di *Milena d'Oriano*. 221

20. Emergenza sanitaria e piattaforme conciliative: una proposta per gestire le transazioni da remoto, di *Valentina Anibaldi* 245

21. Prevenire i rischi psicosociali del lavoro (fr-)agile da COVID-19. Riflessioni operative dal modello spagnolo, di *Stefano Bini* 253

22. Contact tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell'epidemia da Covid-19 (anche nel rapporto di lavoro), di *Lucia D'Arcangelo*. 261

23. Il divieto di licenziamento nel decreto "Cura Italia", di *Matteo Verzaro* . . . 277

24. Note sulla Cassa integrazione in deroga al tempo del diritto emergenziale, di *Gennaro Ilias Vighiotti* 251

—
VI
—

25. Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale, di *Paolo Iervolino* 293

VII OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

26. La tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell'emergenza Covid-19, di *Martina D'Onofrio* 303

27. Oltre la Crisi. Lockdown e locazioni commerciali, di *Leone Massa* 309

28. Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale, di *Federico Ferro Luzzi*. 315

29. Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus), di *Aldo Angelo Dolmetta* 319

30. Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti, di *Ugo Mattei e Alessandra Quarta*. 333

31. Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia, di *Luca Guerrini* 345

32. Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità, di *Rosario Franco* 359

33. Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus, di *Aurelio Gentili* 383

34. Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto, di <i>Alberto Maria Benedetti</i>	403
35. Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà, di <i>Giuseppe Sparano</i>	413
36. Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile, di <i>Raffaele Morello</i>	417
VIII SOCIETÀ E CONCORRENZA	
37. Rilancio e rafforzamento patrimoniale delle imprese in crisi Covid, di <i>Fabrizio Di Girolamo</i>	437
37. È privilegiato il credito di regresso spettante Sace in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?, di <i>Renato Rordorf</i>	453
39. Le adunanze degli organi sociali delle cooperative ai tempi del Coronavirus, di <i>Federico Onnis Cugia</i>	461
40. La collegialità nelle società di capitali al tempo della pandemia, di <i>Mario Stella Richter jr</i>	481
41. La continuità aziendale della produttività capitalistica nella crisi epidemiologica, di <i>Settimio Desideri</i>	491
42. Nuova finanza nel Decreto Liquidità ed effetti sul mercato, di <i>Fabrizio Di Girolamo</i>	493
43. Garanzie rilasciate da SACE S.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998, di <i>Stefano Delle Monache</i>	501
IX SOGGETTI E NUOVE TECNOLOGIE	
44. L'attività motoria ai tempi del Covid-19, di <i>Federica Lombardi</i>	509
45. La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19, di <i>Giorgio Resta</i>	519
46. Le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per ragioni sanitarie, di <i>Vito Amendolagine</i>	539
47. "Immuni" e la Costituzione, di <i>Alfonso Celotto</i>	549

I

ARBITRATO E PROCESSO CIVILE

1.

Giustizia sportiva d'emergenza

1. - Giustizia sportiva e pandemia.

Gli effetti della **pandemia**, così come è accaduto per altre vicende processuali, si sono riversati anche sul processo sportivo, il quale, sia di tipo endo, che eso federale, ha avuto un “tempo sospeso” dovuto al blocco delle competizioni sportive.

Da tale crisi sono, però, scaturite delle opportunità che la giustizia sportiva ha saputo cogliere.

È stato, infatti, accelerato il processo di informatizzazione di essa e sono stati predisposti protocolli per la gestione, da remoto, dei giudizi, sia quelli che hanno svolgimento davanti ai giudici federali, che quelli che trovano attuazione presso i giudici sportivi.

Il procedimento di telematicizzazione si è reso necessario anche in vista della eventuale ripresa delle **competizioni** che, in particolare nel calcio, vedrà la disputa delle partite con tempi molto ravvicinati tra loro, circostanza questa che, a sua volta, troverà i giudici sportivi impegnati a rispondere alla potenziale domanda di giustizia in tempi ristrettissimi, a cui solo l'utilizzo della modalità da remoto potrà consentire una sollecita risposta. Oltre all'accelerazione della telematicizzazione del processo sportivo, peraltro già avviata, in seno alla Federcalcio, dall'autunno del 2019, la pandemia, causata dal **coronavirus**, ha prodotto anche un nuovo giudizio sportivo speciale regolato dall'art. 218 del **decreto legge “rilancio”** (n. 34 del 2020) il quale si è occupato, nel capo quarto del suo ottavo titolo, delle misure relative allo sport (artt. 216, 217 e 218, rispettivamente rubricati “Disposizioni in tema di impianti sportivi”, “Costituzione del ‘Fondo per il rilancio del sistema sportivo nazionale’” e “Disposizioni processuali eccezionali per i provvedimenti relativi all'annullamento, alla prosecuzione e

alla conclusione delle competizioni e dei campionati, professionistici e dilettantistici”). Va anche ricordato che, nella parte dedicata al lavoro (titolo terzo), sono rinvenibili alcune norme legate alla tutela del rapporto di lavoro sportivo (art. 98, recante, letteralmente, “Disposizioni in materia di lavoratori sportivi”).

Invero, l’art. 218, rubricato “disposizioni processuali eccezionali per i provvedimenti relativi all’annullamento, alla prosecuzione e alla conclusione delle competizioni dei campionati professionistici e dilettantistici”, contiene alcune deroghe, relative alle disposizioni dell’ordinamento sportivo, in merito ai campionati professionistici inerenti sia la stagione agonistica in corso (2019/2020) che quella successiva (2020/2021). In virtù di dette deroghe, contenute nel comma 1 e nel comma 2 dell’art. 218, le Federazioni sportive sono legittimate ad operare, in via eccezionale, in merito alla organizzazione, alla composizione ed alle modalità di svolgimento delle competizioni e dei campionati. Inoltre, alle Federazioni, sia di quelle aderenti al CONI, che quelle inserite nel Comitato Paralimpico, è consentita la possibilità di definire le classifiche finali dei campionati professionistici e di quelli dei dilettanti, in deroga alle regole che, all’inizio della stagione in corso (2019/2020), erano state dettate dalle Federazioni e/o dalle Leghe organizzatrici dei singoli tornei.

Tali deroghe operano, costituendo eccezioni a quanto previsto dalle fonti in materia di giustizia sportiva, vale a dire l’art. 7 alla lett. *h bis*) del d.lgs. n. 242 del 1999 e la L. n. 280 del 2003 (Cfr. Corte Cost., n. 49 del 2011, in *Dejure* e in *Giust. civ.*, 2011, 1145, con nota di G. MANFREDI e di A. TODARO, che ha confermato la legittimità costituzionale del sistema della giustizia sportiva voluto dalla L. n. 280 del 2003).

Invero, nelle fonti sopra citate sono previste le regole del “giusto processo sportivo” che, tra le altre, prevedono l’esistenza di un doppio grado di giudizio interno alle Federazioni sportive e la possibilità di un giudizio di legittimità, meglio specificato dall’art. 54 del Codice di giustizia sportiva, varato dal CONI nel 2014, da svolgersi presso il Collegio di garanzia dello sport, sedente presso il Comitato Olimpico.

2. - L'art. 218 d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

Dunque, a fare seguito ai già noti decreti legge “cura Italia” e “liquidità”, rispettivamente 17 marzo 2020, n. 18 ed 8 aprile 2020, n. 23, c'è ora il c.d. “decreto rilancio”, a dettare “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19.”.

Ferma restando la necessità di conformarsi agli «indirizzi e ai controlli del CONI» e di operare “secondo principi di imparzialità e trasparenza», in considerazione della valenza pubblicistica delle attività afferenti «al controllo in ordine al regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi professionistici» così come disposto dall'art. 23 dello Statuto del CONI, «in considerazione dell'eccezionale situazione determinatasi a causa della emergenza epidemiologica da Covid-19», il menzionato articolo 218 del decreto in questione, come si è accennato, riserva alle Federazioni sportive nazionali, di cui sopra, la possibilità di «adottare, anche in deroga alle vigenti disposizioni dell'ordinamento sportivo, provvedimenti relativi all'annullamento, alla prosecuzione e alla conclusione delle **competizioni e dei campionati, professionistici e dilettantistici**, ivi compresa la definizione delle classifiche finali, per la stagione sportiva 2019/2020, nonché i conseguenti provvedimenti relativi all'organizzazione, alla composizione e alle modalità di svolgimento delle competizioni e dei campionati, professionistici e dilettantistici, per la successiva stagione sportiva 2020/2021».

Nella misura in cui si tratti di provvedimenti adottati tra la data di entrata in vigore del decreto «e il sessantesimo giorno successivo a quello in cui ha termine lo stato di emergenza dichiarato con la **delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020**» (cioè, il 31 luglio 2020) – essendo quei provvedimenti gli unici a rientrare nell'ambito di applicazione del richiamato art. 218 – nelle more dell'adeguamento delle carte statutarie e regolamentari del CONI e delle **Federazioni**, che dovranno predisporre “specifiche norme di giustizia sportiva per la trattazione delle controversie aventi a oggetto i provvedimenti di cui al comma 1 secondo i criteri e i requisiti di cui al presente comma” – è stata concentrata in capo al Collegio di garanzia dello Sport la competenza, in unico grado e con cognizione estesa al merito, degli organi di giustizia sportiva.

3. - La procedura prevista dall'art. 218 del decreto rilancio.

Le ragioni di particolare urgenza, dettate dalla impreveduta ed imprevedibile pandemia, hanno dunque portato il legislatore a dar vita ad un procedimento speciale in grado di risolvere celermente i potenziali contenziosi che le deroghe alle regole generali di celebrazione delle competizioni e dei tornei avevano, all'inizio di stagione, previsto.

Va, peraltro, ricordato che la costruzione operata dall'**art. 218 d.l. n. 34 del 2020**, non implica una novità assoluta nel sistema della giustizia sportiva in quanto, già in precedenza, con l'**art. 1 L. n. 145 del 2018 (legge di bilancio per il 2019)** erano state dettate, con i commi 647, 648, 649 e 650, alcune norme relative alla impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive, normativa nella quale era stato eliminato il giudizio endofederale interno alle Federazioni e consentito il solo reclamo al Collegio di garanzia per lo sport, con competenza estesa anche al merito delle questioni.

Il provvedimento del Collegio di garanzia è, come ricordato, impugnabile, nel suo contenuto o nell'eventuale silenzio (ove il giudice sportivo non emetta la sua decisione nel termine perentorio previsto in quindici giorni) dal deposito del ricorso o dal "silenzio-rifiuto", che si realizza se il provvedimento dei giudici sportivi non è preso entro il prescritto termine.

In particolare, contro il provvedimento, emesso in unico grado dai giudici sedenti presso il CONI ed «omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio» – sulla falsariga di quanto altre esigenze di celerità hanno indotto il legislatore a disporre agli **artt. 669-sexies**, comma 1, e **702-ter, comma 5, c.p.c.**, a proposito, rispettivamente, del procedimento cautelare uniforme e del sommario di cognizione – (provvedimento equiparabile a quelli amministrativi), è ammesso il ricorso innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, che ha competenza funzionale inderogabile in materia, entro il termine perentorio di quindici giorni, che scatta dal momento della pubblicazione dell'atto impugnato ovvero dal momento in cui si è formato il silenzio.

Al fine di abbreviare il più possibile il termine di detto giudizio, il legislatore dell'emergenza ha previsto che trovino applicazione, al riguardo, i termini contenuti nell'**art. 129 c.p.a. (d.lgs. n. 104 del 2010)**, che regola il

giudizio avverso gli atti di esclusione dalle elezioni comunali, provinciali e regionali. Nella medesima direzione, al ricorso si applicano, infatti, i limiti dimensionali degli atti processuali previsti per il rito elettorale «dal **decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016**», il quale, a sua volta, all'art. 3, comma 1, *lett. b)*, in ossequio al principio di sinteticità degli atti, circoscrive in 30.000 caratteri le dimensioni degli atti processuali di parte, salva diversa autorizzazione del Presidente del TAR Lazio ed escluse, comunque, le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Le regole di questo giudizio sono state, inoltre, deformalizzate ed accelerate il più possibile.

La causa è discussa nella prima udienza utile, decorsi sette giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, e sono stati accelerati i termini per la proposizione di ricorsi incidentali e di motivi aggiunti, i quali debbono essere notificati e depositati prima dell'apertura dell'udienza.

La discussione della causa, solo per ragioni eccezionali, può essere rinviata per una sola volta e detto rinvio non può superare i sette giorni dalla prima udienza.

Il giudizio sarà deciso con sentenza semplificata, da pubblicarsi entro il giorno successivo a quello dell'udienza (solo in riferimento al deposito della sentenza viene derogata la procedura prevista dall'**art. 129 d.lgs. n. 104 del 2010**, che, con il comma 6, prevede, invece, il deposito della sentenza in forma semplificata nello stesso giorno).

È utile ricordare che la sentenza in forma semplificata viene utilizzata, stando all'**art. 74 c.p.a.**, nei casi di manifesta fondatezza od infondatezza ovvero di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, e, coerentemente con quanto disposto dalla stessa disposizione, a mente della quale la motivazione potrà consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme», anche nel caso di cui all'art. 218 è consentita la motivazione *per relationem*, con riferimento agli scritti di parte accolti dal giudice.

Solo per ragioni eccezionali, di particolare complessità, è consentita la pubblicazione della decisione in forma frazionata, con il dispositivo da

emetterli il giorno successivo a quello dell'udienza e la parte motiva della sentenza nei dieci giorni successivi all'udienza.

È previsto, dal quarto comma dell'art. 218, un decreto cautelare emesso dal Presidente del TAR nelle ipotesi in cui si ravvisi un «pregiudizio irreparabile», che possa realizzarsi nelle more della decisione di merito. Solo in simili circostanze il Presidente è chiamato a provvedere sull'istanza cautelare prima dell'udienza. Diversamente, la decisione su tali domande è riservata all'udienza collegiale e su di essa il giudice provvede con ordinanza, «se entro il giorno successivo a quello dell'udienza non è pubblicata la sentenza in forma semplificata e se la pubblicazione del dispositivo non esaurisce le esigenze di tutela anche cautelare delle parti». Terminato il giudizio di primo grado dinanzi al TAR Lazio, giudizio esente dalla sospensione feriale dei termini, prevista dal coordinato disposto dell'art. 1 L. n. 742 del 1969 e dal secondo comma dell'art. 54 c.p.a., gli interessati potranno proporre appello avverso la decisione del TAR Lazio al Consiglio di Stato.

L'impugnazione deve essere esperita nel termine decadenziale di quindici giorni dal giorno successivo a quello dell'udienza di primo grado, giorno nel quale dovrà essere stata depositata la sentenza in forma semplificata. Se la sentenza è stata, invece, resa con modalità frazionata il termine, di quindici giorni, decorre dal momento della pubblicazione della motivazione.

Il provvedimento eccezionale, dettato dalla L. n. 145 del 2018, ha, dunque, dato vita ad un'ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva, che si era aggiunta all'elenco contenuto nel primo comma nell'art. 133 del Codice del processo amministrativo, come ipotesi che contenuta nella lett. z-septies), che ha incrementato la già ampia casistica della giurisdizione esclusiva.

Il procedimento, così descritto dalla L. 145 del 2018, dà vita ad un giudizio amministrativo che si svolge innanzi al TAR del Lazio in primo grado e in fase di appello davanti al Consiglio di Stato, con termini abbreviati, al fine di rispondere, con modalità ragionevolmente brevi, alla delicata domanda di giustizia, relativa al settore dell'ammissione e dell'esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o delle associazioni sportive.

C'è da dire che, a prescindere dalla condivisibilità o meno della scelta di

riservare alla giurisdizione esclusiva la decisione sull'impugnazione dei provvedimenti in oggetto e, più ampiamente, di quelli federali e del CONI, essa risulta, comunque, indubbiamente coerente con la neonata ipotesi di giurisdizione esclusiva sui «provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche», di cui poc'anzi, e con la riserva alla stessa giurisdizione della decisione su «ogni altra controversia avente ad oggetto atti» del CONI o delle federazioni, diversa da quelle tecniche, disciplinari ovvero afferenti a «rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti», di cui all'art. 3 L. 17 ottobre 2003, n. 280.

4. - Conclusioni.

Il nuovo procedimento, dettato dall'emergenza Covid-19, analogamente a quello contenuto nella L. n. 145 del 2018, si caratterizza per espressa e chiara volontà del legislatore, per avere natura eccezionale, che non dà vita ad una limitazione delle regole del giusto processo sportivo, piuttosto prende le mosse dalla considerazione, più volte effettuata dal Consiglio di Stato, che equipara il provvedimento emesso dal CONI (e per esso dai suoi giudici) ad un atto amministrativo idoneo a regolare gli equilibri interni al settore sportivo ed in quanto tale impugnabile innanzi ai giudici amministrativi.

A ben vedere non è neppure possibile parlare di una ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva in quanto, nel caso di specie, ci si trova in presenza di una giurisdizione su atti, la cui sindacabilità è propria del giudice amministrativo.

In considerazione di quanto sopra ricordato, non può, quindi, destare eccessiva preoccupazione l'aver sottratto ai giudici endofederali detta materia, né la mancata previsione del doppio grado di giudizio, interno al sistema della Giustizia sportiva.

Una ultima considerazione deve essere fatta in riferimento alla funzione conciliativa del CONI, funzione esercitata dalla Camera di Conciliazione ed Arbitrato, istituita nel 2001 e troppo velocemente soppressa nel 2007. Sarebbe auspicabile che nella materia trattata, così come in altre vicende

insorte nel mondo dello sport, si dia luogo ad una procedura di mediazione, autorevolmente gestita dal CONI, idonea a riportare nel mondo sportivo la necessaria armonia che deve essere alla base di ogni competizione. Armonia quanto mai necessaria dopo gli accadimenti eccezionali che abbiamo, nostro malgrado, vissuto.

5. - Riferimenti bibliografici.

A. BENINCAMPI, *Autonomia e indipendenza della giustizia sportiva endofederale e ruolo della Commissione federale di garanzia*, in *Riv. dir. sport.*, 2, 2016, 308 ss.; A. BONAFINE, *La giurisdizione statale e quella sportiva: il sistema di riparto alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 3958/2014*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2015, 164 ss.; A. BUONFINO, *Profili risarcitori nel procedimento disciplinare sportivo e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2016, 56 ss.; L. FERRARA-F. ORSO, *Il Codice di giustizia del CONI tra omogeneizzazione procedurale e autonomia federale*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2015, 5 ss.; M. FARINA, *Il Collegio di Garanzia dello Sport: competenze e procedimenti. Note a prima lettura*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2015, 114 ss.; S. FIDANZA-G. SANGIUOLO, *La rinnovata autonomia della giustizia sportiva all'indomani del nuovo codice. Uncommento all'art. 4 del codice di giustizia sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2015, 73 ss.; A.M. GAMBINO, *Principi e prassi dell'arbitrato sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2017, 120 ss.; F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975; A. MERONE, *Nomina dei giudici sportivi e federali. Terzietà, autonomia e indipendenza*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2015, 102 ss.; A. PANZAROLA, *Sui principi del processo sportivo (riflessioni a margine dell'art. 2 del codice di giustizia sportiva)*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2015, 32 ss.; M. PROTO, *Su autonomia e indipendenza dei "nuovi" organi di giustizia*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2015, 97 ss.; M. SANINO, *Giustizia sportiva*, Padova, 2016; P. SANDULLI-M. SFERRAZZA, *Il giusto processo sportivo*, Milano, 2015; P. SANDULLI, *Il Nuovo giudizio relativo alle ammissioni e/o esclusioni dalle competizioni*, in *Riv. dir. sport.*, 2, 2018, 297 ss.; P. SANDULLI, *Osservazioni sui limiti della giustizia sportiva rispetto alla giurisdizione statale*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2017, 128 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Quel che resta dell'arbitrato sportivo (dopo il nuovo codice della giustizia sportiva 2014)*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2015, 51 ss.; Per i recenti interventi della giustizia ammini-

strativa: si v. **Cons. St., sez. V, 20 dicembre 2018, n. 7165**, con nota di P. SANDULLI, *Il potere di controllo del giudice amministrativo sul procedimento disciplinare illegittimo nel giudizio sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1, 2019, 159 ss.; **Cons. St., 10 maggio 2018, n. 3036**, con nota di M. SANINO, *Un ulteriore contributo in merito ai profili di giurisdizione in materia di Giustizia Sportiva*, in *Riv. dir. spor.*, 1, 2018, 224 ss.; **TAR Lazio, sez. I ter, ord. 11 ottobre 2017, n. 10171**, con nota di E. MORLINO, *Autonomia dell'ordinamento sportivo e giudice amministrativo: profili critici di una ridefinizione degli equilibri*, in *Riv. dir. sport.*, 2, 2017, 401 ss.

2.

L'arbitrato fra lockdown e fase due: una proposta di intervento normativo

La pandemia che sta sconvolgendo abitudini, vita sociale, economia a livello mondiale non ha naturalmente risparmiato la giustizia civile, uno dei settori dove – e non solo nei sistemi di matrice continentale – i giudizi si svolgono in forme prevalentemente orali, che prevedono una dialettica «in presenza» fra magistrati, avvocati, parti e terzi coinvolti a vario titolo (testimoni, ausiliari).

Le regole di *lockdown* prima e di distanziamento sociale della cd. «Fase 2», poi, hanno imposto un brusco arresto dei processi in corso e un rallentamento di tutte le attività anche propedeutiche alla loro introduzione (si veda l'art. 83, comma 8, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, come modificato dalla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27).

In questo scenario, l'arbitrato ha vissuto in una sorta di limbo, non essendo stato preso in considerazione dagli interventi normativi emergenziali che si sono susseguiti a breve distanza, salvo essere poi «recuperato» nel corso della conversione in legge del d.l. n. 18/2020 mediante l'estensione, limitata alla forma dell'arbitrato rituale, di tutte le disposizioni «emergenziali» dettate per i processi davanti al giudice dello Stato (cfr. art. 83, comma 21, d.l. n. 18/2020, conv., con modificazioni, in L. n. 27/2020). Si tratta tuttavia di un'estensione «in quanto compatibile», e l'uso di questa clausola genera, come accade di frequente, non pochi dubbi, ora perché non pare adeguata a coprire tutte le specificità dell'arbitrato (ad esempio: la sospensione si applica anche ai termini per la nomina di

arbitri? Come opera per i termini *ex nominatione dierum*? Chi è «capo dell'ufficio» nei procedimenti arbitrali?), trascura l'arbitrato irrituale (la cui peculiarità è essenzialmente la natura del lodo, e non la procedura) e pone seri dubbi di regime transitorio (la sospensione opera in modo retroattivo?).

A ciò va aggiunto che l'arbitrato è per sua natura una forma di giustizia alternativa flessibile e fonda la sua forza sull'autonomia che viene lasciata a parti ed arbitri di regolare la procedura, nel rispetto del principio del contraddittorio. Dunque, per certi versi l'arbitrato rappresenta, a maggior ragione oggi, uno strumento capace di adeguarsi senza forzature e senza rischio di essere snaturato, ad una situazione che esige di abbandonare le regole del «contatto umano diretto» di giudici, avvocati e parti a favore di meccanismi che modulano «a distanza» lo svolgimento delle attività.

Taluni regolamenti di camere arbitrali, anzi, da ben prima della pandemia consentono agli arbitri ampia libertà organizzativa delle udienze, anche istruttorie.

Poiché la forza dell'arbitrato sta anche nella chiarezza delle sue regole operative, e poiché una generica estensione delle regole dettate per il processo civile (che rimetta all'interprete di valutarne l'effettiva applicabilità con il metro di giudizio della compatibilità) a volta si rivela un fuorviante veicolo di incertezze, ci è parso opportuno formulare una proposta normativa che – premessa l'abrogazione della generica formula di cui al comma 21 dell'**art. 83, d.l. 18/2020** – detti una disciplina autonoma della materia, sia pure in stretto coordinamento con le regole della normativa emergenziale (su questi temi sia consentito rinviare a quanto S.A. CERRATO osserva sul *Sole-24ore* del 7 maggio 2020, pag. 26, nonché allo scritto di F. DE SANTIS, *L'arbitrato rituale solidale*, Milano, 2020, in corso di pubblicazione).

Si spera che la proposta sia utile a chiarire i dubbi applicativi e che essa possa essere utile per alimentare un proficuo dibattito fra studiosi e operatori, ispirando interventi normativi da adottare in tempi brevissimi (auspicabilmente, già in occasione della conversione del **d.l. 30 aprile 2020, n. 28** – attualmente in discussione in Senato come A.S. 1786 – che reca, fra l'altro, disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile).

Si confida altresì che, superata l'emergenza, si apra, a tutti i livelli, una stagione di rinnovato solidarismo processuale, nella quale la cultura arbitrale sia capace di mettere a disposizione dell'impresa e del mercato strumenti di tutela (alternativi alla giurisdizione) affinati, rapidi ed efficaci.

In sintesi, il contenuto della proposta può essere descritto come segue (si fa riferimento ai commi dell'articolato che è riportato in calce al presente documento).

RELAZIONE

Il **comma 1** dell'articolo estende agli arbitrati, anche irrituali, in quanto compatibili, le disposizioni dei primi due commi dell'**art. 83, d.l. n. 18/2020**. Si prevede l'estensione anche all'arbitrato irrituale, con il limite della compatibilità, in quanto la natura meramente contrattuale del lodo non osta a che l'arbitrato irrituale sia condotto – come quasi sempre avviene – secondo regole procedurali affini a quelle dell'arbitrato rituale. Nel **comma 2** si precisa che la competenza ad assumere i provvedimenti di rinvio d'ufficio delle udienze, di cui al comma 1 dell'art. 83, spetta agli arbitri. La previsione è necessaria in quanto l'arbitrato non si svolge all'interno di un ufficio giudiziario e pertanto non esiste *ex se* un'autorità pubblica che ne governi lo svolgimento e possa «d'ufficio» assumere provvedimenti, come disporre un rinvio e fissare la nuova data dell'udienza.

Nel **comma 3** si precisa a quali termini si applica la sospensione di cui al comma 2 dell'art. 83. Anche questa disposizione pare necessaria, perché l'arbitrato è caratterizzato da fasi processuali diverse dal giudizio civile (si pensi alla nomina degli arbitri), i cui termini potrebbero essere ritenuti non sospesi in considerazione della discussa natura "ibrida" (sostanziale e processuale) di questo istituto. Inoltre, occorre tener conto che i termini potrebbero essere anche disposti dalla convenzione di arbitrato, o dal regolamento dell'istituzione che amministra l'arbitrato. A tale scopo si introduce un elenco dei termini che si intendono sospesi, e si precisa che la sospensione opera in deroga ad ogni eventuale diversa previsione. Inoltre, a differenza di quanto prevede il codice di rito per il processo, è frequente in arbitrato che i termini siano indicati non *ex numeratione dierum* (p.e.: entro trenta giorni da...) ma a data fissa (p.e.: entro il 7 maggio 2020), sicché occorre disciplinare gli effetti della sospensione su questi

secondi. Si prevede che essi siano automaticamente prorogati di tanti giorni quanti sono quelli soggetti a sospensione.

Il **comma 4** fa salvi tutti gli atti comunque compiuti nel periodo di sospensione. La disposizione è necessaria perché – essendo la sospensione intervenuta ex post (la **legge 24 aprile 2020** l'ha estesa all'arbitrato retroattivamente fin dal 9 marzo 2020) – è ben possibile che *medio tempore* le parti abbiano compiuto attività processuali, quantomeno per non incorrere in decadenze, oppure in casi di procedimenti urgenti. Ragioni di equità rendono necessario assicurare che la sospensione retroattiva non pregiudichi gli atti già compiuti, tenuto conto che la sospensione dei termini non impedisce alle parti di compiere egualmente gli atti del procedimento arbitrale, ed agli arbitri di prendere provvedimenti nel rispetto del principio del contraddittorio.

Il **comma 5** mutua una regola presente nell'**art. 820 c.p.c.**, che riconosce agli arbitri, dopo la sospensione, comunque un termine di almeno novanta giorni per la pronuncia del lodo. È opportuno estenderla anche nel caso di specie, considerato che (soprattutto dopo una così lunga sospensione di attività e di chiusura degli uffici e studi professionali degli arbitri) pare equo e ragionevole concedere agli arbitri di disporre di un margine adeguato di tempo per redigere il lodo.

I **commi da 6 a 10** contengono le disposizioni di disciplina del procedimento arbitrale nella «Fase 2», vale a dire fino a cessazione delle misure di distanziamento sociale. Il comma 6 affida agli arbitri la competenza ad assumerli, posto che – a differenza dell'art. 83 – non è possibile demandarne il compito ad un «capo dell'ufficio», che in arbitrato non esiste.

Il **comma 7** prevede la possibilità che le udienze, anche per escussione testimoniale, si svolgano con collegamento da remoto. Non si tratta di una disposizione innovativa, poiché l'**art. 816-bis c.p.c.** consente ampia autonomia nell'organizzazione della procedura e qualche regolamento di istituzioni arbitrali già lo prevede (p.e. la Camera Arbitrale di Milano). Ci pare, però, necessario declinare espressamente tale previsione, sia per regolare quanto già di prassi avviene nelle istituzioni arbitrali, sia per consentire a tutti gli arbitrati *ad hoc* (quelli che non sono gestiti da camere arbitrali, e sono una larga maggioranza) di adottare queste misure con adeguate precauzioni, che sono individuate nell'affidare agli arbitri il compito di

attestare (alla stregua di pubblici ufficiali) l'identità delle parti e la veridicità di quanto viene dichiarato fino a querela di falso, sottoscrivendo il verbale con firma digitale ai sensi del **codice dell'amministrazione digitale**.

Il **comma 8** estende le regole ora descritte all'attività dei consulenti tecnici nell'arbitrato, in analogia con quanto prevede l'**art. 83 del d.l. 18/2020**.

Il **comma 9** ed il **comma 10** disciplinano deposito e scambio di atti e documenti e l'invio di provvedimenti degli arbitri, prevedendo che sia in ogni caso efficace l'invio tramite posta elettronica certificata, indipendentemente da ogni diversa regola prevista nella convenzione arbitrale o nel regolamento dell'istituzione. Il comma 10, in particolare, estende all'arbitrato le regole speciali sulla sottoscrizione a distanza della procura alle liti, declinando una regola autonoma ai fini della qualificazione di procura «in calce», posto che le regole contenute nel comma 20 *ter* dell'art. 83 sono calibrate sul deposito degli atti nel processo civile telematico, non applicabili all'arbitrato.

La norma non importa alcun nuovo o maggiore onere per la finanza pubblica.

3.

Perché i Dpcm sul Covid non sono incostituzionali?

In questi giorni, sfogliando le pagine di primari quotidiani, è facile imbattersi in riflessioni (spesso contrastanti) di giuristi, più o meno noti al grande pubblico, sulla legittimità costituzionale dei decreti adottati dal Governo, in questo periodo, ancora, di piena emergenza.

La confusione sul tema, forse evitabile, ha stordito l'opinione pubblica, costringendola a confrontarsi con le grandi e spesso complesse tematiche del diritto costituzionale.

Neppure le catene diffuse sui più noti *social network* hanno ignorato la problematica: è facile, infatti, imbattersi nell'ormai nota citazione di Marta Cartabia, Presidente della Corte costituzionale, secondo cui non è possibile rinvenire, all'interno della Costituzione repubblicana, disposizioni da cui dedurre la possibilità di sospendere le libertà fondamentali.

Eppure, sorprenderà ma questa affermazione è solo in parte corretta.

Come noto alla pubblicistica italiana, il testo della Costituzione (c.d. Costituzione formale) rappresenta solo il punto di partenza (la punta dell'*iceberg*, direbbe qualcuno) attraverso cui ricostruire teorie e modelli; il testo, spesso laconico, è stato così completato dalle disposizioni legislative o dalle riflessioni della dottrina (così si parla della c.d. Costituzione materiale).

È, dunque, il caso di fare maggiore chiarezza e partire da questo punto fermo, mai messo in discussione dalla più autorevole letteratura: la Costituzione è un qualcosa di più complesso della somma dei suoi articoli.

Fatta questa osservazione, dobbiamo entrare nel "cuore" del problema e vedere perché gli strumenti usati dal Governo per rispondere all'emergenza sanitaria non possono dirsi incostituzionali.

È indubbio che le libertà fondamentali – contemplate con una struttura spiroidale nella prima parte della Costituzione – possono essere limitate solo attraverso una fonte primaria: vuol dire che solo la legge ordinaria, approvata dalle Camere può intervenire a disciplinare le materie anzidette. Questo meccanismo, noto con l'espressione "riserva di legge", è spesso accompagnato dalla necessaria autorizzazione del giudice in caso di limitazione di una libertà: è la non meno nota "riserva di giurisdizione".

Dunque, il primo dubbio sorto sulla legittimità dell'intervento governativo ha riguardato innanzitutto gli strumenti giuridici usati: possono limitarsi le libertà fondamentali con un atto di natura amministrativa, emanato dal Governo e sottratto ad ogni genere di controllo da parte del Parlamento?

Potrà apparire strano, ma la risposta cui è giunta la più autorevole dottrina pubblicistica, nell'immaginare situazioni simili è da sempre stata positiva. E ciò per alcune brevi ragioni.

La Costituzione italiana, all'art. 78, stabilisce che in caso di guerra, deliberata dalle Camere in seduta comune, siano conferiti al Governo i poteri necessari, s'intende, per fare fronte alla situazione.

Da questa breve norma, riferibile alla Costituzione formale, la dottrina ha elaborato una figura di portata più ampia, secondo cui il Governo sarebbe titolare di poteri "necessari" non solo in caso di guerra, ma anche quando si manifesti una situazione straordinaria ad essa equiparabile.

Per utilizzare un'espressione di Giuseppe Marazzita, ordinario di Diritto costituzionale, l'"emergenza" diviene fonte del diritto.

Si è molto riflettuto, dunque, su quale strumento usare in queste situazioni, e la più autorevole dottrina ha ritenuto inopportuno rimettere la decisione al Parlamento sull'assorbente rilievo che i tempi eccessivamente lunghi dei lavori parlamentari (sul punto, mi pare superfluo indugiare oltre) sarebbero non solo incompatibili, ma anche dannosi in una situazione emergenziale come quella odierna.

In fondo, quei poteri "necessari" di cui parla la Costituzione nell'art. 78 altro non racchiudono se non il conferimento al Governo di un potere normativo *extra ordinem*, finalizzato a fronteggiare l'emergenza.

Dunque, sulla forma può risponderci in questi termini: non è illegittimo intervenire attraverso un decreto per regolare libertà fondamentali, che, in

una situazione ordinaria, dovrebbero essere di esclusiva competenza parlamentare.

Insomma, il decreto è uno strumento rapido, veloce, che si adatta al pericolo imminente o, per dirla con Paolo Veronesi, professore all'Università di Ferrara, è uno strumento con cui rispondere all'"urgenza del reagire".

In assenza di una legislazione sull'emergenza, già presente in altri Paesi, il Governo ha preferito percorrere la strada già auspicata dalla dottrina e condivisa anche da Gustavo Zagrebelsky: un intervento preventivo con un decreto legge volto ad autorizzare i successivi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, rispettandosi così, comunque, una riserva di legge relativa sui diritti fondamentali (unica critica che mi pare possibile muovere al Governo riguarda invece il dibattuto problema del raccordo sulla sospensione dei termini processuali, risolto con l'intervento di un decreto legge a modifica della stessa legge di conversione precedente).

Se il profilo formale ha sollevato dubbi, neppure quello sostanziale è andato esente da dure critiche e sospetti di illegittimità.

La seconda domanda è questa: ammesso che in emergenza si può disciplinare una libertà fondamentale per mezzo di un atto amministrativo, è possibile che lo stesso limiti o sopprima tali libertà?

In altri termini: è legittimo il contenuto dei decreti?

Anche in questo caso, nonostante le numerose voci contrarie, la risposta è di nuovo positiva.

All'affermazione di Marta Cartabia, che circola insistentemente nei dibattiti giornalistici, l'autorevolissima dottrina italiana, da Livio Paladin a Paolo Barile, ha sostenuto che quando la necessità (in ispecie sanitaria) diventa fonte del diritto è possibile limitare talune libertà: addirittura, in casi estremi, si è parlata di vera "sospensione" dei diritti.

Tutto questo, che potrebbe sembrare all'occhio meno esperto, una scelta dispotica, egoista, dittatoriale, è, invece, sintomo di grande altruismo. Vediamo il perché.

È possibile suddividere i diritti fondamentali in due grandi categorie: i diritti individuali, esercitati dal singolo come persona (pensiamo alla libertà personale o alla tutela del domicilio) e i diritti collettivi, che si esercitano in forma collettiva (come il diritto di riunione o di associazione).

Ebbene, il diritto alla salute è un diritto complesso: esso è, contemporaneamente, diritto individuale, riguarda il singolo come persona, e anche diritto collettivo, cioè garantito nell'interesse altrui, nell'interesse della società nel suo complesso.

Un esempio chiarificherà il tutto: la vaccinazione obbligatoria garantisce il diritto alla salute individuale, tutela chi si vaccina, e – contemporaneamente – realizza il diritto alla salute collettiva, tutelando la società e tutti coloro che con quella persona si relazioneranno. Questa particolare struttura del diritto alla salute fa sì che esso abbia una “forza” particolare rispetto agli altri: mira, infatti, a una tutela duplice.

Ma potrebbe obiettarsi ciò: perché il diritto alla salute dovrebbe prevalere su un diritto come quello alla libertà personale, che innerva in sé le conquiste dello Stato di diritto, dell'*habeas corpus* di secolare esperienza? Perché impedire a una persona di uscire liberamente o limitare la sua attività d'impresa? Anche qua, la risposta non è la Costituzione, ma è un percorso scandito da un continuo dialogo tra dottrina e giurisprudenza. Vediamo, in breve, come.

022

Anche alla Costituzione repubblicana si è applicata la celebre teoria piramidale delle fonti elaborata da Hans Kelsen: i diritti contemplati dalla Costituzione non sono posti sullo stesso piano.

Esiste, invece, una tacita gerarchia, per cui alcuni diritti prevalgono su altri.

Speculazione teorica, potrebbe pensarsi.

Assolutamente no, risponderebbero i costituzionalisti più attenti.

La Corte costituzionale, infatti, risolvendo queste problematiche, ha affermato che le norme costituzionali non sono poste tutte sullo stesso tavolo di valori, ma alcune di esse sono più importanti di altre.

Si è così parlato dell'esistenza dei principi supremi dell'ordinamento che, in caso di contrasto, prevalgono su ogni altra norma con essi incompatibile, sia pure contemplata in Costituzione.

In questo senso, il diritto alla salute è da sempre considerato prevalente rispetto agli altri, dotato di una “forza attiva” maggiore rispetto alle altre libertà costituzionali momentaneamente limitate.

Non a caso, in letteratura si è notato che il diritto alla salute, tutelato nell'art. 32, è l'unico che il Costituente ha espressamente definito “fonda-

mentale”, così conferendogli quel ruolo di principio supremo come poi immaginato nel Palazzo della Consulta.

La libertà personale, scandita dai nostri gesti più quotidiani, il lavoro, oggi più che mai limitato, l’attività d’impresa, ridotta al minimo, sono tutti profili di grande delicatezza e interesse. Diritti garantiti dalla Costituzione, degni, certo, di tutela, ma destinati a cedere innanzi a qualcosa di superiore come la salute, quella individuale e quella pubblica.

Che poi, se si vuole, per quanto diritti primari, essi, procedendo a una *reductio ad unum*, sono diritti strumentali rispetto alla salute, che rappresenta il bene cui tende ogni altro diritto.

La salute garantisce la vita.

Come ha osservato Paolo Caretti, noto costituzionalista rodigino, la vita è il diritto assoluto cui tende l’intero quadro costituzionale, senza cui non vi potrebbe essere l’esercizio di nessun altro diritto: niente passeggiate, niente ristoranti, nessun lavoro.

A questo punto, allora, si può dire che i diritti primari, mai fin d’ora messi in dubbio perché mai fin d’ora si sono affrontate simili situazioni, possono essere limitati se si vuole proteggere un bene superiore: la salute, e, dunque, la vita. Diritto, di nuovo, ambivalente: la nostra e quella dei nostri cari.

Nella complessa opera di bilanciamento, dunque, prevale il diritto alla salute, pur garantendosi, come richiede la Corte costituzionale, la c.d. “operatività minima” del diritto “soccumbente”, che, nel caso, mi pare vi sia stata.

Questo mi sembra il perimetro corretto per interpretare gli interventi di un Governo fin troppo criticato nel suo operare giuridico.

Un perimetro che non si è costruito oggi, ma è il risultato di fatica e sforzi intellettuali.

E, allora, rivediamo la veloce affermazione di Marta Cartabia.

Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali non si trovano scritti nella Costituzione a chiare lettere.

L’Assemblea ha preferito un testo aperto, che si potesse adeguare, attraverso l’opera della dottrina e della giurisprudenza, alle mille difficoltà cui lo Stato moderno è sottoposto: come ha scritto il filosofo teoretico Eric

Weil, la democrazia non è mai statica, ma è sempre in movimento e necessita di continui adeguamenti, anche all'emergenza e all'inaspettato. Questa è la vera anima di un testo che – come ha scritto Antonio Flamini, già ordinario di Diritto privato all'Università di Camerino – pone la persona al suo centro.

È la Costituzione, bellezza.

II

BANCA FINANZA ASSICURAZIONI

4.

La modifica unilaterale dei contratti bancari al tempo del Covid-19. Prime riflessioni

1. - Brevi cenni sullo *ius variandi* bancario.

Le misure di contenimento adottate a causa dell'epidemia da Covid-19 hanno comportato, in molti casi, un aumento dei costi di gestione e organizzativi, con rilevanti conseguenze sui contratti ancora in corso ad esecuzione continuata, periodica o differita, stipulati prima dell'emergenza. Infatti, il programma contrattuale risulta attuato in un contesto differente rispetto a quello concordato, con il rischio che la prestazione di una delle parti risulti più onerosa, difficile o addirittura impossibile. Perciò, il legislatore è intervenuto con una serie di norme di dettaglio, tra cui gli artt. 88 e 88-*bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. *Decreto Cura Italia*, nonché in tema di inadempimento con l'art. 91 dello stesso decreto; e infine con l'art. 216 del decreto "Rilancio", d.l. 19 maggio 2020, n. 34 [BENEDETTI, 2020; DOLMETTA, *Misure di contenimento*, 2020, 151 ss.; ZACCHEO, 2020]. Norme significative in un momento di crisi sociale ed economica come quello in corso, ma – a ben vedere – lontane dal prevedere una disciplina specifica applicabile a tutti i contratti in corso di esecuzione.

In verità, con riguardo ai contratti bancari, di durata o a tempo indeterminato, non vi è la necessità di un'apposita previsione legislativa perché il regolamento contrattuale può essere facilmente adeguato agli eventi sopravvenuti mediante l'esercizio dello *ius variandi*. La banca è, infatti, titolare di un vero e proprio diritto potestativo di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali, e i cui effetti sono risolutivamente condizio-

nati dall'esercizio del diritto potestativo di recesso, spettante al cliente che subisce la modifica [in questi termini, SCHLESINGER, 1992, 18 ss.; GAGGERO, 1999, 4 ss.; GAMBINI, 2000, 80 ss.; MORERA, 2010, 984 ss.; PAGLIANTINI, 2012, 559 ss.; LIACE, 2019, 734 ss.]. Tale istituto è disciplinato dall'**art. 118, TUB**, che ne stabilisce limiti e condizioni. In particolare, le banche devono convenire, con una clausola approvata specificamente e preventivamente per iscritto, il diritto di modificare unilateralmente, nei contratti a tempo indeterminato, i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto, qualora sussista un giustificato motivo (**art. 118, comma 1, TUB**). Nei contratti di durata, diversi da quelli a tempo indeterminato, non possono essere oggetto di *ius variandi* le clausole aventi ad oggetto i tassi di interesse (**art. 118, comma 1, TUB**), salvo che il cliente, non qualificato come consumatore o micro-impresa, approvi appositamente che la modifica avvenga al verificarsi di specifici eventi e condizioni (**art. 118, comma 2-bis, TUB**). In ogni caso, il cliente può recedere dal contratto una volta ricevuta comunicazione espressa individuale (**art. 118, comma 2, TUB**), fermo restando che le variazioni contrattuali per cui non siano state osservate le prescrizioni dell'**art. 118, TUB** sono inefficaci, se sfavorevoli al cliente (**art. 118, comma 3, TUB**). Tale disciplina si applica a tutte le banche e intermediari finanziari quando l'attività sia svolta nel territorio italiano (**art. 115, comma 1, TUB**), indipendentemente dalla nazionalità. Pertanto, sono soggetti a tale disciplina anche i contratti di conto corrente stipulati *on-line* con banche straniere che esercitano in Italia, nonché, gli istituti di moneta elettronica [in relazione a quest'ultimo aspetto, DE POLI, 2013, 1600; LIACE, 2019, 711]. Lo *ius variandi* è, infatti, definito come un efficace strumento per «conservare l'equilibrio (sinallagmatico) tra le singole prestazioni contrattuali, passando attraverso il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico dell'intero complesso delle prestazioni contrattuali, tipologicamente simili, effettuate dall'imprenditore nei confronti di un numero indefinito di controparti» [così ABF Collegio di Coord., 26 febbraio 2016, n. 1889, nonché ABF Milano, del 20 aprile 2010, n. 249; ABF Roma, 23 aprile 2013, n. 2202; in dottrina, FERRO LUZZI, 2011, 730 ss.]. Pertanto, non è riconducibile a tale schema la modificazione del contratto che avviene automaticamente al verificarsi di una circostanza sopravvenuta, come in caso di mutuo a tasso

variabile, poiché la scelta non è rimessa alla mera volontà di una delle parti [SIRENA, 2007, 263 ss; nonché Min. Svil. Ec., circ. del 21 febbraio 2007, n. 5574].

Tuttavia, il legittimo esercizio del diritto presuppone che l'alterazione dell'originario equilibrio non dipenda da un comportamento della banca [MAIMERI, 2010, 132; MORERA, 2010, 984 ss.; SIRENA, 2007, 262 ss. e 277, SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE, 2012, 88] o sia finalizzata a garantire un margine di profitto [ABF Roma, 6 marzo 2015, n. 1722; ABF Torino, 5 maggio 2017, n. 4845; nonché, in dottrina, CENTINI, 2011, 403 ss.]; e non stravolga i termini reali dell'operazione come concepiti in origine, altrimenti costituirebbe novazione, che non è un diritto esercitabile unilateralmente [GAMBINI, 2000, 81; IORIO, 2008, 33].

Il problema che si pone è, quindi, determinare se gli eventi-conseguenza dell'emergenza sanitaria possano essere adottati dalla banca quale giustificato motivo ai fini dell'esercizio dello *ius variandi*, evidenziandone gli eventuali profili di criticità.

2. - Le indicazioni generiche: il rispetto degli oneri informativi.

029

È da escludere che possano legittimare l'esercizio dello *ius variandi* motivazioni ampie come “a causa dell'epidemia in corso” o “a causa del rispetto delle misure di contenimento”, prive di ulteriori e puntuali indicazioni. Il ricorso a simili formule – generali e talvolta onnicomprensive – non è un'ipotesi remota, come del resto è dimostrato dalle numerose decisioni dell'ABF, ove sono, appunto, censurate motivazioni generiche [per tutti, ABF Milano, 9 luglio 2010, 716; ABF Milano, 9 agosto 2011, n.1705; ABF Collegio di Coord., 26 febbraio 2016, n. 1889; nonché DOLMETTA, 2013, 191; PAGLIANTINI, *Sub art. 118* 2013, 1641].

La comunicazione inviata al cliente, ai sensi dell'**art. 118, comma 2, TUB**, deve includere, infatti, una puntuale descrizione del giustificato motivo, in quanto è diritto del cliente essere informato in maniera sufficientemente precisa sulle ragioni della modifica e sulla sua portata, che deve essere proporzionata alla causa legittimante [in questi termini, Min. Svil. Ec., circ. del 21 febbraio 2007, n. 5574, nonché ABF Milano, 20 aprile 2010, n. 249]. Tale onere non è espressamente previsto dalla legge ma ampiamente

ricosciuto dalla dottrina che lo fonda sul canone oggettivo di buona fede [DOLMETTA, 2012, 38; SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE, 2012, 108]. Il cliente deve, infatti, poter operare «una scelta consapevole in ordine al diritto di recesso» [in questi termini ABF Collegio di Coord., 12 dicembre 2018, n. 26498; inoltre, ABF Milano, 4 marzo 2010, n. 98. Precisa, invece, che «detta valutazione si lega a un giudizio sull'efficacia della modifica, non già all'eventuale opportunità del cliente di recedere», DOLMETTA, 2012, 38 s.]; o alternativamente esercitare lo specifico diritto di lamentare in giudizio l'insussistenza delle motivazioni addotte [PAGLIANTINI, *Modificazione unilaterale* 2013, 506].

Tale stringente dovere informativo è, però, mitigato da una parziale libertà delle forme nella modalità di comunicazione. La comunicazione, infatti, in forma scritta o mediante altro supporto durevole, può essere recapitata anche mediante strumenti rapidi e frutto dell'evoluzione tecnologica, come un messaggio *in-app*, o sms, seppur sia onere della banca dimostrare il fatto oggettivo dell'arrivo della comunicazione al cliente [FERRO LUZZI, 2011, 735 s.]. Giova sul punto ricordare che nei giudizi dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario non sono ammesse prove testimoniali.

3. - Gli eventi rilevanti: il Covid-19 è un giustificato motivo?

La comunicazione individua, quindi, una sopravvenienza, nucleo centrale del giustificato motivo, che ha alterato l'originario rapporto sinallagmatico, aggravando il sacrificio di una delle parti o diminuendo l'utilità che il contratto reca. Tuttavia, la legge non definisce né elenca gli eventi rilevanti, lasciando agli interpreti l'arduo compito della loro individuazione. Sul punto, sembra essere indiscutibile che l'evento epidemiologico, o più precisamente gli eventi-conseguenza puntualmente individuati, possano essere legittimamente addotti quali sopravvenienze rilevanti, rientrando nell'ambito degli eventi imprevedibili e straordinari che astrattamente producono effetti significativi sui contratti in corso.

In assenza di indicazione normativa, d'ausilio nella ricostruzione operata è una Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico, Circ. n. 5574 del 21 febbraio 2007, nella quale si sostiene che il giustificato motivo ricomprende tutti gli eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario. Tali

eventi possono essere sia quelli che i) afferiscono alla sfera del cliente (ad esempio, il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito) cd. *giustificato motivo soggettivo*; ii) sia quelli che consistono in variazioni di condizioni economiche generali che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (ad esempio, tassi di interesse, inflazione ecc.), cd. *giustificato motivo oggettivo*.

In dottrina, ciò che accomuna una parte delle ricostruzioni è che deve trattarsi di un evento futuro e incerto, ossia una o più sopravvenienze, specifiche e circostanziate, in grado produrre effetti sull'equilibrio contrattuale e non derivanti da un fatto proprio della banca o rientranti nell'alea del contratto [per tutti, CENTINI, 2011, 403 ss.; CIVALE, 2013, 204 ss.; SIRENA, 2007, 267 ss.]. Di diverso avviso è altra parte della dottrina secondo cui l'evento deve essere estraneo ed incidere su un complesso di rapporti in maniera tale da rendere economicamente non sopportabile il peso negativo dello stesso, se reiterato [FERRO LUZZI, 2012, 149].

Secondo un'ulteriore interpretazione, invece, l'istituto andrebbe analizzato ricorrendo all'analisi delle ipotesi già previste dalla legge su obbligazioni e contratti in tema di sopravvenienze passive, ossia quanto previsto dagli artt. 1186, 1461, 1464, c.c. [SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE, 2012, 78 ss. e in part. 85; in senso parzialmente difforme DOLMETTA, 2013, 190]. Tale dottrina sostiene che non possono darsi motivi di *ius variandi* della banca ulteriori rispetto alle sopravvenienze, cui, per diritto generale, è legato un effetto estintivo, o modificativo, del rapporto. I confini del giustificato motivo oggettivo coincidono (salvo taluni correttivi) con quanto previsto in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, ossia «in un fatto successivo alla conclusione del contratto, che, nella sostanza, altera (quantomeno nel suo valore economico) l'assetto degli interessi dei contraenti così come programmato dal contratto stesso, senza che l'alterazione fosse prevedibile al tempo dell'atto [...] né il fatto imputabile al contraente a favore del quale sia previsto il *ius variandi*». Il giustificato motivo soggettivo, invece, sarebbe da ricondurre *latu sensu* alle ipotesi previste dagli artt. 1186 e 1461, ossia un inadempimento o deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore.

Tuttavia, accogliendo tesi più o meno restrittive, il risultato non muta: i

puntuali eventi-conseguenza dell'epidemia da Covid-19, con riguardo ai contratti stipulati prima dell'aggravarsi dell'emergenza, costituiscono avvenimenti straordinari e imprevedibili e come tali rilevanti ai sensi dell'art. 118, TUB. In ogni caso, però, la certa imprevedibilità dell'evento addotto non si traduce automaticamente in una modificazione unilaterale legittima, dovendosi altresì valutare gli effetti concreti prodotti sul singolo rapporto bancario mediante il cd. giudizio di congruità.

Inoltre, come è stato precisato in dottrina, il giustificato motivo non coincide con la clausola della buona fede contrattuale, anche se da essa il corretto esercizio dello *ius* non può prescindere [DOLMETTA, 2012, 40 ss.]. Le conseguenze di questa riflessione sono molteplici; una fra tutte è la seguente: in ossequio al principio di buona fede oggettiva, se la banca opera una modificazione a proprio favore in presenza di una circostanza, deve operare un'identica modificazione in presenza di altra simile circostanza, seppur ciò sia a vantaggio del cliente. Quest'ultima circostanza, da tener presente oggi, riguarderà certamente il futuro.

4. - La modifica non può essere sproporzionata: il giudizio di congruità.

Il giudizio di congruità è uno degli elementi più importanti nell'analisi in corso, in quanto è volto ad escludere che taluni eventi possano essere occasione per modifiche unilaterali che non mirino al riequilibrio del rapporto contrattuale. Per tale ragione, ricevuta la comunicazione, è opportuno valutare la coerenza tra l'accadimento posto a fondamento del giustificato motivo e la variazione contrattuale proposta [per tutti, DOLMETTA, 2013, 193; SARTORI, 2012, 144 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE, 2012, 104 ss., nonché, ABF Milano, 9 agosto 2011, n. 1705; ABF Roma, 23 novembre 2012, n. 3981; ABF Coll. di Coord., 26 febbraio 2016, n. 1889; ABF Collegio di Coord., 12 dicembre 2018, n. 26498]. Si tratta di un giudizio su base parziale *ex ante*, ossia nella prospettiva del cliente e secondo le informazioni comunicate, che opera in concreto sull'*an* e sul *quantum*, ovvero sulla proporzionalità della variazione in relazione al motivo addotto [in relazione a quest'ultimo aspetto, SARTORI, 2012, 144 s.]. Una modifica che non superi tale giudizio è incon-

grua, dunque non “giustificata”, e pertanto, come disposto dell’**art. 118, comma 3, TUB**, è inefficace, se sfavorevole per il cliente. In ogni caso, la modifica apportata deve superare anche un giudizio controfattuale, ossia corrispondere al contenuto che si sarebbe previsto, se il fatto fosse stato presente e conosciuto al momento di stipulazione del contratto [in questo senso, SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE, 2012, 104].

Secondo una nota della Banca d’Italia, richiamata da una recente decisione dell’Arbitro Bancario Finanziario [ABF Collegio di Coord., 12 dicembre 2018, n. 26498], non appaiono coerenti le modifiche che: «i) realizzano interventi sulle tariffe, anche una tantum, a fronte di costi allo stesso tempo già sostenuti, non ricorrenti e che hanno già esaurito i loro effetti; [...] iii) fanno riferimento a una pluralità di motivazioni» [Banca D’Italia, nota, 28 marzo 2017, n. 412631]. Infatti, interventi *una tantum* si traducono di fatto in prelievi occasionali, che, dal punto di vista del cliente, riducono l’incentivo a valutare l’opportunità del recesso, anche nei casi in cui sarebbe conveniente e possono, quindi, dare luogo ad un effetto di *lock-in* della clientela che contrasta con le finalità dello *ius variandi*. Del resto, se il fine ultimo dello *ius variandi* è il riequilibrio del rapporto contrattuale, sembra corretto ritenere che addebiti occasionali in capo al cliente non possano conciliarsi con la necessità di un riequilibrio *pro-futuro* e in via continuata del contratto rispetto a quanto originariamente convenuto. Infatti, la modifica unilaterale, conformemente alla sua funzione di riequilibrio del rapporto contrattuale, può essere apportata solo finché perdura il presupposto che la legittima [SCIARRONE ALIBRANDI-MUCCIARONE, 2012, 105].

Inoltre, l’Arbitro Bancario Finanziario ha più volte precisato che non è altresì consentita l’introduzione mediante *ius variandi* di clausole nuove [ABF Milano, 20 aprile 2010, n. 249; ABF Napoli, 28 maggio 2010, n. 460; ABF Napoli, 28 febbraio 2011, n. 397; ABF Roma, 14 ottobre 2011, n. 2165; ABF Milano, 12 maggio 2015, n. 3724; nonché, in senso critico, in dottrina PAGLIANTINI, *Sub art. 118* 2013, 1641 ss.; DOLMETTA, 2013, 188 ss.]. Infatti, si osserva che una clausola nuova introduce necessariamente un elemento di novità non presente nell’originario assetto dei contraenti, e come tale estraneo alla finalità di riequilibrio del sinallagma contrattuale. Anche in questo caso, si tratta di una valutazione in concreto; che opera

attraverso l'analisi dell'elemento di novità introdotto, e non, quindi, mediante la denominazione della voce addebitata in conto corrente. In questa prospettiva, risulta illegittimo anche l'aumento di una voce già prevista, quando sia finalizzato a dissimulare un diverso ma nuovo costo [Min. Svil. Ec., Circ. n. 5574 del 21 febbraio 2007; Banca d'Italia, provv., 29 luglio 2009; ABF Torino, 5 maggio 2017, n. 4845; ma OLIVIERI, 2011, 166, per cui sarebbe vietata esclusivamente l'immodificabilità in *peius* del *quantum* di profitto originariamente convenuto].

Contestualizzando le osservazioni appena svolte è da escludere, quindi, che le banche mediante l'esercizio dello *ius variandi* possano istituire un generico contributo di solidarietà per far fronte ai maggiori costi derivanti dal Covid-19, introducendo clausole nuove o aumentando i costi di voci già previste. E alla stessa conclusione deve pervenirsi anche quando si riversino sul cliente i costi derivanti dall'adeguamento strutturale che le banche dovranno apportare – o che hanno già sostenuto – per rendere i luoghi di lavoro salubri e in sicurezza. Infatti, questi ultimi sono certamente costi *una tantum* che al momento della modificazione avranno presumibilmente già esaurito i propri effetti, e come tali inidonei a giustificare la variazione contrattuale.

Le conclusioni cui si è pervenuti sollevano, però, dubbi riguardo al rispetto dei principi di solidarietà sociale, come tutelati dalla Costituzione [sui principi di solidarietà sociale nel contratto, BIANCA, 2019, 24 ss.; in senso critico GAZZONI, 2019, 723], perché il pregiudizio derivante da un aumento sopravvenuto dei costi, per ragioni di salute pubblica, sarebbe posto sempre ed esclusivamente a carico dell'istituto bancario.

Tuttavia, deve ritenersi che l'addebito di costi *una tantum*, o di contributi di solidarietà, possa derivare esclusivamente da una volontaria accettazione da parte del cliente. Infatti, la modifica unilaterale è volta a risolvere un difetto causale nella fase esecutiva del contratto, al fine di ripristinare l'equilibrio delle singole prestazioni contrattuali, squilibrate nel presente per adeguarle al futuro. È presumibile che, i costi *una tantum*, al momento dell'addebito, abbiano già esaurito i propri effetti, e pertanto non ineriscano più alle prestazioni ma siano diventati un elemento interno al patrimonio della parte che li subisce. Infatti, alterano l'equilibrio sinallagmatico ma in un istante macroscopico del presente che nell'attimo successivo

è già *memoria* [sull'inafferrabilità del tempo BERGSON, 1986, 291], e per questo estraneo alle finalità dello *ius variandi*. Del resto, anche in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta è tendenzialmente irrilevante la temporanea alterazione dell'equilibrio economico; e nell'**art. 1458 c.c.**, in tema di risoluzione, con riguardo ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, si dispone espressamente che "*l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite*". Una diversa lettura consentirebbe un vero e proprio potere impositivo, di regola riservato solo allo Stato.

In definitiva, sebbene in questo periodo di emergenza si ravvisi la necessità di una maggiore pregnanza dei principi di solidarietà sociale, come osservato anche in *questa Rivista* [DE MAURO, 2020; DOLMETTA, *il problema della rinegoziazione*, 2020; FRANCO, 2020; MACARIO, 2020], lo *ius variandi* costituisce un istituto eccezionale, ed ogni estensione del suo ambito operativo può avvenire solo attraverso l'intervento dello Stato, valutando pazientemente l'equilibrio degli interessi in gioco.

5. - (Segue): l'evento epidemiologico e l'**art. 91 del c.d. Decreto Cura Italia**.

035

L'**art. 91 del cd. Decreto Cura Italia** reca una previsione di particolare interesse per i contratti in corso, seppur in tema di inadempimento. La disposizione, infatti, introduce il comma *6-bis* all'**art. 3 d.l. n. 6 del 2020**, per cui «Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli **artt. 1218 e 1223 c.c.**, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Si tratta di una norma di difficile valutazione [v. per tutti, A. M. BENEDETTI, 2020; M. ZACCHEO, 2020] che assume, però, rilevanza nell'analisi in corso. Infatti, è oramai opinione consolidata in dottrina che attraverso lo *ius variandi* è consentita la modifica di clausole non solo economiche, ma anche normative o regolamentari [ABF Napoli, 2 aprile 2010, 192 e in dottrina DOLMETTA, 2013, 185-186, e PAGLIANTINI, *Sub art. 118*, 2013, 1642; SANTONI, 2007, 255]. La banca, pertanto, al fine del rispetto delle misure di contenimento potrebbe modificare i termini di

esecuzione dei suoi servizi. Tuttavia, proprio la previsione dell'art. 91, del c.d. *Decreto Cura Italia* introduce una riflessione riguardo all'opportunità di procedere ad una tale modifica unilaterale, in quanto l'inadempimento causato dalla necessità per il debitore di osservare una misura di contenimento è valutato ai fini dell'esclusione della responsabilità. Pertanto, la banca, per ritornare all'esempio in precedenza posto, può ritardare l'esecuzione di servizi a causa della predisposizione e gestione delle misure di contenimento, evitando di incorrere in responsabilità e facendo venire meno la necessità di apportare modifiche alle condizioni contrattuali. Modifiche, che – come sopra rilevato – potrebbero risultare superflue anche in virtù della loro necessaria temporaneità.

6. - Riferimenti bibliografici.

Sull'uso dell'articolo *lo*, invece che *il*, M. GEYMONAT, *Jus variandi: «il» o «lo»?* (Risposta ad un anonimo), in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 305 ss.; F. CIVALE, *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, 2013, 187.

Sugli interventi del legislatore nell'ambito del diritto dei contratti e l'interpretazione delle norme v. A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 03.04. 2020; A.A. DOLMETTA, *Misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 151 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.

Sulla **definizione** di *ius variandi* si v. tra molti, P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 18 ss.; P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 4 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, 80 ss.; S. PAGLIANTINI, *Potere unilaterale di variazione dei contratti bancari*, in *Dig. comm., Agg.*, VI, Torino, 2012, 559 ss.; G. LIACE, *Sub art. 118*, in COSTI-VELLA (diretto da), *commentario breve al Testo Unico Bancario*, 2019, 734 ss. Altra dottrina, invece, ritiene che la banca ha il potere di proporre modifiche che non possono essere rifiutate

dal cliente, se non con l'esercizio del diritto di sciogliere il contratto, in particolare si v., G. SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della L. n. 248 del 2006*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 249 ss.

L'art. 118 TUB è una norma che ha subito diverse modifiche nel corso degli anni, per una disamina si v., G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 3. Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*⁵, Torino, 2014, 105 ss., in part. nt. 13; nonché A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012, 94 ss.; G. SANTONI, *Lo jus variandi*, cit., 2007, 249 ss.

La disciplina prevista dall'art. 118, TUB, ai sensi dell'art. 115, TUB, trova applicazione anche verso gli istituti di moneta elettronica, si v., M. DE POLI, *Sub art. 115*, in DE CRISTOFARO-ZACCARIA (diretto da), *commentario breve al Diritto dei Consumatori*, 2013, 1600; G. LIACE, *Sub art. 118*, cit., 2019, 711. Non si applica la disciplina dell'art. 118, TUB quando la modificazione avviene automaticamente al verificarsi di taluni presupposti, si v., P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n.223 del 2006)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 262 ss.

Sulla *ratio* dello *ius variandi*, una parte della dottrina sostiene che l'istituto sia finalizzato a ripristinare l'equilibrio contrattuale leso da eventi sopravvenuti, v. per tutti, P. SIRENA, *Il ius variandi*, cit., 2007, I, 262 ss., A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, 270 ss. Altra tesi in dottrina, precisa che l'art. 118, TUB è posto a tutela della stabilità del sistema bancario nel suo complesso, leso da una variazione dei rapporti contrattuali del tutto irrilevante per il singolo cliente, ma tale da assumere effetti insopportabili per la banca, che si vede moltiplicare, per un numero indefinito di volte, il micro-squilibrio di segno a lui negativo, si v., F. FERRO LUZZI, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi: primi orientamenti dell'ABF*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 730 ss. Ancora in senso differente si v., G. OLIVIERI, *Usi e abusi dello "ius variandi" nei contratti bancari*, in *An. giur. econ.*, 2011, 166 ss. Una parte della dottrina sostiene che in tutti i casi in cui si tratti di riequilibrare singoli rapporti, non incidenti sul sistema bancario, sia necessario utilizzare i classici rimedi civilistici, quale ad esempio l'eccessiva onerosità sopravvenuta, A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., 113.

Alcuni Autori sostengono che l'alterazione dell'equilibrio sinallagmatico non deve dipendere da un comportamento della banca v., F. MAIMERI,

La commissione di massimo scoperto fra prassi e legge, Bari, 2010, 132; U. MORERA, *Sub art. 118*, in PORZIO-BELLI-LOSAPPIO-RISPOLI-FARINA-SANTORO (a cura di), **Testo unico bancario. Commentario**, Milano, 2010, 984 ss.; P. SIRENA, *Il ius variandi*, cit., 2007, 262 ss. e 277, A. SCIARRONE ALIBRANDI-G. MUCCIARONE, *La pluralità di serie normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in DOLMETTA-SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, 88.

Altri Autori sostengono che la modifica **a)** non deve essere finalizzata al **mantenimento di un margine di profitto** v., A. CENTINI, *La disciplina delle modifiche unilaterali (ius variandi) nel Testo unico bancario dopo il d.lgs. n.141 2010*, in *Contratti*, 2011, 403 ss.; Sostiene, invece, che è vietata esclusivamente l'immodificabilità in *peius* del *quantum* di profitto originariamente convenuto, G. OLIVIERI, *Usi e abusi*, cit., 2011, 166; **b)** non deve **stravolgere i termini reali dell'operazione**, altrimenti costituirebbe novazione, si v., M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., 2000, 81; e G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, 33.

Sull'uso di motivazioni generiche si v., S. PAGLIANTINI, *Sub art. 118*, in DE CRISTOFARO-ZACCARIA (diretto da), *commentario breve al Diritto dei Consumatori*, 2013, 1641. In particolare, una parte della dottrina ha osservato che in alcuni casi il giustificato motivo addotto dalle banche è riconducibile a "brevi cenni sull'universo", A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 191 ss.

Riconduce il diritto ad una puntuale informazione al canone oggettivo di buona fede A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in A.A. DOLMETTA-SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, 38 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI-G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit., 2012, 108.

Precisa che la valutazione operata dal cliente attiene ad *a)* un giudizio di efficacia sulla modifica, A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, 2012, 38-39; *b)* al diritto di lamentare in giudizio l'insussistenza delle motivazioni addotte, S. PAGLIANTINI, *Modificazione unilaterale del contratto*, in *Enc. dir.*, Anali VI, Milano, 2013, 506.

Sulle **modalità di comunicazione** della variazione v., F. FERRO LUZZI, *Il "giustificato motivo"*, 2011, 735-736.

Sul giustificato motivo si v., Min. Svil. Ec., circ. del 21 febbraio 2007, n. 5574, A. SCIARRONE ALIBRANDI-G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit., 2012, 78 ss.; in senso difforme A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., 2013, 190. Inoltre, altra parte della dottrina sostiene che l'evento deve essere estraneo e incidere su un complesso di rapporti in maniera tale da rendere economicamente non sopportabile il peso negativo dello stesso, se reiterato, si v. F. FERRO LUZZI, *Ipotesi e rilievi sui confini applicativi dell'art. 118 t.u.b. dopo l'introduzione del comma 2-bis*, in A.A. DOLMETTA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, 149. Ancor più radicale un diverso orientamento, secondo cui in realtà qualsiasi motivo purché giustificato, ossia costituente la base di una decisione coerente e sorretta da ragioni apprezzabili sul piano del diritto, e ad esclusione dell'arbitrarietà, può legittimare la variazione, si v., M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., 219 ss.

Sul giudizio di congruità v. per tutti, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, 2013, 193; F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 t.u.b.*, in A.A. DOLMETTA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, 144 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI-G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit., 2012, 104 ss.; nonché L. SICIGNANO, *Osservazioni ad ABF, Coll. coord. n. 26498/2018, in tema di modifica unilaterale del contratto bancario e sussistenza del giustificato motivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, in attesa di pubblicazione. Sostiene che giudizio di congruità opera sull'*an* e sul *quantum*, ovvero sulla proporzionalità della variazione in relazione al motivo addotto, F. SARTORI, *Sul potere*, cit., 2012, 144 s.

In relazione all'introduzione di clausole nuove, si v. S. PAGLIANTINI, *Sub art. 118*, cit., 2013, 1641 ss.; A. A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit. 2013, 188 ss.; L. SICIGNANO, *Osservazioni*, cit.

Sui principi previsti dalla Costituzione in tema di solidarietà sociale riguardo ai rapporti contrattuali, si v. M. BIANCA, *Diritto civile 3, il Contratto*, III, Milano 2019, 24 ss.; nonché, in senso differente, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIX, Napoli, 2019, 793; in giurisprudenza v. **Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106**, in part. ove si afferma che *“il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve*

accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'**art. 2 Cost.**, impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche". Inoltre, in tema di buona fede si v. IORIO, *Le clausole*, cit., 2008, 118 ss. La solidarietà sociale quale innegabile valore da perseguire in questa fase d'emergenza, si v. A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, 6 maggio 2020; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

Sull'inafferrabilità del tempo, v. H. BERGSON, *Materia e memoria*, 1986, 291, trad. di A. PESSINA, Roma-Bari, 1996, ove sostiene «Nella frazione di secondo che dura la più corta percezione possibile di luce, hanno posto trilioni di vibrazioni, la prima delle quali è separata dall'ultima per un intervallo enormemente diviso. La nostra percezione, per istantanea che sia, consiste dunque in un'incalcolabile moltitudine di elementi rimemorati, e, a dire il vero, ogni percezione è già memoria. Praticamente, noi non percepiamo che il passato, il puro presente non essendo che l'inafferrabile progresso del passato che erode l'avvenire».

In merito alla possibilità di modificare mediante l'esercizio dello *ius variandi* non solo le clausole economiche ma anche le **clausole normative e regolamentari** v., A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., 2013, 185 s.; S. PAGLIANTINI, *Sub art. 118*, cit., 2013, 1642; G. SANTONI, *Lo ius variandi*, cit., 2007, 255.

Sull'art. 91 del cd. *Decreto Cura Italia* si v. per tutti, A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio*, cit., 3 aprile 2020; ZACCHEO, *Brevi riflessioni*, cit., 21 aprile 2020;

Sull'**art. 4 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23**, c.d. *Decreto liquidità* si v., S. GUADAGNO, *La conclusione dei contratti bancari all'epoca del Covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento*, in *Giustiziacivile.com*, 23 aprile 2020.

5.

Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond

1. - Diritto privato e rischio pandemia.

La attuale situazione sanitaria ha imposto di riflettere, da un lato, sul tema dell'impatto di fenomeni pandemici sull'efficacia dei contratti e delle obbligazioni assunte. Governo e Parlamento sono intervenuti con specifiche disposizione con finalità chiarificatorie piuttosto che innovative da un punto di vista della produzione giuridica. All'**art. 3 d.l.23 febbraio 2020, n. 6**, conv., con modificazioni, dalla **L. 5 marzo 2020, n. 13**, dopo il comma 6, è inserito il seguente art. *6-bis* in base al quale «Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli **artt. 1218 e 1223 c.c.**, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». La norma pare aver funzione di interpretazione autentica dell'**art. 1218** con riferimento alle circostanze, nel caso di specie la malattia ma anche i provvedimenti di chiusura delle attività produttive, che possono aver impedito al debitore di adempire nonostante la sua diligenza con esclusione della di lui responsabilità da inadempimento. La disposizione, infatti, individua nella presente situazione un circostanza di cui tenere conto in

via generalizzata come impedimento nell'esecuzione delle prestazioni comprese le prestazioni pecuniarie ¹.

Problema diverso riguarda i contratti che avevano ad oggetto la copertura di rischi in cui poteva ritenersi incluso il rischio di pandemia. Si pensi ai contratti di assicurazione che prevedano coperture interessate dalla presente situazione (polizze vita, polizze malattia, polizze *business interruption*, ecc.). Il problema in questa ipotesi è comprendere, anche tenuto conto della disciplina del contratto di assicurazione, se l'evento è in copertura come avremo modo di approfondire più avanti ².

Da un altro lato, ed è questo l'aspetto che approfondiremo, si potrebbe, in vista del futuro, riflettere su come gestire il rischio di pandemie in via di autonomia privata attraverso specifiche previsioni contrattuali che possano rendere i contratti resilienti al pandemic risk, prevedere codici di condotta che consentano di gestire il rischio, prevedere specifici strumenti di trasferimento del rischio. Il tema diventa poi di particolare interesse se si considera l'incedere negli ultimi anni di problemi sanitari legati a nuovi virus anche per effetto della globalizzazione, del crescente contatto

¹ La impossibilità sopravvenuta, quale causa estintiva dell'obbligazione *ex art.* 1256 c.c., non considera la volontà estintiva del creditore e che, per come disciplinata dal codice civile, sembra prestarsi ad includere ipotesi in cui vi è una impossibilità di adempiere anche a prestazioni pecuniarie ove un imprevedibile stato di crisi economica sistemica importi l'impossibilità in concreto, ancorché non in astratto, per il debitore di adempiere alla propria prestazione.

La dottrina, in base al dettato di cui all' art. 1256 c.c., afferma che l'impossibilità deve essere assoluta e oggettiva, laddove per impossibilità oggettiva di adempimento si fa riferimento ad un'impossibilità derivante da un impedimento tanto esteso da rendere impossibile qualsivoglia adempimento. Cfr. G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, *Problemi generali*, Milano, 1955, 29; O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. I. Diritto civile*, *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; L. CABELLA PISU, *Impossibilità della prestazione, adempimento dell'obbligazione, risoluzione del contratto. Spunti sistematici*, in *Scintillae iuris* (Studi in memoria di Gino Gorla), VIII, Milano, 1994, 1781 ss.

In tale logica un'obbligazione pecuniaria difficilmente potrà essere considerata impossibile. Il denaro è un bene generico e fungibile sempre reperibile in astratto.

A diverse conclusioni si può arrivare muovendo da quanto autorevolmente affermato dalla dottrina che, rifiutando qualsiasi elencazione o rigida classificazione degli eventi impeditivi, ritiene che il criterio ordinante il giudizio sulla impossibilità di adempimento debba essere piuttosto individuato nella varietà e nella diversità degli interessi che concorrono ad integrare il regolamento in cui consiste l'obbligazione: Così P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1975, 4.

² V. *infra* § 4.

da fauna selvatica e fauna domestica, di agenti inquinanti che possono incidere su mutazioni di strutture organiche come i virus ³.

2. - Il concetto di rischio nel diritto privato.

Il codice civile conosce il concetto di rischio solo nelle norme con finalità distinte con un crescente interesse, lo vediamo soprattutto in ambito societario e di crisi di impresa, alla gestione del rischio.

In alcuni casi il codice civile fa riferimento alla ripartizione del rischio tra le parti contraenti e alla possibilità di contrarre “a proprio rischio e pericolo”. Si pensi all’art. 765 in materia di vendita del diritto ereditario fatta al coerede, ove si prevede che l’azione di rescissione non è ammessa contro la vendita del diritto ereditario fatta senza frode a uno dei coeredi, a suo rischio e pericolo, da parte degli altri coeredi o di uno di essi; all’art. 1488 che esclude la garanzia per evizione se il contratto è stato escluso a rischio e pericolo del compratore; all’art. 1637 c.c. sull’accollo dei rischi dell’affittuario; all’art. 2254 c.c. sull’assunzione del rischio del socio conferente; all’art. 2235-bis sulle società che fanno ricorso al capitale di rischio.

In altri casi il legislatore disciplina gli effetti delle sopravvenienze. Nell’art. 1221 c.c. ad esempio si dice che il debitore in mora non è liberato dalla sopravvenuta impossibilità ad adempiere.

In ambito societario troviamo norme sulla gestione del rischio. Sono previste riserve per i rischi assunti; all’art. 2425 c.c. si prevede che nel conto economico vi siano specifici accantonamenti per i rischi cui la società è esposta; all’art. 2428 c.c. si prevede la redazione di una relazione, allegata al bilancio, in cui si dà atto dei “rischi e incertezze cui la società è esposta”

Vi sono poi norme in cui il concetto di rischio viene a qualificare il contenuto contrattuale. È il caso dell’art. 1655 c.c. sulla definizione di appalto che richiede che l’appaltatore realizzi l’opera con organizzazione di mezzi e a proprio rischio. Le norme in cui il concetto di rischio trova

³ K. E. JONES-N. G. PATEL-M. A. LEVY-A. STOREYGARD-D. BALK and others, *Global Trends in Emerging Infectious Diseases*, in *Nature*, 2008, 451 (7181): 990-93; S.S. MORSE, *Factors in The Emergence of Infectious Diseases*, in *Emerging Infectious Diseases*, 1995, 1 (1): 7-15.

maggiore sviluppo sono quelle relative al contratto di assicuratore. Così l'art. 1895 c.c. sancisce la nullità del contratto di assicurazione in caso di mancanza del rischio. È nell'applicazione di questa norma che si è sviluppato il concetto di rischio come probabilità di accadimento di un evento, il che vuol dire che un evento per essere assicurato deve poter essere compreso, nella propria frequenza, attraverso modelli attuariali. Il legislatore italiano, dopo aver affermato, all'art. 1895 c.c., la centralità dell'elemento del rischio all'interno del contratto di assicurazione⁴, sancendo la nullità del contratto di assicurazione per assenza del rischio, ha rinunciato alla possibilità di definire il concetto di rischio lasciando agli interpreti un simile compito.

La dottrina italiana, pronunciata sul tema, ha definito il rischio come possibilità oggettiva di accadimento dell'evento assicurato⁵.

Esiste così una relazione circolare tra i due elementi: rischio ed evento. Il rischio varia in funzione dell'evento, dal momento che ogni evento avrà una diversa probabilità di verificarsi. D'altro canto l'evento per essere assicurabile deve essere connotato da un certo grado di incertezza circa la sua verificabilità affinché possa sussistere il rischio, in mancanza del quale si avrà la nullità del relativo contratto di assicurazione ex art. 1895 c.c. Allo stesso tempo l'incertezza deve essere suscettibile di essere razionalizzata attraverso modelli matematici in quanto, in caso contrario, avrei un rischio non assicurabile in senso tecnico e quindi non mutualizzabile all'interno della comunione degli assicurati secondo il modello gestionale proprio dell'impresa di assicurazione parte essenziale del contratto.

L'evento sarà, nel caso dell'assicurazione contro i danni, una circostanza

⁴ Parla di «presupposto fondamentale del contratto» G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXVI, 1, Milano, 1973, 65.

⁵ In tal senso VIVANTE, *Il contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, I, Milano, 1886, 181; G. FANELLI, *Considerazioni sul concetto giuridico di rischio*, in *Assicurazioni*, 1944, I, 50 ss.; T. ASCARELLI, *Studi in tema di contratto*, Milano, 1953, 343 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione, i principi generali del contratto di assicurazione*, II, 2, Milano, 1954, 106 ss.; L. BUTTARO, *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 448; S. SOTGIA, *Considerazioni sulla "descrizione del rischio" nel contratto di assicurazione*, in *Assicur.*, 1969, I, 92 ss.; E. STEIDL, *Il contratto di assicurazione*, II ed., Milano, 1990, 43; SCALFI, *I contratti di assicurazione: l'assicurazione danni*, Torino, 1991, 51; Chindemi, *Note in tema di rischio assicurativo*, in *Nuova giur. comm.*, 1997, II, 311 ss.; S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004, 18 ss.; S. FORNI, *Assicurazione e impresa*, Milano, 2009, 242.

lesiva degli interessi dell'assicurato e, come tale, produttiva di un sinistro, inteso come concreto pregiudizio dell'interesse.

Nel caso dell'assicurazione sulla vita l'evento sarà, invece, un accadimento attinente alla vita umana. Al riguardo la dottrina parla di "rischio demografico", anche se nelle assicurazioni sulla vita lo stesso viene a combinarsi in varia maniera con il rischio di investimento ⁶.

Quanto poi all'incertezza dell'evento, essa non si riduce necessariamente ad un'incertezza assoluta, ma potrà essere relativa a singoli aspetti dell'evento stesso. Così nell'assicurazione contro i danni si avrà un'incertezza sia in punto di *an* che di *quandum*, nell'assicurazione per il caso di morte incerto sarà solo il *quandum*, nell'assicurazione per il caso di sopravvivenza incerto sarà incerto solo l'*an*.

Il concetto di rischio serpeggia nel codice civile attraverso il termine alea e contratti aleatori, distinti dai contratti di gioco e scommessa intesi come contratti in cui l'equilibrio economico è rimesso ad un puro *gamble* distinto da rischio che è suscettibile di razionalizzazione perché calcolabile. Si dice anche che "A Gamble is a shot in the dark. A Calculated Risk is a shot taken in the light.". Il gioco e la scommessa sono disciplinati in negativo dal **codice civile all'art. 1933** ove si sancisce che "non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti". Entro questi ambiti è possibile muoversi in via di autonomia privata nella gestione del rischio anche del rischio pandemico, vediamo, senza pretesa di esaustività, come.

3. - Perché e come gestire il rischio pandemia.

Le pandemie sono focolai su larga scala di malattie infettive che possono aumentare notevolmente la morbilità e la mortalità in una vasta area geografica e causare significative perturbazioni economiche, sociali e politiche. Le prove suggeriscono che la probabilità di pandemie è aumentata nel corso dell'ultimo secolo a causa dell'aumento dei viaggi e dell'integrazione globale, dell'urbanizzazione, dei cambiamenti nell'uso del suolo e del maggiore sfruttamento dell'ambiente naturale

⁶ G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 169.

Abbiamo visto come il diritto societario imponga agli amministratori di considerare tutti i rischi cui la società è esposta ivi inclusi quelli che possano determinare condizioni di interruzione dell'attività.

Ogni azienda ha bisogno di un piano di continuità aziendale e può stabilire come prepararsi per una pandemia e continuare a operare dopo il disastro, riducendo al minimo i tempi di recupero e le perdite aziendali.

Come parte del processo di pianificazione è necessario:

- identificare i servizi di base e ciò che è necessario per mantenere la catena di approvvigionamento;
- identificare le disposizioni relative al personale, quali telelavoro, pianificazione della successione e competenze trasversali;
- proteggere la salute del personale;
- sviluppare una strategia di comunicazione per dipendenti, clienti e fornitori;
- considerare le implicazioni finanziarie, come il flusso di cassa, gli aumenti dei costi e le assicurazioni;
- identificare piani di emergenza per l'imprevisto;
- pianificare come il piano verrà testato e aggiornato ⁷.

046

Un piano di risposta agli incidenti è un piano generale per affrontare qualsiasi numero di crisi che potrebbero avere un impatto negativo sulla attività. Il piano di risposta agli incidenti dovrebbe descrivere i tipi di incidenti o situazioni di crisi in cui dovrà essere utilizzato. Dovrebbe delineare le azioni che devono essere intraprese per limitare la perdita di vite umane e proprietà nel tempo immediatamente precedente una crisi, se possibile, nonché durante e immediatamente dopo.

Non meno importante è il piano di risanamento per rispondere efficacemente se un incidente o una crisi colpisce la attività con lo scopo di abbreviare i tempi di recupero e minimizzare le perdite.

Il piano di ripristino contiene informazioni relative alla pianificazione per il recupero nonché alla ripresa di attività commerciali critiche dopo che si è verificata una crisi. Descrive inoltre l'intervallo di tempo in cui è possi-

⁷ Per queste considerazioni si rinvia in particolare a S.M. SMOLINSKY-M.A. HAMBURG-J. LEDERBERG J. eds., *Microbial Threats to Health: Emergence, Detection and Response*, 2000, Washington DC.

bile aspettarsi realisticamente di riprendere le normali operazioni commerciali.

I piani aziendali diventano così strumenti di autoregolamentazione per far fronte alle crisi di impresa.

4. - Il contratto di assicurazione come strumento di trasferimento del rischio.

Il rischio pandemia può essere classificato come rischio catastrofe ovvero un rischio che, per la sua stessa natura, è del tutto eccezionale, discontinuo e imprevedibile, nonché estremamente gravoso per le sue conseguenze. Si suole poi distinguere i rischi catastrofici in eventi di origine umana e naturale. Sono riferibili ai primi il rischio di guerra, insurrezione, tumulto. Ai secondi sono ascrivibili il terremoto, gli uragani, le inondazioni, il gelo e la pioggia⁸. Si tratta di eventi suscettibili di determinare sinistri già oggetto di altre coperture. Si pensi all'incendio, oggetto dell'assicurazione incendi, che può, però, essere determinato da attività ascrivibili al tumulto popolare.

Il problema dell'assicurabilità dei rischi catastrofici, è un problema *in primis* di assicurabilità in senso tecnico avente però rilevanza anche sul piano giuridico.

La assicurabilità tecnica dipende da una valutazione del rischio assicurato compiuta secondo parametri diversi dal giudizio di assicurabilità in senso giuridico intesa come conformità della copertura assicurativa all'ordinamento. Va detto che tale distanza di concetti trova ripensamenti da parte dei fautori della teoria che vede nell'impresa assicuratrice un elemento strutturale del contratto di assicurazione, ovvero uno strumento necessario per la realizzazione dell'operazione economica contrattuale⁹. Per tal via si arriva a concludere che l'assicurabilità in senso tecnico, in quanto

⁸ Per questa partizione A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 262.

⁹ Così C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione, Assicurazioni sulla vita*, vol. III, Milano, 1887, 2 ss. In senso analogo più recentemente S. SOTGIA, *Contratto di assicurazione con premio in base ad elementi di rischio fluttuanti*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, vol. II, Bologna, 1952, 639 s.; ID., *La prestazione dell'assicuratore*, in *Ass.*, 1959, I, 365 ss.; L. MOSSA, *Sistema del contratto di assicurazione nel libro delle obbligazioni del codice civile*, *ivi*, 1953, I, 149 ss.; G. FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del quarantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, 111 ss.

condizione necessaria per la gestione del rischio da parte dell'impresa assicuratrice, sia anche il presupposto per l'attuazione della funzione propria del contratto di assicurazione riconosciuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

Con riferimento alla copertura di rischi catastrofali, il legislatore italiano ha optato per un rinvio all'autonomia del predisponente. All'art. 1912 c.c. si prevede, infatti, che "terremoto, guerra, insurrezioni, tumulti popolari", sono esclusi dalle polizze danni "salvo patto contrario". Niente si prevede in ambito di polizze vita, se lo è ricordato infatti Ivass che, nel dettare i contenuti minimi dei contratti di assicurazione vita collegati ai mutui ha previsto anche l'esclusione del decesso dovuto a rischi catastrofali (cfr. **Reg. Ivass ex Isvap 40/2012**).

Nelle sopra ricordate considerazioni sulla assicurabilità in senso tecnico del rischio riposa la *ratio* della norma in esame che, pur non escludendo l'assicurabilità in senso giuridico dei rischi catastrofali, richiede, ai fini della loro copertura la presenza di un patto espresso in tal senso¹⁰. Si evita così l'operatività di pericolose coperture implicite lasciando salva la possibilità per gli assicuratori di coprire tali rischi.

L'art. 1912 c.c. non fa riferimento genericamente ai rischi catastrofali ma ne elenca una serie di tipologie: movimenti tellurici, guerra, insurrezione o tumulti popolari. Si tratta di termini di non facile delimitazione che non

Anche la Corte Costituzionale ha dato rilievo alle esigenze tecniche proprie dell'impresa di assicurazione rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1901. Secondo la Corte infatti tale articolo «è del tutto razionale ed è conforme alla particolare natura e alla struttura del contratto di assicurazione, nel quale la sopportazione del rischio da parte dell'assicuratore è condizionata all'adempimento della prestazione consistente nel pagamento del premio (...). Caratteristica del contratto è la cosiddetta comunione dei rischi alla quale partecipa il "contraente" col pagamento del premio tecnicamente calcolato quale valore della frazione della comunione dei rischi posti a carico del singolo assicurato». Per contro si può osservare come sia difficile trarre dal contenuto dell'art. 1901 la vera essenza del contratto di assicurazione, dal momento che si tratta di una norma derogabile anche se solo in senso più favorevole per l'assicurato ex art. 1932 c.c. Sulla questione si è pronunciato, con nota adesiva alla tesi del pretore milanese che aveva sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 1901, G. PARTESOTTI, *Disciplina del pagamento del premio nell'assicurazione contro i danni e principio costituzionale d'uguaglianza*, in *Giur. it.*, 1974, II, p. 485 ss.

¹⁰ Cfr. A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 261 ss.; ID., *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione, i principi generali del contratto di assicurazione*, II, 2, Milano, 1954, 158 ss.; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 333.

dovrebbero essere colti esclusivamente nel loro significato letterale ¹¹. Ne segue che può ritenersi operante l'art. 1912 c.c. in caso di pandemia, che è un evento catastrofico per come sopra descritto. Pertanto, ove non espressamente prevista in un contratto di assicurazione danni (come i contratti di copertura del rischio di *business interruption*), la copertura pandemia non dovrebbe ritenersi inclusa. Occorre però porre attenzione a quanto riferito nel documento informativo in quanto anche le esclusioni di legge dovrebbero essere riferite al cliente ai fini della consapevole adesione al contratto. La carenza informativa nella distribuzione potrebbe aver rilevanza sia per la violazione delle regole di condotta di cui agli **artt. 183 ss. d.lgs. n. 209 del 2005** sia ai fini di una responsabilità del distributore ¹². Il problema riguarderà poi i contratti di assicurazione contro i danni, che includono il rischio di epidemie la cui distinzione dalle pandemie può risultare non di immediata comprensione per il cliente medio. In tali casi attraverso un'interpretazione secondo buona fede (art. 1366) o in sfavore del predisponente (**art. 1370 c.c.**) si potrebbe ritenere coperto il rischio ove nelle definizioni non sia data una spiegazione adeguata del significato di epidemia ¹³.

Niente si prevede in ambito di polizze vita, però, come detto. Ne segue che la norma di cui all'**art. 1912 c.c.** riguarda solo le polizze danni e non

¹¹ In tal senso anche con riguardo alle definizioni a seguire v. A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 262 s.

¹² In tema di responsabilità ex art. 1337 c.c. in ipotesi di violazione di regole di condotta in fase precontrattuale nella intermediazione di prodotti finanziari si veda Cass., 29 gennaio 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 1105 con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale* e in *Danno e resp.*, 2006, 34 con nota di V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. Si veda per una sintesi sul punto S. LANDINI, *Attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa*, in A. LA TORRE (a cura di) *Le assicurazioni*, Milano, 1657 ss.

¹³ Sull'interpretazione *contra proferentem* come strumento di tutela della controparte del contratto di assicurazione v. G. ALPA, *Condizioni generali di contratto, "interpretatio contra proferentem" e delimitazione del rischio assicurato*, in *Dir. maritt.*, 1972, 612 ss. Per contro alcuni autori, vedendo nell'art. 1370 l'espressione del generale dovere di *clare loqui*, considerano la norma contenuta nell'art. 1469-quater c.c. superflua. Così V. FRANCESCHELLI, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore della clausola*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di C.M. Bianca-G. Alpa, Padova, 1996, 465. Con riferimento all'art. 1366 c.c. come strumento di tutela dell'aderente volto a dar rilevanza al senso comune dei termini M. CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, in M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, vol. 1, Milano, 1979, 125.

dovrebbe operare con riferimento a due coperture che interessano il rischio pandemia: le polizze vita e, per le ragioni che diremo, le polizze malattia.

Quanto alle polizze malattia da tempo, come per le polizze infortuni, si è evidenziata la difficoltà di qualificare l'operazione. Il negozio è infatti qualificabile come contratto di assicurazione danni, in quanto avente funzione indennitaria rispetto ad un pregiudizio alla persona, o come contratto di assicurazione sulla vita considerata la funzione previdenziale perno della qualificazione delle polizze vita¹⁴. Non rileva che venga inserito nel ramo danni, in quanto i rami riguardano classificazioni a fini di vigilanza e non a fini della disciplina applicabile al contratto. Non solo, ma dal momento che la pandemia è proprio un evento che presenta uno specifico rischio per la salute, dovrebbe ritenersi coperto. Pare quindi che, con riferimento a questi contratti (assicurazioni sulla vita e assicurazioni malattia), l'art. 1912 c.c. non rappresenti una soluzione e che l'assenza di una espressa esclusione importi la implicita inclusione del rischio pandemia. Si tratterà quindi di considerare nel caso concreto la definizione di rischio di cui alle condizioni di contratto. Dalle polizze malattia dovranno distinguersi le polizze spese mediche che rientrano nelle coperture contro danni al patrimonio a cui si applica l'art. 1912 c.c..

I problemi suddetti non si pongono laddove vi siano coperture *ad hoc* come quelle che si stanno diffondendo nel mercato, stipulate, in genere, in forma collettiva (contraente è il datore di lavoro e assicurati sono i dipendenti), che coprono spese mediche e copertura in caso di morte per Coronavirus. In questa ipotesi il problema si può porre sul fronte dell'adeguatezza delle coperture. Così laddove si preveda l'esclusione per soggetti diabetici (il diabete è una delle malattie croniche riscontrate nei soggetti deceduti per Covid-19) la polizza dovrà dirsi inadeguata ove nel rispondere al quesito l'assicurato abbia dichiarato di essere affetto da diabete. L'inadeguatezza rileverà poi come violazione delle regole di condotta nella

¹⁴ P. Corrias, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, p. 123 ss. E. Pitacco *Il rischio salute nell'ambito delle assicurazioni vita. Profili tecnico-attuariali*, in *Atti del V Congresso nazionale di Scienza delle assicurazioni*, Torino, 1996, 69 ss.

distribuzione delle polizze e come causa di responsabilità per condotta scorretta nella fase precontrattuale ¹⁵ .

5. - Le compagnie di assicurazione come soggetti esposti al rischio pandemia.

Come da tempo evidenziato da studi attuariali ¹⁶ , le imprese di assicurazione e di riassicurazione sono vieppiù esposte al rischio pandemia.

Il rapporto valuta che il mondo dovrebbe prepararsi a un eccesso di mortalità dello 0,25% e questo a tradursi in un rischio in eccesso dello 0,15% per gli assicurati. Valuta anche la probabilità che un rischio di pandemia nei prossimi dieci anni sia elevato (il rapporto era del 2006). Le

¹⁵ Si v. *supra* nt. 12

In merito alla distribuzione di prodotti collettivi il Regolamento 40/2018 all' art. 66 (Contratti in forma collettiva) prevede quanto segue:

«1. Nei contratti in forma collettiva in cui gli aderenti sostengono in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, l'onere del pagamento dei premi, le disposizioni degli articoli 55, 56, comma 3, lettera b), 57, 58, 60 e 61 si applicano nei confronti degli aderenti, oltre che del contraente. Gli obblighi di cui al presente comma sono adempiuti dal distributore, anche attraverso la collaborazione del contraente, fermo il dovere di vigilanza sull'operato di quest'ultimo di cui è responsabile. La consegna agli aderenti della documentazione precontrattuale e contrattuale è effettuata con le modalità scelte dal contraente ai sensi dell'articolo 120-*quater* del Codice.

2. Con riferimento ai contratti in forma collettiva che prevedono un'assicurazione accessoria ad un prodotto o servizio e l'importo dei premi complessivamente dovuti per la copertura, indipendentemente dalle modalità di rateazione, non sia superiore a 100 euro, il distributore consegna anche all'aderente, con le modalità di cui al comma 1, la documentazione di cui all'articolo 185, commi 1 e 2, del Codice e relative disposizioni di attuazione.

3. Nei contratti in forma collettiva, gli assicurati che non sostengono, neppure in parte, l'onere del pagamento del premio, ricevono l'informativa contrattuale con le modalità di cui all'articolo 9, comma 3, lettere b) e c), del Regolamento IVASS in materia di informativa, pubblicità e realizzazione dei prodotti assicurativi».

Questa norma (art. 66) introduce obblighi per i contratti in forma collettiva attraverso un rinvio per i contratti collettivi ad una serie di norme contenenti obblighi di condotta per i contratti individuali

In particolare l'art. 56, 3, lett. b), richiamato dall'art. 66, prevede che «Prima della sottoscrizione di una proposta o, qualora non prevista, della conclusione di un contratto di assicurazione, i distributori consegnano o trasmettono al contraente:

b) la documentazione informativa precontrattuale e quella contrattuale prevista dalle vigenti disposizioni».

L'art. 58, richiamato sempre dall'art. 66, anche per le polizze collettive prevede che «prima della conclusione di un contratto occorra una valutazione di adeguatezza prima di far sottoscrivere una proposta o, qualora non prevista, un contratto di assicurazione, acquisiscono dal contraente le informazioni utili a valutare le sue richieste ed esigenze».

¹⁶ EUROPEAN ACTUARIAL CONSULTATIVE GROUP, *Actuarial reflections on pandemic risk and its consequences*, Oxford, 2006.

morti in eccesso sarebbero oltre 1 milione nell'Unione europea stessa e più di 110 milioni potrebbero ammalarsi. A seconda della gravità della pandemia, potrebbe esserci un tasso di assenza fino al 28% del personale durante la prima ondata della pandemia. Le stime dei costi variano dallo 0,5% al 6,5% del PIL, a seconda della durata della pandemia e dell'efficacia delle misure di risposta. Tutte queste cifre sono alte e avrebbero gravi implicazioni economiche e sociali. Gli effetti a lungo termine supererebbero significativamente gli effetti a breve termine. Il fattore chiave nelle conseguenze economiche sarebbe la comunicazione appropriata e tempestiva per evitare il panico sociale e le incertezze commerciali.

Per quanto riguarda il settore assicurativo, è probabile che l'assicurazione sulla vita sia la più colpita e le aree corrispondenti dell'assicurazione pensionistica. Anche gli impatti sull'assicurazione sanitaria sarebbero gravi e anche alcune aree dell'industria non vita ne sarebbero colpite. In generale, le pandemie verrebbero probabilmente meno sentite nell'industria non vita e nella sua industria di riassicurazione. Considerando i requisiti di solvibilità, le disposizioni sul rischio di calamità potrebbero essere rivalutate per garantire che venga presa in considerazione una possibile pandemia.

Le compagnie potrebbero non essere in grado di sostenere simili rischi o quanto meno dovrebbero trovare strumenti gestionali diversi dalla riassicurazione dato che le imprese di riassicurazione si trovano pure esposte. Una possibilità, come anche per gli eventi catastrofici, potrebbe essere l'emissione di titoli obbligazionari subordinati al verificarsi dell'evento catastrofico da parte dei soggetti esposti al rischio.

In caso di evento pandemico i titoli non saranno rimborsati, se l'evento non si verifica, l'emittente dovrà rimborsare i titoli, ma in compenso non sarà gravato dai costi legati all'evento catastrofico.

Ricordiamo che nel 2017 la Banca Mondiale ha emesso due bond con scadenza 15 luglio 2020 con tassi di interesse molto alti ma con dei vincoli legati alle pandemie.

6. La conclusione dei contratti bancari all'epoca del covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento

Tra gli interventi normativi susseguitisi nella gestione dell'emergenza generata dal Covid-19, riveste un particolare interesse, sia sotto il profilo pratico che – in prospettiva – dogmatico e ricostruttivo, l'art. 4 d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. Decreto liquidità).

Mediante tale disposizione, con l'intento di agevolare la conclusione di contratti bancari – in una situazione che non consente, di fatto, la stipula di contratti mediante sottoscrizione di una scrittura privata, contestuale o anche solo per corrispondenza – il legislatore, per tutta la durata dello stato di emergenza decretato dal governo il 31 gennaio 2020 (allo stato, sino al 31 luglio 2020), ritiene integrato il requisito di forma scritta *ad substantiam*, prevista dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (d'ora in poi TUB) mediante manifestazione di consenso rilasciata dal cliente tramite «il proprio indirizzo di posta elettronica non certificata o con altro strumento idoneo»; questo a condizione che siano rispettati alcuni requisiti minimi diretti a tracciare la connessione tra il consenso prestato ed il soggetto che l'ha espresso (la trasmissione di «copia di un documento di riconoscimento in corso di validità del contraente», l'espresso «riferimento a un contratto identificabile in modo certo», la conservazione «insieme al contratto medesimo con modalità tali da garantirne la sicurezza, integrità e immodificabilità» e la «messa a disposizione del cliente di copia del testo del contratto su supporto durevole»).

Pertanto, non solo si supera, pur transitoriamente, il concetto di forma scritta di matrice codicistica – equiparando l’efficacia della dichiarazione a mezzo posta certificata, o «altro strumento idoneo» (quale, ad es. Whatsapp, Skype, ecc.), a quella della scrittura privata di cui all’**art. 2702 c.c.** –, ma si deroga anche alle modalità di conclusione del contratto mediante lo scambio di documenti informatici disciplinata dal l’**art. 20 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell’Amministrazione Digitale**, nel prosieguo, anche **CAD**), nella consapevolezza che la clientela privata non sia – generalmente – nelle condizioni di redigere un documento che rechi una «firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore». Nella sostanza, i contratti conclusi tramite firma digitale c.d. semplice – che, in base al secondo capoverso del comma 1-*bis* dell’**art. 20 CAD**, sarebbero «liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità» – sono equiparati *ope legis* ai contratti conclusi mediante apposizione di firma digitale, senza l’intervento giudiziale, con l’intento (esplicato dall’ABI nella circolare agli Associati del 9 aprile 2020) di evitare «il rischio che i relativi contratti possano risultare poi affetti da nullità ed assicurando agli stessi adeguata efficacia probatoria».

054

In un’ottica di contenimento della celerità dello scambio del consenso (necessariamente a distanza), con l’esigenza di certezza, sottesa alla previsione di requisiti di forma nell’ambito delle operazioni bancarie, il legislatore dell’emergenza individua modalità operative che garantiscano la *referibilità* della dichiarazione al cliente e l’*immodificabilità* dell’atto su cui si è formato l’accordo delle parti.

Sotto quest’ultimo profilo, l’**art. 4 d.l. n. 23 del 2020**, pone a carico dell’istituto di credito l’obbligo di conservare la documentazione trasmessa dal cliente e il contratto, con modalità tali da garantirne la sicurezza, l’integrità e l’immodificabilità. In attesa di eventuali specificazioni tecniche degli organi competenti, non può che farsi riferimento alle regole tecniche sul documento informatico di cui al **d.P.C.M. 13 novembre 2014** e alle regole tecniche sulla conservazione di cui al **d.P.C.M. 3 dicembre**

2013 (attualmente vigenti, in attesa dell'emanazione delle nuove Linee guida, previste dall'**art. 71 CAD**).

L'imputabilità della dichiarazione al cliente si ritiene sufficientemente garantita tramite l'allegazione, alla comunicazione a mezzo posta elettronica con cui il cliente esprime la propria volontà, di copia di documento di riconoscimento in corso di validità. In assenza di strumenti tecnico-informatici (quali la firma digitale) che consentano la certa imputabilità della manifestazione di volontà al dichiarante, l'invio della copia per immagine del documento, oltre che non sempre possibile per lo stesso cliente, non appare, in effetti, di per sé idonea a garantire la riferibilità della dichiarazione di volontà al soggetto che apparentemente invia la comunicazione di accettazione a mezzo posta elettronica: da questo punto di vista, dunque, la soluzione normativa può destare qualche perplessità. Un maggior grado di certezza della riferibilità della dichiarazione al mittente, oltre che una sicura identificazione del contratto di riferimento, potrebbero, forse, essere consentiti tramite l'apposizione della firma del contraente sulla copia analogica del contratto, successivamente digitalizzata (auspicabilmente mediante l'uso di applicazioni in grado di rendere il documento imm modificabile) e quindi trasmessa alla banca. Soluzione, questa, che potrebbe forse attenuare (seppur non certo elidere) il rischio – invero non adeguatamente affrontato dalla norma in commento – che il contraente, magari a pandemia superata, possa ritenere non conveniente il contratto sottoscritto, e disconoscere la manifestazione di volontà, resa (solo) a mezzo e-mail, con conseguente lesione (in ipotesi contraria a buona fede) dell'affidamento riposto dalla banca, al cospetto di una comunicazione e di una sottoscrizione apparentemente rilasciata dal cliente, ma che questi possa, poi, dimostrare che sia stata trasmessa da un *account* di posta elettronica diverso dal suo.

Da ultimo, il legislatore si premura di assicurare al cliente la disponibilità «di copia del testo del contratto su supporto durevole», in ossequio alla funzione propria del requisito di forma scritta (e consegna del documento contrattuale) imposto nella contrattazione bancaria, di veicolare le informazioni sulle condizioni contrattuali applicate, onde consentirgli di vagliare la conformità delle stesse a quelle pubblicizzate. L'invio del docu-

mento informatico (redatto secondo le previsioni degli artt. 20 ss. CAD e sottoscritto digitalmente, da soggetto legittimato a rappresentare la banca) rappresenta, allo stesso tempo, uno dei criteri di imputabilità della volontà contrattuale all'istituto di credito.

Al di là di alcune perplessità legate agli aspetti tecnici relativi alle peculiari modalità di conclusione del contratto, ci si deve chiedere come l'**art. 4 d.l. n. 23 del 2020** si innesti nella linea evolutiva che ha riguardato il concetto di *forma* contrattuale, in particolare nell'ambito dei contratti *tra diseguali* (di cui le operazioni bancarie costituiscono un punto di emersione privilegiato, anche nella più recente elaborazione giurisprudenziale). Si tratta, cioè, di verificare se la disciplina, delineata sulla spinta di esigenze contingenti, possa avere un più ampio respiro sistematico, al di là della temperie emergenziale, e possa in particolare avere una qualche incidenza permanente sul concreto atteggiarsi del requisito di forma scritta, nell'ambito del segmento dei contratti bancari e, in prospettiva più ampia, della contrattazione consumeristica in generale.

Nella normativa settoriale a tutela del contraente *debole*, si è assistito, infatti, alla procedimentalizzazione della fase di formazione, in cui alla previsione di requisiti di forma e contenuto si giustappongono obblighi di condotta precontrattuali, al fine di favorire l'intelligibilità degli atti, in una prospettiva di riequilibrio della disparità conoscitiva e, allo stesso tempo – mediante la cristallizzazione degli elementi rilevanti all'interno del regolamento contrattuale – di agevolazione, nella fase esecutiva, della verifica della rispondenza di ciò che concretamente si è ottenuto a quanto promesso nelle trattative e poi trasfuso nel contratto.

In questo contesto, l'obbligo di forma scritta, da elemento puramente strutturale – secondo il paradigma della scrittura privata sottoscritta da entrambe le parti, ai sensi dell'**art. 2702 c.c.** – si è trasformata, sempre di più, in elemento funzionale, e dunque (appunto) dovere di comportamento posto a carico del professionista (alla cui violazione il legislatore espressamente riconnette la nullità relativa), con lo scopo di tutelare una delle due parti.

Si è dunque al cospetto di una forma (di protezione), propria della contrattazione tra *diseguali*, non prevista *ad substantiam*, avente una funzione

prettamente informativa (non richiedente la sottoscrizione del documento da parte del contraente *forte*) e la cui carenza dà luogo alla nullità relativa del contratto, se espressamente prevista.

Nel processo di funzionalizzazione della forma contrattuale, la scrittura privata sottoscritta da entrambe le parti è solo uno dei modelli attraverso cui si concretizza la forma scritta, ben potendo essere integrato il requisito di forma dal compimento di attività diverse (quale la consegna del medesimo documento al cliente) e, soprattutto, ben potendo essere la manifestazione di volontà di una delle parti surrogata da condotte equipollenti. L'art. 4 d.l. 23 del 2020 si inserisce appieno in questo processo, incentrandosi su una serie di obblighi di condotta, tesi a garantire:

1) la consapevole accettazione, da parte del contraente meno informato, di un regolamento negoziale predisposto dalla banca, mediante il riferimento obbligatorio «ad un contratto identificabile in modo certo», che il cliente dichiara di aver ricevuto dalla banca, la quale, a sua volta, conserverà detto contratto e le comunicazioni intercorse tra le parti;

2) la costante possibilità di verifica della rispondenza delle condizioni praticate a quelle pattuite: di qui la previsione della «messa a disposizione del cliente di copia del testo del contratto su supporto durevole» e l'obbligo di conservazione «insieme al contratto medesimo con modalità tali da garantirne la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità»;

3) la riferibilità della dichiarazione negoziale al cliente (perseguita mediante la previsione che l'e-mail sia accompagnata «da copia di un documento di riconoscimento in corso di validità del contraente»), senza alcuna specificazione circa le modalità operative attraverso le quali la banca debba apporre la sottoscrizione sul documento contrattuale. La soluzione riecheggia il più recente orientamento della Corte di Cassazione (riferibile alla sentenza, resa dalle Sezioni Unite del 16 gennaio 2018, n. 898), che ritiene integrato il requisito della forma scritta imposto per i contratti bancari ove il contratto sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, escludendo la necessità della sottoscrizione della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dalla stessa tenuti. Ed è evidente che il consenso della banca possa essere

desunto dallo stesso invio al cliente (a mezzo posta elettronica) del testo contrattuale, sottoscritto digitalmente.

Il dato di maggior rilievo, anche prospettico, della norma in commento è dunque rappresentato dalla marcata accentuazione – già insita nella peculiare disciplina della forma dei contratti bancari – della dimensione funzionale dell’obbligo di forma dei contratti bancari, con l’intento primario di garantire la libera esplicazione della volontà del cliente, realizzabile attraverso forme più flessibili rispetto allo scambio di una scrittura privata sottoscritta da entrambe le parti ovvero, seppur in casi eccezionali, alla redazione di un documento che rispetti tutti i requisiti di cui all’**art. 20 CAD** (non agevolmente disponibili per la clientela al dettaglio): questo almeno nella misura in cui gli strumenti tecnici utilizzati siano in grado di attestare la ricezione da parte del cliente di un documento contrattuale immodificabile e garantire la riferibilità della manifestazione del consenso sullo stesso al dichiarante.

Superate le problematiche tecniche, sopra poste in evidenza, quello delineato dall’**art. 4 d.l. n. 23 del 2020** è un modello senz’altro destinato ad incidere – in attesa di una digitalizzazione completa – sul processo di semplificazione della contrattazione bancaria e delle modalità di formalizzazione dell’accordo contrattuale, anche al di là della contingenza emergenziale.

In questo senso, viene da chiedersi quale sia la sorte di un contratto redatto fuori dal periodo di efficacia del **d.l. n. 23 del 2020**, secondo le modalità tecnico-operative ivi previste e che abbia avuto esecuzione nel tempo. Il Giudice – chiamato a valutare liberamente «l’idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta», ai sensi dell’**art. 20, comma 1-bis, CAD** – potrà, in presenza di un contratto inviato su supporto durevole dalla banca al cliente e richiamato da quest’ultimo nella dichiarazione di accettazione delle condizioni ivi previste, trasmessa a mezzo e-mail (non certificata), ritenere che lo stesso non rispetti il requisito di forma di cui all’**art. 117 TUB**? Sarà difficile – se non in ossequio al paradigma normativo di cui all’**art. 2702 c.c.** – sostenere che lo scopo di tutela delle disposizioni in materia di formazione dei contratti bancari non sia stato raggiunto, salvo ovviamente valutare il contegno

tenuto dalle parti nella fase esecutiva e sempre ferma la possibilità per il cliente di provare che la manifestazione di volontà non fosse a sé riferibile. La disposizione in commento (è prevedibile, ed auspicabile) avrà dunque, quanto meno, il meritorio effetto di accelerare procedure di conclusione dei contratti digitalizzate, anche nella prestazione dei servizi al dettaglio, individuando – attraverso gli strumenti informatici – sistemi semplificati, fruibili dalla maggioranza della clientela, in conformità a quanto previsto dal CAD (ormai risalente a quindici anni fa), e contemperando le esigenze di celerità e di certezza dei traffici.

Un ultimo cenno merita il profilo rimediabile. Se il mancato rispetto delle modalità operative delineate dalla norma in esame (l'invio di «copia di un documento di riconoscimento in corso di validità del contraente», il riferimento «ad un contratto identificabile in modo certo») integra la carenza di un elemento del requisito di forma previsto dalle disposizioni disciplinanti i contratti bancari, e comporta la nullità (testuale) prevista dall'**art. 117 TUB**, ci si deve chiedere cosa accada se siano violati gli ulteriori obblighi di condotta previsti dall'**art. 4 d.l. n. 23 del 2020**, non incidenti sulle modalità di esternazione della volontà del cliente.

In particolare, cosa accade se la Banca non adempie all'obbligo di conservare la documentazione relativa alla conclusione del contratto «insieme al contratto medesimo», con modalità tali da «garantirne la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità»? Si tratta, senz'altro, di un elemento essenziale nella catena procedurale che conduce alla conclusione del contratto, nella prospettiva di garantire l'immodificabilità della documentazione contrattuale e, pertanto, un'eventuale mancanza dello stesso è destinato a determinare la nullità (relativa) del contratto.

Qual è la sorte del contratto, ove l'intermediario non consegna «copia cartacea del contratto al cliente alla prima occasione utile successiva al termine dello stato di emergenza»? Al riguardo, appare invece difficile sostenere che la validità di un contratto, perfezionatosi in conformità al disposto dell'**art. 4 d.l. n. 23 del 2020**, e che abbia prodotto i propri effetti nel periodo di efficacia di quest'ultima disposizione normativa, possa risentire di una condotta, tenuta in fase esecutiva, dall'intermediario, dalla quale potrà discendere semmai una responsabilità risarcitoria a carico di

quest'ultimo per l'eventuale danno risentito dal cliente. È poi, evidente che, ove la mancata consegna del documento cartaceo sia determinata dalla condotta elusiva del cliente (in ipotesi, strumentale al tentativo di liberarsi da un vincolo ritenuto non più conveniente), la mancata consegna non potrà risolversi in pregiudizio dell'intermediario, trattandosi di un comportamento del cliente chiaramente contrario a buona fede.

III

CRISI D'IMPRESA

7.

Gli effetti della pandemia sui concordati preventivi omologati. Una possibile soluzione

1. - Gli effetti della pandemia sull'economia. I possibili effetti del d.l. n. 23 del 2020 sulle imprese in crisi.

È universalmente noto come la pandemia generata dalla diffusione del virus Covid-19 abbia un impatto devastante sull'economia mondiale ed in particolare su quella del ns. Paese.

L'Istat prevede infatti una marcata contrazione del Pil nel 2020, con una caduta dell'8,3%, e una ripresa parziale nel 2021, stimando un rialzo del 4,6% (cfr. ISTAT, *Le prospettive per l'economia italiana nel 2020-2021*, comunicato stampa dell'8 giugno 2020), insufficiente a compensare lo shock economico derivante dal dilagare della pandemia.

Peraltro sulla base di una recente indagine condotta dal Cerved Industry Forecast, la diffusione del Covid-19 e le conseguenti misure volte al suo contenimento, potrebbe far perdere alle imprese italiane tra i 270 ed i 650 miliardi di euro di fatturato nel biennio 2020 – 2021.

La stessa indagine prevede che dal punto di vista settoriale gli impatti sarebbero molto diversificati: la previsione è di una perdita particolarmente consistente tra gli alberghi, le agenzie di viaggio, le strutture ricettive extra-alberghiere, i trasporti aerei, l'organizzazione di eventi, la produzione di rimorchi e allestimento di veicoli, i concessionari auto, che vedrebbero una riduzione di oltre un quarto dei propri ricavi. Viceversa, alcuni settori potrebbero invece beneficiare dell'emergenza: si prevede una crescita consistente per il commercio on line, per la distribuzione alimentare moderna e per gli apparecchi medicali.

A ciò si aggiunga che nel mese di marzo si è verificata una flessione della vendita di autovetture, pari all'85,4% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, e secondo le previsioni dell'Unrae – associazione case automobilistiche estere – l'anno si potrebbe chiudere a 1,3 milioni di immatricolazioni, segnando una flessione del 60% circa, mettendo dunque a rischio l'intero settore che conta circa 160.000 addetti tra case automobilistiche e concessionarie e che rappresenta circa il 10% del prodotto interno lordo.

Anche il settore del turismo, rappresentato dal settore alberghiero e della ristorazione subirebbe, secondo i dati diffusi dalla CNA, una perdita di fatturato fino al 60% nella prima metà dell'anno. Giova ricordare che il settore del turismo genera circa il 12% del prodotto interno lordo con un giro d'affari che sfiora i 170 miliardi di euro.

La fase di contrazione economica alla quale il ns. Paese va incontro ha indotto il Governo ad emanare una serie di provvedimenti per il sostegno alle famiglie ed alle imprese per mitigare gli effetti della crisi.

Relativamente alle procedure concorsuali ed in particolare per quanto attiene al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione omologati, l'art. 9, primo comma, del d.l. n. 23 del 2020 dell'8 aprile 2020 così come convertito con modifiche dalla l. n. 40 del 5 giugno 2020 stabilisce che «i termini di adempimento dei concordati preventivi, degli accordi di ristrutturazione, degli accordi di composizione della crisi e dei piani del consumatore omologati aventi scadenza in data successiva al 23 febbraio 2020 sono prorogati di sei mesi».

Come è stato correttamente osservato “la misura è ragionevole solo se la situazione emergenziale dura pochissimo. Altrimenti la sola proroga per un semestre aumenta la possibilità che alcuni obblighi dei concordati omologati non siano adempiuti secondo le originarie scadenze e senza possibilità di porvi rimedio, se non gestendo il ritardo come inadempimento scusabile” (C.F. GIAMPAOLINO, *Proroga di sei mesi per onorare i concordati*, in *ILSole24Ore*, 2020).

Peraltre dette norme – che recano anche delle disposizioni in merito ai concordati preventivi “in bianco”, a quelli non ancora omologati, ed infine alle istanze di fallimento – non sono esenti da critiche laddove si è osservato che gli articoli attinenti le procedure concorsuali “sono destinate, per

la loro connotazione anche ordinamentale, ad interferire sul funzionamento del servizio giustizia e dei processi, con qualche improvvida incertezza sovrappositiva e inutili costi di organizzazione. Si tratta di due disposizioni che, all'evidenza, raccolgono le sollecitazioni di quanti, coalizzati attorno ad uno specifico punto di vista (la salvaguardia dell'impresa dalle possibili conseguenze regolatorie ordinarie della sua insolvenza), muovono (o accettano di non prescindere) dal presupposto della indistinguibilità, fra le cause di una possibile crisi, del contributo della pandemia in atto rispetto ad altri fattori" (M. FERRO, *Emergenza Coronavirus. La sopravvivenza della legge fallimentare al Coronavirus: il limbo della giustizia concorsuale dopo il d.l n. 23 del 2020*, *Quotidiano Giuridico*). È stato altresì posto in evidenza come dette norme introducono "una disciplina, in apparenza temporanea, che in sostanza disattiva le principali norme del diritto della crisi, senza introdurre strumenti ad hoc e realmente funzionali all'affermato disegno del superamento della crisi; e ciò anche in assenza di una effettiva preoccupazione per l'esigenza di discriminare in modo efficace fra imprese realmente colpite dalla crisi Covid-19, oppure semplicemente e storicamente inefficienti, ed ancora imprese sane, magari proprio perché più efficienti delle altre; né tantomeno per l'altra non meno importante esigenza che, nel non breve arco temporale di vigenza di tale disciplina, siano effettivamente adottate decisioni finalizzate a conseguire obiettivi di ristrutturazione, e non già anche di matrice solo opportunistica. Ciò darà prevedibilmente causa ad un massiccio fenomeno di "selezione avversa", che danneggerà proprio le imprese più efficienti, ponendo così anche probabilmente le basi per la definitiva "archiviazione" del Codice della Crisi" (D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *Il fallimentarista.it*).

2. - I concordati preventivi omologati: una possibile soluzione.

Come è noto i piani di ristrutturazione delle procedure concorsuali in continuità aziendale prevedono delle marginalità quantomeno costanti e, normalmente, in crescita nel corso del tempo; ciò al fine di poter procedere non solo alla copertura dei costi correnti, ma anche alla generazione dei flussi finanziari necessari al pagamento dei debiti concorsuali.

Appare di tutta evidenza che nei settori colpiti dalla crisi il recupero della marginalità non potrà generalmente avvenire in soli 6 mesi, poiché gli effetti del sostanziale blocco economico si rifletteranno inevitabilmente per un periodo sicuramente più lungo come emerge dalla tabella seguente. La tabella evidenzia come la marginalità reddituale subisca delle evidenti variazioni sia a livello di risultati economici attesi che a livello di termini di adempimento e, quindi, di allungamento delle tempistiche di risanamento ed adempimento che non può essere aprioristicamente stabilito in soli 6 mesi ma che risentirà inevitabilmente delle dinamiche di settore ove opera la singola impresa.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di trarre spunto, nell'emanazione dei prossimi provvedimenti di natura emergenziale che il Ns. legislatore si appresta a varare, da quanto previsto dall'art. 58., comma 2, c.c.i., laddove si stabilisce che, qualora dopo l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione – ampliandone l'applicazione anche alle procedure di concordato preventivo in continuità aziendale omologate prima del 23 febbraio 2020 e per i quali i termini di adempimento della proposta non siano ancora spirati – si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista il rinnovo dell'attestazione, prevedendo altresì che:

- a) il piano modificato e l'attestazione siano pubblicati nel registro delle imprese;
- b) ne sia dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata i quali entro 30 giorni possono presentare opposizione avanti al Tribunale.

In tale modo si contemperano equamente sia gli interessi dell'imprenditore, il quale si è trovato a dover far fronte ad una crisi imprevedibile quanto grave che non gli consente di portare a compimento nei termini previsti nel piano il risanamento dell'impresa ed il pagamento dei debiti, che quelli dei creditori i quali potranno presentare opposizione al Tribunale nel caso in cui ritengano non adeguatamente documentate le ragioni di una revisione del piano suddetto e pertanto tutelare le proprie ragioni. Si potrebbe altresì evitare che la probabile mancata esecuzione dei piani di concordato e l'inadempimento degli accordi di ristrutturazione già omo-

logati nel maggior termine di sei mesi attualmente concessi dal legislatore, vada incontro a richieste risolutorie da parte dei creditori con conseguente sovraccarico dei ruoli dei tribunali.

Peraltro nel caso in cui l'impresa dovesse essere invece dichiarata fallita, si potrebbe presentare anche al fine di non disperdere il *know how*, una proposta di concordato fallimentare c.d. "del giorno dopo" che «può essere assistita da quel nuovo sistema di garanzie pubbliche introdotte dalla decretazione d'urgenza di questi giorni. Ed il varco è nel comma 8 dell'art. 49 del decreto in cui si prevede che il MEF può emanare provvedimenti di natura non regolamentare con i quali individuare nuove misure a favore delle imprese come finanziamenti agevolati alle stesse e garanzie "primarie" anche a favore di banche per l'erogazione di nuova finanza» (F. FIMMANÒ, *Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, in *Giustiziacivile*, 2020).

8.

Gli effetti del Covid-19 sul codice della crisi d'impresa

1 - Il differimento dell'entrata in vigore del codice della crisi.

L'art. 5 d.l. 8 aprile 2020, n. 23 ha disposto il differimento dell'entrata in vigore del codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza (di seguito, "c.c.i.") dal termine inizialmente fissato del 15 agosto 2020 fino al 1° settembre 2021.

Tale condivisibile scelta (in tal senso Mucciarelli, Nocera; *contra* Ferro) trova le sue motivazioni nella situazione di crisi economica provocata dalla pandemia da Covid-19, considerato che la stessa viene a rendere sostanzialmente privi di qualsivoglia capacità di prevenzione e risoluzione del dissesto istituti cruciali nell'ambito del nuovo testo normativo, quali gli obblighi segnalazione di cui agli artt. 14 e 15 c.c.i. (la cui entrata in vigore era stata peraltro già differita al 15 febbraio 2021 dall'art. 11 d.l. 2 marzo 2020, n. 9: cfr. Lamanna-Galletti; Sottoriva-Cerri) e le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

Peraltro, appare sicuramente preferibile che le crisi di impresa che emergeranno nel futuro immediato siano affrontate sulla base degli strumenti già collaudati e ben sperimentati offerti dalla legge fallimentare del 1942, anziché dover fare i conti, in una situazione di emergenza, con le nuove questioni che sicuramente emergeranno nel nuovo contesto normativo.

Ciò posto, è evidente che l'ulteriore posticipo dell'entrata in vigore del codice della crisi è destinata a dare prolungata rilevanza alle questioni relative al regime transitorio del testo normativo ed in particolare, per quanto rileva nella presente sede, a quella relativa alla piena operatività della disposizione di cui all'art. 27 c.c.i. in relazione all'individuazione del giudice competente a sovrintendere alle procedure e a statuire sulle

controversie relative alle imprese appartenenti ai gruppi di rilevante dimensione.

2. - I dubbi sull'entrata in vigore dell'art. 27, comma 1.

L'art. 27, comma 1, c.c.i. ha introdotto uno speciale criterio per la determinazione della competenza territoriale nel contesto dei procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e in generale delle controversie che riguardano (a) imprese in amministrazione straordinaria; o (b) "gruppi di imprese di rilevante dimensione", definiti dall'art. 2, lett. i), c.c.i. come «gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013» (*i.e.*, che superano almeno due dei seguenti limiti: i) totale dello stato patrimoniale: 4.000.000 euro; ii) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 8.000.000 euro; iii) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: 50).

In entrambe le ipotesi sopra individuate, infatti, la competenza viene attribuita al tribunale che sia sede delle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'art. 1 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, anziché, come previsto dalla regola generale, al tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali (art. 27, comma 2) ovvero, utilizzando la terminologia propria della legge fallimentare, al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa (art. 9 l.fall.).

Tanto premesso, è noto che l'art. 389, comma 2, d.lgs. n. 14 del 2019, nell'elencare le disposizioni che, differentemente rispetto al restante corpo normativo, sono da ritenersi entrate in vigore già a partire dal 16 marzo 2019, individuava altresì in tale novero l'art. 27, comma 1, sopra citato.

Sembrirebbe, dunque, che lo speciale criterio di competenza territoriale individuato per le procedure concorsuali delle imprese di maggiori dimensioni debba considerarsi già operativo.

Tuttavia, se nessun problema si pone a tale proposito con riferimento alla procedura di amministrazione straordinaria, non interessata dalla riforma del 2019, alcune incertezze sono emerse proprio con riferimento alle

procedure riguardanti le imprese appartenenti ai gruppi di rilevante dimensione atteso che la relativa definizione di cui all'**art. 2, lett. i), c.c.i.** non è ancora vigente.

3. - **L'interpretazione restrittiva.**

La previsione dell'entrata in vigore dell'**art. 27, comma 1, c.c.i.** sancita dall'**art. 389 d.lgs. n. 14 del 2019** dovrebbe automaticamente implicare che tale disposizione sia già da applicarsi nella sua interezza: ne consegue che l'attribuzione di competenza al tribunale sede di sezione specializzata in materia di impresa, ivi prevista, dovrebbe risultare già operante sia per le controversie derivanti da procedure di amministrazione straordinaria, sia per quelle concernenti gruppi di imprese di rilevante dimensione.

L'**art. 389, comma 2, d.lgs. 14 del 2019**, infatti, nel prevedere la pressoché immediata entrata in vigore della summenzionata disposizione, non circoscrive la propria portata ad una parte sola dell'**art. 27, comma 1, c.c.i.**: pertanto, il più elementare criterio di interpretazione letterale della legge indurrebbe a ritenere che la nuova regola di competenza si applichi a partire dal 16 marzo 2019 per le controversie derivanti da procedure di amministrazione straordinaria, come per quelle concernenti i gruppi di rilevante dimensione.

È doveroso, tuttavia, verificare la correttezza di siffatta conclusione anche sul piano dell'interpretazione sistematica.

A tale proposito, va considerato che il c.c.i. contiene, all'**art. 2, lett. i)**, una definizione di "gruppi di imprese di rilevante dimensione": tale previsione non è tuttavia ad oggi entrata in vigore, malgrado il nesso sistematico in essere con l'**art. 27, comma 1**.

La ricostruzione sistematica delle diverse normative contenute nel c.c.i. impone pertanto la scelta tra due diverse soluzioni: da una parte, ipotizzare che l'immediata entrata in vigore dell'**art. 27, comma 1**, sia circoscritta ad una parte sola di detta disposizione (benché l'**art. 389, comma 2**, non contempli tale limitazione) e, quindi, non operi per le controversie concernenti i gruppi di rilevante dimensione; oppure, ritenere che l'immediata entrata in vigore del citato **art. 27, comma 1**, nella sua interezza comporti implicitamente l'entrata in vigore anche dell'**art. 2, lett. i)**, nella

parte in cui la definizione ivi contenuta è evocata dal medesimo art. 27, comma 1°.

La prima soluzione è stata privilegiata da alcuni Autori (in tal senso, Auletta, Stanghellini) e dalla prima giurisprudenza che risulta essersi pronunciata sull'argomento: in particolare, a tale ultimo proposito, si segnala il principio affermato da un (inedito) decreto del Tribunale di Forlì del 7 novembre 2019 reso in sede di omologazione di un accordo di ristrutturazione proposto da una società appartenente ad un gruppo di rilevante dimensione, il quale ha affermato che «[n]on è discutibile la competenza territoriale di questo Tribunale, avendo la società la propria sede legale a Cesena e dunque nel circondario di questo Tribunale e non essendo ancora applicabile la diversa competenza del Tribunale delle Imprese prevista dall'art. 27 del codice della crisi (l. 14/2019) per i gruppi di imprese di rilevante dimensione, non ancora entrata in vigore».

4. - La preferibile interpretazione estensiva.

072

A nostro avviso, come già chiarito in altra sede, non si dovrebbe invece dubitare che la seconda soluzione sia quella da preferire (nello stesso senso anche Fauceglia).

Sul piano logico sarebbe davvero inspiegabile che il legislatore abbia voluto anticipare l'entrata in vigore della nuova norma sulla competenza per le controversie nascenti dalle procedure di amministrazione straordinaria, cioè per procedure destinate per loro stessa natura a grandi imprese, e non invece per le controversie riguardanti i grandi gruppi imprenditoriali.

A prescindere dalle ragioni poste a fondamento della scelta di anticipare l'entrata in vigore di un limitato numero di articoli del codice rispetto agli altri, una differenza di trattamento per realtà omogenee non parrebbe trovare infatti giustificazione alcuna. Se si è ravvisata la necessità di assicurare subito una competenza giurisdizionale maggiormente specializzata per le grandi imprese soggette ad amministrazione straordinaria, non si comprenderebbe perché uguale esigenza sia da avvertirsi con minore urgenza con riguardo alle grandi imprese strutturate in forma di gruppo. A ben guardare, non è la peculiarità di una determinata procedura, bensì

la dimensione della realtà imprenditoriale ad essa sottesa a costituire il fondamento razionale sia della recente scelta (normativa) sulla competenza, sia della decisione di rendere tale scelta immediatamente operativa (cfr. sul punto anche la *Relazione illustrativa* al **d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14**).

D'altro canto, è decisivo considerare anche che la definizione di “gruppi di imprese di rilevante dimensione”, contenuta nel citato art. 2, lett. i), non è affatto originale, ma riprende pedissequamente la previsione degli **artt. 6 e 7 direttiva 2013/34/UE**.

Si tratta, quindi, di una nozione già presente nell'ordinamento generale ed i cui parametri di riferimento erano ben autonomamente individuabili anche prima dell'emanazione del c.c.i.

Se anche, dunque, si volesse ritenere che, da un punto di vista formale, risulti sin d'ora preclusa l'applicazione della definizione enunciata dal citato art. 2, lett. i), il criterio di attribuzione di competenza previsto dal successivo art. 27, comma 1, potrebbe applicarsi alle procedure aperte dopo il 16 marzo 2019 e alle controversie riguardanti i gruppi di imprese di rilevante dimensione, perché la relativa nozione è comunque ricavabile dall'ordinamento, anche a prescindere dalla definizione che ne dà il medesimo c.c.i. La nuova disposizione in tema di competenza, quanto alla sua entrata in vigore, è insomma, per così dire, autosufficiente.

In ogni caso, anche per fugare i dubbi interpretativi che, da quanto consta, sono già emersi nella prassi applicativa, sarebbe opportuno che il Governo intervenisse sul punto in sede di emanazione dei decreti correttivi, in attuazione della delega conferita dal Parlamento con la **L. 8 marzo 2019, n. 20**: l'importanza di tale intervento appare d'altra parte oggi acquisire una nuova centralità in considerazione del già segnalato differimento dell'entrata in vigore del c.c.i., il cui approssimarsi aveva probabilmente indotto i redattori dello schema del primo decreto correttivo trasmesso alle Camere a soprassedere dall'introduzione di una modifica all'**art. 389 d.lgs.n. 14 del 2019**.

Riferimenti bibliografici.

F. AULETTA, *Competenza e non competenza nel codice della crisi e dell'insolvenza (artt. 27-32): una decostruzione praeter intentionem legislatoris?*, in (corso di pubblicazione su) *Corr. giur.*, 2020

G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza* (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), Torino, 2019, 261 s.

M. FERRO, *Codice della Crisi differito al 1° settembre 2021, fallimenti sospesi fino al 30 giugno 2020 e immediato cordone societario*, in *Quotidianogiuridico.it*, 9 aprile 2020

F. LAMANNA-D. GALLETTI, *Il rinvio degli obblighi di allerta di cui agli articoli 14 e 15 del Codice della crisi*, in *Ilfallimentarista.it*, 3 marzo 2020

I.L. NOCERA, *Emergenza Covid-19: rinviata al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa*, in *Quotidianogiuridico.it*, 8 aprile 2020

F. MUCCIARELLI, *La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi d'impresa: gli interventi del legislatore nel d.l.23/2020*, in *Sistema penale*, 11 aprile 2020

G. PARISI, *Gruppi di imprese di rilevante dimensione e competenza territoriale nella disciplina transitoria del nuovo codice della crisi*, in *Ilprocessocivile.it*, 25 luglio 2019

C. SOTTORIVA-A. CERRI, *Codice della crisi: il rinvio dell'applicazione degli obblighi di segnalazione ai tempi del Covid-19*, in *Ilfallimentarista.it*, 13 marzo 2020

L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. giur.*, 2019, 451.

9. Crisi d'impresa e Covid-19: considerazioni generali

Lo scenario commerciale globale, alla luce dell'inaspettato e repentino avvento del Codiv-19, appare oggi (e domani) più che mai incerto, imponendo pertanto una serie di riflessioni.

Le oggettive ripercussioni negative in ambito economico e finanziario delle misure di politica restrittiva adottate da numerosi Paesi al fine di contrastare la ormai conclamata pandemia da Coronavirus, hanno determinato una versione 'inedita' di crisi rispetto a quelle precedenti.

Sel nel 2008 l'epicentro della crisi furono i mercati finanziari, e solo in un secondo momento gli effetti investirono anche l'economia reale, la diversa matrice 'virale' si sta simultaneamente riversando sia sui mercati finanziari sia sull'economia reale, obbligando i governi paralizzare – attraverso soluzioni drastiche – l'intero sistema Paese. Come correttamente osservato, la globalizzazione produrrà, principalmente sul piano economico, un effetto amplificativo in termini di rapidità e diffusione della crisi mai visto nell'esperienze passate (F. FIMMANÒ, *Crisi d'impresa e resilienza nell'era del coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, in *Giustiziacivile.com*, 2020).

Volgere lo sguardo oltre i confini nazionali, ed osservare le misure di contrasto adottate anche dagli altri legislatori europei, non può che rafforzare la consapevolezza di dover agire tempestivamente, affinché l'impatto sul sistema economico sia quantomeno ammortizzato.

Alla data in cui si scrive (30 marzo 2020), così come in altri Paesi, (Ad es., Spagna e Germania hanno sospeso quelle regole che impongono in capo agli amministratori della società di promuovere istanza di fallimento nel

momento in cui vengano a conoscenza dello stato di insolvenza dell'impresa. A. GURREA Martinez, *Insolvency Law in Times of Covid-19*, Instituto iberico americano de derecho finanzas, 2020. Anche il Regno Unito ha annunciato un tempestivo intervento del parlamento che consenta, da una lato maggiore flessibilità nell'accre agli strumenti per la ristrutturazione del debito e, dall'altro, una mitigazione temporanea degli effetti del "Wrongful Trading" per gli amministratori di società. Nel dettaglio, l'istituto anglosassone prevede il dovere da parte degli amministratori di astenersi dal continuare l'attività d'impresa qualora abbiano la consapevolezza della impossibilità, da parte della società, di adempiere alle proprie obbligazioni. L'inosservanza di tale dovere li rende illimitatamente (patrimonialmente) responsabili nei confronti della società. <https://www.gov.uk/government/news/regulations-temporarily-suspended-to-fast-track-supplies-of-ppe-to-nhs-staff-and-protect-companies-hit-by-covid-19>) anche il Governo italiano, *mutatis mutandis*, ha considerato il problema. Con il **d.l. 2 marzo 2020, n. 9**, (tale provvedimento è rubricato 'Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19) sono stati saggiamente prorogati al 15 febbraio 2021 gli obblighi di segnalazione previsti nel CCII (A rendere ancor più complesso, relativamente alla crisi d'impresa, il quadro giuridico nazionale, vi è l'entrata in vigore (prevista per il 15 agosto 2020) della riforma organica che introduce il Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza (CCII) agli artt. 14 e 15: il riferimento è alla procedura di allerta che avviene su impulso degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione (art. 14); questi ultimi devono verificare costante che l'organo amministrativo adempia ai propri doveri di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario e il prevedibile andamento della gestione. Sempre agli amministratori la norma impone di *'segnalare immediatamente...l'esistenza di fondati indizi della crisi'*. Il successivo art. 15 introduce il concetto di creditori pubblici qualificati, (L'elenco contenuto nella disposizione si compone di tre figure: l'Agenzia delle Entrate, l'INPS e l'Agente della riscossione) anch'essi obbligati ad avvisare il debitore nel caso in cui la *'sua situazione debitoria abbia superato l'importo rilevante'* stabilito al comma 2. Deve essere osservato che la proroga contenuta nel D.L. non investe la

costituzione degli Organismi di composizione della crisi d'impresa (OCRI), (La disciplina dell'OCRI è disciplinata dall'art. 16 CCII, escluso dalla proroga prevista dal **d.l. n. 9 del 2020**) che pertanto – salvo ulteriori interventi – rimane prevista per il 15 agosto 2020. Ad avviso di chi scrive, sarebbe stato più coerente, considerato il peculiare momento storico, posticipare anche la costituzione di detti organismi; poiché deputati alla gestione del procedimento una volta ricevuta la segnalazione – e per questo intimamente connessi alle misure di allerta – la loro presenza presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, non avrebbe alcun ruolo esplicabile e dunque ragione d'essere. L'esiguo risorse, seppur momentanee, di cui dispongono le strutture giudiziarie o gli enti pubblici, determinate dalle misure restrittive di contrasto al Covid-19, potrebbero in tale fase essere impiegate per garantire, quanto più possibile, lo svolgimento ordinario delle funzioni a essi demandate.

Un altro aspetto da considerare riguarda le regole sulla riduzione del capitale per perdite delle SRL e SPA (Per le SPA la normativa è contenuta negli artt. 2446, 2447 cc, mentre per le SRL negli artt. 2482-*bis*, 2482 *ter* c.c.). Per entrambi le forme societarie, la disciplina prevede che nel caso in cui il capitale sociale sia diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione debbano convocare l'assemblea, sottoponendo a quest'ultima una relazione sulla situazione patrimoniale della società. Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita (a meno di un terzo), è imposta la riduzione del capitale in proporzione alle perdite accertate. Se da un lato, in caso di inerzia da parte degli amministratori o del consiglio di gestione l'assemblea viene convocata dall'organo di controllo, dall'altro potrà esservi una responsabilità civile e penale per i danni arrecati verso la società ed i creditori. Nell'ipotesi in cui il capitale sociale scenda al di sotto del limite legale, il ventaglio di opzioni si restringe, potendo in tal caso effettuare un aumento di capitale sino al raggiungimento di tale limite, oppure trasformare o sciogliere la società (**art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.**).

È facilmente intuibile che l'attuale quadro economico paralizzato dal Covid-19 possa attivare alcune misure predisposte dal legislatore in un contesto economico estraneo a quello attuale. Sarebbe pertanto auspicabile un intervento volto a mitigare, seppur momentaneamente, la disci-

plina ordinaria per evitare conseguenze negative nei confronti di imprese che oggettivamente si trovano nella impossibilità di operare nel mercato.

10.

Il diritto dell'insolvenza al tempo della pandemia

La pandemia causata dal coronavirus, diffusasi con rapidità esponenziale in diverse nazioni del mondo, e le conseguenti misure adottate dai singoli Stati allo scopo di limitare la diffusione del contagio, sono destinate a mutare in maniera profonda le attuali condizioni di mercato, incidendo significativamente sul sistema economico-finanziario delle imprese.

In un recente studio intitolato *Impact of the Coronavirus on the Italian non-financial corporates* la Cerved Rating Agency, nel delineare i possibili scenari per un rientro ad una situazione di normalità e di ripresa delle attività, ha stimato per le imprese italiane una perdita di fatturato importante prevedendo, nella ipotesi peggiore, un rischio di fallimento di circa il 10,4 per cento, un tasso doppio del normale.

Tale situazione ha indotto i Paesi dell'Unione Europea, e non solo, a valutare l'adeguatezza delle attuali regole sulla insolvenza a far fronte al progressivo aggravamento soggettivo destinato a interessare la pressoché totalità delle imprese. In tale senso, in un recente documento a firma di S. Madaus ed E.B. Wessels i gli Stati membri sono stati sollecitati a effettuare interventi sulle legislazioni nazionali per adeguarle alle urgenti e immediate necessità delle imprese, primariamente riconducibili alla perdita, temporanea, di reddito derivante dalla chiusura delle attività e alla impossibilità, allo stato, di effettuare previsioni di cassa ¹; individuando quattro

¹ Il documento predisposto per conto dell'organo direttivo della CERIL ('Conference of European Restructuring and Insolvency Law') intitolato 'Covid-19 urges legislators to adapt insolvency legislation' si legge: " The Executive of CERIL urges the EU and European national legislators to act swiftly and to respond to two specific needs when adapting or amending their legislation: 1 The (temporary) loss of the business income. 2 The (temporary)

differenti aree di tale intervento tra cui, oltre all'apporto di finanza interinale, la sospensione del dovere del debitore di presentare istanza per la dichiarazione di insolvenza ².

In alcuni Paesi Europei, tali esigenze sono state avvertite tempestivamente prevedendo una serie di interventi emergenziali tra cui la sospensione dell'obbligo delle imprese debentrici di presentare istanza per l'avvio di una procedura concorsuale; misura adottata in considerazione del fatto che molte imprese che in condizioni normali di mercato si troverebbero in una situazione di attività economica e finanziaria sostenibile, sarebbero invece costrette, nella attuale situazione, a richiedere l'avvio di una procedura concorsuale, ragionevolmente per una liquidazione atomistica. In questo senso si è mossa la Spagna con il "Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (*de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19*)", recentemente modificato con Real Decreto ley 11/2020, de 31 de marzo nel quale è stato previsto che, nel periodo di emergenza, il debitore insolvente non è tenuto a chiedere l'apertura di procedura concorsuale; eventuali domande presentate in quel periodo, o nei due mesi successivi alla fine dello stato di emergenza (termine di durata della sospensione), non potranno essere esaminate dai giudici (art. 43) ³. In questa linea si era mossa la Svizzera con ordinanza del 18 marzo 2020, benché con validità limitata sino al 4 aprile 2020 ("*Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs*") e più di recente la Germania, che ha sospeso l'obbligo per la

impracticality of a cash flow forecast". S Cfr. G. CORNO-L.PANZANI, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *Blog. Il Caso.it* del 26.3.2020.

² Queste le aree di intervento individuate: "interim financing, suspending the duty to file based on the inability to pay, 'Hibernation' (winter sleep) for (small) businesses, and supporting the livelihood of entrepreneurs and their employees".

³ Artículo 43. Plazo del deber de solicitud de concurso. 1. *Mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso. Hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presenten durante esos dos meses. Si se hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá éste a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior.* 2. *Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que hubiera comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el apartado quinto del artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*

impresa di presentare istanza per la dichiarazione di insolvenza fino al 30 settembre 2020, sempre che l'insolvenza sia conseguenza della pandemia Covid-19.

Il Governo italiano, facendo seguito a precedenti provvedimenti di natura economica adottati con **d.l. n. 18 del 2020**, con decreto legge dell'8 aprile 2020 n. 23 ha introdotto, tra le altre, importanti misure di urgenza a sostegno della liquidità e a garanzia della continuità delle imprese colpite dalla emergenza Covid-19.

Con riferimento a queste ultime misure (contenute nel Capo II del citato decreto), il legislatore ha disposto primariamente il rinvio integrale della entrata in vigore del **d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14** (*“Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza”*).

Tale decisione segue alla previsione contenuta del **d.l. 2 marzo 2020, n. 9**, che aveva differito al 15 febbraio 2021 l'operatività dell'obbligo di segnalazione che grava sugli organi di controllo interno e sui revisori contabili, oltre che sui creditori pubblici qualificati, previsti, rispettivamente, dagli artt. 14 e 15 del citato **d.lgs. n. 14 del 2019**. Infatti, al fine di consentire una gestione efficiente delle procedure di allerta da parte degli Organismi di composizione della crisi (destinatari della segnalazione), tale norma aveva esteso la platea dei soggetti esonerati da tale obbligo, per sei mesi, a tutte le piccole e medie imprese (complessivamente definite PMI); in linea con lo schema del decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al **d.lgs. n. 14 del 2019** (approvato in esame preliminare dal Consiglio dei Ministri del 13 febbraio 2020 e attualmente all'esame delle commissioni parlamentari) che, per le imprese che non superassero i limiti di cui all'**art. 2477, comma 2, lett. c), c.c.** e non fossero, pertanto, tenute a dotarsi di un organo di controllo, aveva prorogato di sei mesi l'obbligo di segnalazione d'allerta all'OCRI (Organismi di composizione della crisi d'impresa) da parte sia degli organi di controllo interno e dei revisori contabili, sia dei creditori pubblici qualificati (INPS, Fisco e agenti della riscossione)⁴.

⁴ L'art. 41 dello Schema di decreto correttivo dispone infatti che: *“l'obbligo di segnalazione di cui agli articoli 14, comma 2, secondo e terzo periodo e 15, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 opera a decorrere dal 15 febbraio 2021 per le imprese che negli ultimi due esercizi non hanno superato alcuno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di*

Dopo aver rinviato di sei mesi la entrata in vigore delle norme del codice della crisi di impresa limitatamente agli obblighi di segnalazione della crisi (slittate al 15 febbraio 2021), il legislatore, alla luce delle gravi ripercussioni economiche e finanziarie conseguenti alla pandemia e destinate a protrarsi nel lungo periodo, ha disposto l'integrale rinvio del **d.lgs. n. 14 del 2019**.

La scelta di campo del legislatore di rinviare di oltre un anno l'entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è stata giustificata sulla base di tre ordini di ragioni.

Una prima ragione si riferisce proprio alle misure di allerta, introdotte nella **l. delega n. 155 del 2017** prendendo l'avvio dalla disciplina francese, con l'obiettivo di incentivare l'emersione anticipata della crisi – di cui si stabiliscono gli indicatori – e agevolare le trattative tra debitore e creditori. In uno scenario economico di profonda crisi che incide sull'intero tessuto imprenditoriale, a livello globale, dette finalità risulterebbero fortemente compromesse, atteso che proprio gli indicatori della crisi «non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo» e anzi finirebbero per generare «effetti potenzialmente dannosi».

Una seconda ragione, di ordine più generale, attiene alla filosofia di fondo che ha ispirato la **l. delega n. 155 del 2017** attuata con il **d.lgs. n. 14 del 2019**. Se lo scopo del codice è quello di risolvere il problema della crisi di impresa prima che esso determini l'insolvenza irreversibile dell'imprenditore e l'inevitabile apertura della procedura di liquidazione; e se in questo finalismo sono dettate le regole sulla contrattazione c.d. 'protetta' e sul concordato preventivo (rispetto al quale è nettamente favorito quello fondato sulla continuità dell'azienda), ecco che detto scopo nel contesto economico attuale sarebbe evidentemente frustrato; con la conseguenza – si legge nella Relazione al **d.l. n. 23 del 2020** – che «il Codice finirebbe per mancare incolpevolmente il proprio traguardo».

Una terza ragione è individuata, infine, dal legislatore nella esigenza che «l'attuale momento di incertezza economica venga affrontato con uno strumento comunque largamente sperimentato come la Legge Fallimen-

tare, in modo da assicurare tutti gli operatori circa la possibilità di ricorrere a strumenti e categorie su cui è maturata una consuetudine».

Se il rinvio delle misure di allerta disposto dal **d.l. 2 marzo 2020** alle PMI si rendeva interprete della preoccupazione segnalata da più parti di consentire una gestione efficiente delle procedure di allerta da parte degli OCRI, non solo con riferimento alle imprese più piccole ma anche alle piccole e medie imprese che costituiscono il tessuto imprenditoriale italiano ⁵ (tenuta anche in considerazione la incertezza interpretativa che sarebbe derivata dalla applicazione di un istituto nuovo), meno comprensibili, ad avviso di chi scrive, le ragioni del rinvio integrale del codice.

Nelle legislazioni storiche le procedure concorsuali consistevano essenzialmente nel fallimento (a cui era collegato il concordato preventivo), la quale procedura era caratterizzata in termini liquidatori e sanzionatori. Cosicché l'assoggettamento alla concorsualità coincideva con la fallibilità, e con l'insieme di conseguenze pregiudizievoli, anche personali, che colpivano il fallito.

Nel diritto della contemporaneità i profili sanzionatori sono stati sempre più affiancati da profili concernenti il recupero di una condizione di solvenza; accanto alle classiche procedure liquidatorie, sono state previste procedure di ristrutturazione dell'attività di impresa e di tutela della continuità aziendale.

Oggi, pertanto, il sistema delle procedure concorsuali si presenta anche come una risorsa per l'imprenditore insolvente e non più e semplicemente come uno spauracchio.

E su questo filo rosso si pone il codice della crisi di impresa che costituisce una importante opera sistematica della disciplina dell'insolvenza, le cui regole, pur tenendo conto della specificità delle diverse situazioni in cui l'insolvenza può manifestarsi, sono finalizzate ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dei debiti.

⁵ Nel Decreto adottato dal Ministero delle Attività produttive del 18 marzo 2005 per la determinazione della dimensione aziendale ai fini della concessione di aiuti alle attività produttive, l'art. 2 ha così individuato le PMI: «La categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese (complessivamente definita PMI) è costituita da imprese che: a) hanno meno di 250 occupati, e b) hanno un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro»; fissando nei successivi commi 2 e 3 la definizione nell'ambito della categoria PMI delle microimprese e delle piccole imprese.

Una risorsa che risulta sicuramente rafforzata nel codice è rappresentata dal contratto per il superamento dell'insolvenza la cui disciplina, rispetto a quella contenuta nel **R.d. n. 267 del 1942** nel testo attualmente in vigore, è stata modificata per favorire la conclusione di accordi contrattuali tra debitore, creditore e altri soggetti interessati finanziatori o potenziali acquirenti di *assets*) prevedendo, in particolare, per gli accordi di ristrutturazione sia agevolazioni al momento dell'accesso con l'istituto degli accordi agevolati (art. 60 CCI) sia la possibilità di estenderne gli effetti a creditori non aderenti, anche diversi da quelli finanziari, al ricorrere di determinate condizioni, tra le quali si segnala la prosecuzione dell'esercizio dell'attività imprenditoriale (c.d. 'contratti concordati')⁶.

Una ulteriore risorsa è rappresentata dalla liquidazione giudiziale che, pur mantenendo la struttura procedurale corrispondente a quella del 'fallimento' prevede la prosecuzione dell'attività di impresa non più come una eccezione, ma come regola; per cui, solo laddove dalla prosecuzione derivi un pregiudizio per i creditori il tribunale potrà disporre la cessazione (questa la formulazione del nuovo art. 211 come modificato dallo schema del decreto correttivo al **d.lgs. n. 14 del 2019** approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 del 2020 che ha eliminato il riferimento ivi contenuto al grave danno quale ulteriore parametro a cui rapportare la decisione di prosecuzione dell'attività).

Così archiviata la incompatibilità tra 'fallimento' come strumento di selezione delle imprese efficienti sul mercato, e impresa, come pure la coincidenza tra soggetto, imprenditore, e oggetto, impresa, ecco che il subprocedimento del concordato nella liquidazione giudiziale (oggi "concordato fallimentare") può rappresentare «una possibile alternativa allo stesso [modello liquidatorio base] per la gestione e la sistemazione dell'insolvenza che sia stata accertata giudizialmente, da attuare subito dopo tale accertamento»⁷; ad avviso di chi scrive, tale conclusione sarebbe mag-

⁶ Per una ampia disamina sui contratti sulla crisi cfr. F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, 151 ss. Milano, Giuffrè, 2019, per il quale 'gli accordi di ristrutturazione con efficacia estesa' disciplinati dall'art. 61 CCI sono in realtà «strutture procedurali in cui elementi contrattuali si compongono con elementi concordatari».

⁷ Così F. FIMMANÒ, *Crisi di impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, in *Giustiziacivile.com*, 26 marzo 2020, il quale vede nello strumento del concordato fallimentare "del giorno dopo" assistito dalle garanzie

giormente efficace nella prospettiva del codice della crisi di impresa, ossia in un contesto in cui la prosecuzione dell'attività di impresa nella procedura di liquidazione è destinata a divenire regola e non eccezione, con la conseguenza che non sarebbe richiesta alcuna "gestione ponte" dell'impresa mediante lo strumento dell'affitto preesistente alla apertura della procedura.

In questo quadro, dunque, l'unica ragione plausibile per un rinvio integrale del codice della crisi di impresa è rappresentata dalla necessità che in un momento storico quale quello attuale non vi siano incertezze interpretative nella applicazione delle norme riguardanti la disciplina della insolvenza.

Nel citato **decreto dell'8 aprile 2020**, a garanzia della continuità delle imprese, vengono poi adottate una serie di misure che, oltre a incidere sulle norme di diritto societario in tema di riduzione del capitale per perdite, di finanziamento alle società (derogando alla disciplina della postergazione) oltre che sui principi di redazione dei bilanci di esercizio in corso al 2020, all'art. 9 detta disposizioni in materia di concordati preventivi e accordi di ristrutturazione promossi in epoca anteriore al palesarsi della emergenza epidemiologica.

Allo scopo di neutralizzare il rischio che procedure di concordato preventivo o accordi di ristrutturazione «aventi prospettive di successo prima dello scoppio della crisi epidemica» possano essere irrimediabilmente compromesse, il decreto prevede:

- a) una proroga di sei mesi dei termini di adempimento in scadenza tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021 dei concordati e degli accordi di ristrutturazione omologati;
- b) per i procedimenti per la omologazione di concordati preventivi o accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020, la possibilità per il debitore di presentare, sino alla udienza fissa per la omologazione, una richiesta al tribunale per la concessione di un termine sino a novanta giorni per presentare una proposta di concordato nuova o

pubbliche introdotte dalla decretazione d'urgenza il "tassello finale" di un programma resiliente che consenta la gestione ponte dell'attività mediante affitto, «propedeutico ad un fresh start o ancora meglio ad un restart without limits».

un nuovo accordo di ristrutturazione; ciò per consentire al debitore di tenere in considerazione i fattori economici sopravvenuti alla crisi epidemiologica;

c) in alternativa, qualora il debitore intenda modificare la proposta limitatamente ai termini di adempimento, può presentare memoria sino alla udienza di omologazione ivi indicando i nuovi termini di adempimento e allegando la documentazione comprovante la necessità di modifica e tenendo conto che il differimento non potrà essere superiore a sei mesi da quelli originari;

d) una proroga dei termini sino a novanta giorni dell'*automatic stay* previsto dagli **artt. 161, comma 6, l.fall.** (“concordato con riserva”) e dall'**art. 182-bis, comma 7, l.fall.**; proroga accessibile al debitore sia nella ipotesi in cui sia in scadenza l'originario termine senza possibilità di proroga; sia nella ipotesi di pendenza di istanza di fallimento. Se tale misura si giustifica con «l'esigenza di conferire quante più chances possibili al salvataggio della impresa», a garanzia della fondatezza della richiesta, il legislatore ha previsto che l'istanza sia comprovata da concreti e giustificativi motivi, nel caso di termini concessi **ex art. 161 comma 6 l.fall.**; e dalla persistente sussistenza dei presupposti per addivenire ad un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze previste dall'art. 182-bis.

Infine, all'art. 10 del citato decreto-legge, il legislatore, uniformandosi alla scelta adottata da altri Paesi Europei, prevede la improcedibilità dei ricorsi presentati per la dichiarazione di fallimento o di insolvenza, **ex artt. 15 e 195 l.fall.** nel periodo tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020, con la sola eccezione del ricorso presentato dal pubblico ministero che richieda l'applicazione di misure cautelari o conservative ai sensi dell'**art. 15, comma 8, l.fall.**

Tale misura, eccezionale e temporanea, è volta a bloccare sia le istanze dei creditori sia quelle in proprio del debitore, così consentendo a quest'ultimo di «valutare con maggior ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla soluzione della crisi di impresa senza essere sposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di insolvenza che in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esogeni» (così la Relazione illustrativa al D.L.).

L'introduzione delle citate misure suscita una prima considerazione.

Con riferimento alla misura con la quale si concede al debitore, la cui proposta sia stata già approvata dai creditori o assentita nella ipotesi di accordo **ex art 182-bis l.fall.**, di chiedere un termine in pendenza della procedura volta alla omologazione, per la presentazione di una nuova proposta di concordato preventivo, tale misura se risponde in pieno alla esigenza del debitore proponente di adeguare il programma di ristrutturazione e recupero della solvenza alle mutate circostanze economiche, dovrà comunque tenere in considerazione gli interessi dei creditori assicurando loro le medesime garanzie anche procedurali previste dalla disciplina di riferimento a partire da una nuova valutazione del tribunale sui presupposti di ammissibilità della domanda, una nuova relazione del commissario giudiziale sino ad una nuova adunanza dei creditori.

Le stesse garanzie procedurali andranno assicurate per la ipotesi di istanza per la omologazione del nuovo accordo di ristrutturazione.

Una seconda considerazione riguarda lo spazio di intervento del Decreto. Il **d.l. n. 23 del 2020** non prende infatti in considerazione la situazione delle imprese minori non fallibili e più in generale dei soggetti sottoposti alla disciplina delle procedure di sovraindebitamento contenuta nella **L. n. 3 del 2012**; con la conseguenza che, per le ipotesi ivi disciplinate e, in particolare, per gli accordi sulla composizione della crisi o per il piano del consumatore si deve ritenere che non vi sia alcuna proroga dei termini di adempimento previsti nella proposta ai creditori, né alcuna possibilità per i soggetti sovraindebitati di adeguare le proposte già presentate e già approvate, per la ipotesi di accordi **ex art 10 L. n. 3 del 2012** di adeguarle in ragione delle mutate condizioni economiche

Né potrebbero ritenersi applicabili in via analogica le misure previste per le imprese fallibili.

Si auspica che anche per dette situazioni, il Governo possa intervenire a tutela di questi soggetti.

IV
OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

11.

La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid

1. - Le diverse stagioni della responsabilità sanitaria. La prima stagione: quella della sostanziale immunità (“The doctor can do no wrong”) (1942-1978).

Credo importante premettere una breve rassegna delle precedenti stagioni attraversate dalla responsabilità sanitaria prima di passare all’analisi dell’impatto del Covid-19 su questo settore della r.c. e in particolare delle norme attualmente in discussione governativa, volte ad approntare agli esercenti la professione sanitaria limitazioni di responsabilità per le eventuali colpe commesse dagli stessi commesse in questo periodo di straordinaria emergenza sanitaria.

Per ragioni di brevità non affronterò la prima stagione, nella quale il medico aveva goduto, a torto o a ragione, di una sostanziale immunità tale che potrebbe essere evocato il famoso principio di *common law* per escludere la responsabilità dei magistrati e più in generale dell’intero apparato governativo: al posto di *The King*, andrebbe *The doctor can do no wrong*. Le stesse esigenze di protezione dell’autonomia delle funzioni dell’apparato giudiziario – che per secoli avevano sconsigliato di dichiarare la responsabilità dei Giudici – possono valere anche per la classe medica. Ad esempio, l’interpretazione riservata per alcuni decenni all’art. 2236 (ritenuta applicabile alla sola imperizia e non anche ad imprudenza e negligenza; al tempo stesso, quasi tutti gli interventi medici venivano considerati di speciale difficoltà e qualificare allora in termini di colpa grave o addirittura di dolo la condotta dei medici diventava onere della prova impossibile) e la qualificazione dell’obbligazione del professionista medico in termini di obbligazione di mezzi minavano alle basi la possibile

affermazione di un diritto comune della responsabilità del professionista intellettuale medico. Il discorso sarebbe ovviamente assai più articolato da compiere, ma è stato esplorato in dottrina con completezza.

2. - La seconda stagione della *medical malpractice*: l'imperialismo della Giurisprudenza (1978-2012).

Inaugurato dalle note decisioni che avevano distinto interventi di facile e di difficile esecuzione, che ponevano a favore del paziente danneggiato un più favorevole regime dell'onere della prova, sino al 2017 la giurisprudenza, pezzo dopo pezzo, ha, invece, costruito uno statuto della responsabilità medica che ha fissato un livello di responsabilità sempre più rigoroso per le strutture sanitarie e per gli esercenti la professione sanitaria.

Si è parlato addirittura, ma con un grave errore, di una responsabilità cripticamente oggettiva che sarebbe stata imposta dalla giurisprudenza a carico delle strutture sanitarie. In effetti non si tratta di una responsabilità oggettiva che poi in un sistema perfetto potrebbe essere introdotta solo dal legislatore, ma casomai di una responsabilità sempre più aggravata a carico della struttura sanitaria.

Il maggior rigore della responsabilità era stato determinato da un profondo mutamento della società italiana che dagli ultimi decenni del secolo scorso aveva cominciato a chiedere in modo sempre deciso e insistente un aumento del risarcimento del danno in generale e in particolare del risarcimento richiesto dai pazienti in seguito a trattamenti sanitari. Il vento risarcitorio che ha investito l'Italia muove dal progressivo allontanamento del principio holmesiano – non scritto in nessuna norma giuridica ma che aveva costituito il cuore della responsabilità civile – per il quale “*a loss shall remain where it falls*”. Non sono stati quindi solo i giudici che avrebbero promosso battaglie persecutorie nei confronti degli operatori sanitari, né gli avvocati dei pazienti lesi né i periti di parte responsabili di essere portatori di verità non rigorose e scientifiche: il “grande freddo” della responsabilità medica di quegli anni nasce dalla volontà, culturale prima che politica, di assicurare in modo sempre più diffuso il risarcimento, ignorando che il trasferimento della maggiore ricchezza (costituita dal risarcimento del danno) così attuato sarebbe stato magicamente neutro in termini economici.

Come conseguenza di questo clima generale e per dare tecnicamente corpo a questa volontà riparatoria, la giurisprudenza in meno di dieci anni ha provveduto, progressivamente, ad una rivoluzionaria modificazione di alcune consolidate regole giuridiche, riconoscendo:

- a) la natura contrattuale della responsabilità gravante sulla struttura e sull'esercente la professione sanitaria;
- b) la generale operatività del principio della vicinanza della prova che finisce per far gravare sulla struttura l'onere di escludere il nesso di causalità materiale nei casi di causalità incerta;
- c) il nesso di causalità materiale interpretato secondo il criterio del più probabile che non;
- d) il riconoscimento della perdita di *chance*
- e) l'interpretazione elastica riservata alle norme sulla prescrizione con particolare riferimento alla decorrenza dei suoi termini dal momento in cui il danneggiato ha avuto – o avrebbe dovuto avere, usando l'ordinaria diligenza – una conoscenza soggettiva dell'antigiuridicità della condotta del danneggiante; oltre a confermare nel settore specifico della responsabilità sanitaria una notevole generosità nella concessione del danno non patrimoniale che ha reso il sistema italiano come normalmente il più attraente in tutto il continente europeo quanto alla misura concreta di questa figura di danno [MAGGIOLLO].

Il rigore e la severità con le quali viene giudicata l'attività degli operatori sanitari solleva il problema della c.d. "medicina difensiva", nelle sue declinazioni attiva e passiva. Si impone cioè una disciplina della responsabilità sanitaria che, sempre volendo assicurare una adeguata protezione della salute dei cittadini, mira anche a introdurre un diverso equilibrio tra questa esigenza fondata sulla Costituzione rispetto ad altri valori e beni aventi sempre rango costituzionale.

3. - La terza stagione, degli interventi legislativi: la legge Balduzzi, la lunga discussione per una nuova legge, l'approvazione della Gelli-Bianco e la sua attuazione (2012-2020).

Il settore delle professioni intellettuali è sempre stato ontologicamente di matrice quasi interamente giurisprudenziale, essendo costruito attorno a

poche norme (artt.1176,2236); tuttavia, necessitava di un intervento legislativo per gli eccessi manifestati nella tutela del paziente, che avevano poi fatto lievitare i costi della sanità oltre ogni ragionevole limite e avevano determinato anche una quasi completa fuga dal mercato della gran parte delle imprese di assicurazione. Per queste ragioni entra in campo il legislatore con un cammino lungo caratterizzato da tanti interventi: un primo provvedimento, volutamente incompleto, è stato adottato con un DL e poi trasformato vistosamente in sede di conversione, su iniziativa del Ministro Balduzzi; poi dopo un lungo processo di discussione viene approvata la legge Gelli Bianco che fissa una organica disciplina della responsabilità medica.

Il timore era che, nel pur lodevole compito di razionalizzare il settore dell'esercizio della professione intellettuale sanitaria, il legislatore in qualche modo avrebbe potuto violare la ripartizione tra i poteri legislativo e giudiziario, ponendo in essere un vero e proprio *trespass* nei confronti degli equilibri raggiunti dalla giurisprudenza.

La legge del 2017, invece, rispetta e non tocca quelle che erano stati i traguardi, giusti o sbagliati, raggiunti dalla giurisprudenza italiana: si mantiene, con tutti gli aspetti favorevoli per il paziente danneggiato, la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria **ex art. 1218 c.c.**, facendo invece divenire extracontrattuale la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, che è tradizionalmente più ostica per la persona che cerca il risarcimento. L'intento evidente è quello di spingere le eventuali controversie verso la struttura (attraverso un meccanismo di c.d. "canalizzazione della responsabilità"), quale soggetto nelle condizioni di meglio organizzare lo svolgimento dell'attività e anche più protetto, potendo poi esercitare un'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la responsabilità sanitaria, laddove sia provato il dolo o la colpa grave, pur sempre entro limiti quantitativi molto modesti. Non esiste responsabilità civile nel caso di osservanza delle linee guida, mentre la responsabilità penale rimane esclusa solo se la violazione delle linee guide è avvenuta per colpa lieve determinata da imprudenza e negligenza, ma non da imperizia, determinando in tal modo un maggior rigore.

La legge si propone anche di attivare il meccanismo assicurativo vista la grande fuga dal mercato, ma ad oltre tre anni non sono stati emessi i

decreti attuativi previsti, con la conseguenza che ancor oggi i profili assicurativi sono fonte di grossi problemi: sono stati risolti solo quelli relativi agli esercenti la professione sanitaria, ma non anche per le strutture sanitarie. E molte di queste hanno anche optato per meccanismi di autoassicurazione, del resto previsti dalla legge, forse nella consapevolezza che una sistemazione completa e ragionevole delle problematiche assicurative non sarebbe stata molto facile da raggiungere.

Come è noto, alcuni dei problemi più spinosi che avevano determinato il maggior rigore con il quale la giurisprudenza aveva considerato la posizione dei medici e della struttura sono stati poi rivisitati dalla giurisprudenza della Terza sezione; la quale ha lodevolmente recepito la più autentica indicazione della legge Gelli-Bianco, mirante ad introdurre un giusto equilibrio tra gli interessi spesso contrapposti (salute del paziente e sicurezza delle cure ma anche sostenibilità economica e assicurativa di un sistema sanitario molto avanzato). E quando in Italia, almeno nelle Riviste giuridiche, si discuteva animatamente della nuova giurisprudenza sanitaria inaugurata dalla Cassazione e si attendeva il deposito di una ulteriore produzione giurisprudenziale per completare il *Restatement* iniziato l'11 novembre 2019, arriva la pandemia del Covid-19 che riempie l'Italia, primo paese europeo colpito, di un numero impressionante di morti e di contagiati, potenziali soggetti attivi di pretese risarcitorie.

Quasi sopraffatte dalla violenza del contagio, le autorità sanitarie non sono nemmeno riuscite a contare con sufficiente precisione il numero dei decessi causati dal virus, né tantomeno a gestire i corpi. Il corona virus impegna poi all'inverosimile le terapie intensive, che si rivelano chiaramente insufficienti e inadeguate ad ospitare l'incredibile numero di coloro che ne fanno richiesta; se ne cercano e se ne costruiscono di nuove, ma intanto il numero dei pazienti che muore aumenta. Allo stesso tempo, tra le persone decedute si contano sempre più spesso medici e infermieri che malati non erano, ma sono stati contagiati da pazienti infetti perché spesso non protetti in modo adeguato. Lo scenario è apocalittico e assomiglia a quello di una vera e propria guerra.

Forti del ricordo di che cosa sia successo nell'Italia in una situazione di non pandemia, tutti pensano allora immediatamente alle tante cause che potrebbero essere instaurate nel dopo Covid-19. Subito il pensiero corre a

episodi di contenzioso collettivo, più o meno omogeneo, verificatosi nel passato, stante la sostanziale inutilizzabilità dello strumento dell'azione collettiva (la nuova disciplina non è entrata in vigore, mentre quella attualmente in vigore non pare adeguata a ospitare le azioni dei tanti danneggiati perché la materia della responsabilità medica non rientra nel campo di applicazione): in particolare, immediato è il riferimento al *blackout* elettrico del 28 settembre 2003 che ha originato circa 150mila cause per richieste risarcitorie normalmente non superiori ai limiti di competenza per valore dei giudici di Pace. Il potenziale contenzioso Covid-19, oltre ad essere molto più grave nella sua diversità per la presenza di morti e feriti, si prospetta come altrettanto prolifico; sicché non poteva non risvegliare gli appetiti di una parte della classe forense, subito giustamente redarguita per aver assunto posizioni non solo non corrette deontologicamente ma che soprattutto contrasterebbero apertamente con i sentimenti di apprezzamento e di riconoscenza che tutta la società italiana dovrebbe avere nei confronti di tutti gli operatori sanitari, i veri eroi della pandemia. Nasce da questa situazione una esigenza forte di assicurare una protezione ai medici, ma non è ben chiaro se tale misura debba essere concessa anche alle strutture sanitarie. Si parla insistentemente di “scudo”, cioè di una norma di deroga alla generale operatività delle disposizioni della legge Gelli Bianco e di quelle generali previste nel Codice Civile. Per la grave situazione di emergenza sanitaria ci si interroga in particolare se sia giusto o opportuno, politicamente prima che giuridicamente, prevedere questo scudo: in altri termini, una situazione eccezionale dovrebbe giustificare l'introduzione di una norma eccezionale [COMANDÈ].

4. - La quarta stagione: la grande emergenza sanitaria: l'esigenza socialmente avvertita di offrire una protezione alla classe medica. I possibili contenziosi da Covid.

Dico subito che, a mio giudizio, la categoria degli esercenti la professione sanitaria non ha bisogno di una protezione tramite la previsione di uno scudo che escluda o limiti la normale responsabilità prevista dalla legge Gelli-Bianco. Magari, preferibilmente, solo qualche lieve modifica della legislazione vigente (Ad es., l'Associazione Nazionale dei Civilisti italiani,

in vista del Convegno annuale, ha preparato una breve nota indicante alcune modificazioni: escludere la legittimazione passiva degli esercenti la professione sanitaria, mantenendo solo quella delle strutture sanitarie, e sotto il profilo della responsabilità penale, ritornare come suggerito dalla più autorevole dottrina penalistica alla formulazione presente nella legislazione Balduzzi). Diverso il discorso appare per le strutture sanitarie, pubbliche o private.

Per meglio giustificare questo mio assunto e anche per avere un quadro prospettico sufficientemente ordinato, è utile offrire una breve tassonomia delle diverse situazioni presenti. Ad oggi pare potersi individuare ben cinque classi di ipotesi di possibili futuri contenziosi. Come si vedrà, alcuni di questi casi possono essere risolti tramite l'applicazione della normativa attualmente esistente; altri, invece, dovrebbero consigliare il decisore politico di adottare misure diverse, che superano i limiti della responsabilità civile sanitaria, perché appartengono a un diverso sistema di sicurezza sociale.

5. - a) Responsabilità della struttura sanitaria e/o degli esercenti la professione sanitaria per condotta sanitaria colposa.

Nel primo gruppo di futuro contenzioso (nel quale, oltre le strutture sanitarie potrebbero essere citati in giudizio a titolo di responsabilità extracontrattuale anche gli esercenti la professione sanitaria) potrebbero essere collocati i soggetti che lamentano la sussistenza di una colpa durante il trattamento sanitario da loro ricevuto all'interno della struttura sanitaria in questo periodo di emergenza sanitaria.

Questa pare essere la classica situazione di responsabilità medica: è stata commessa una colpa nei singoli atti medici posti in essere, perché si sono tenute condotte imprudenti neglienti o imperite.

Pare però difficile parlare in termini generali e consistenti di una colpa degli esercenti la professione sanitaria per la situazione d'urgenza creatasi per il Covid-19: non solo non esistono linee guida preparate dalle varie Associazioni Professionali che fissino con certezza le condotte che devono essere tenute dalla classe medica – e quindi manca *in rerum natura* un metro di confronto – ma anche perché l'aver agito e operato in condizioni

di emergenza e con carenze strutturali ha di fatto imposto al personale medico il compito di dover risolvere problemi di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.), che durante il normale esercizio dell'attività sanitaria non sussisterebbero.

Quindi, lo scudo invocato per proteggere esercenti la professione sanitaria e le strutture non sembra necessario: l'attuale disciplina codicistica, senza nemmeno scomodare la disciplina della Gelli-Bianco, sembra offrire una risposta equilibrata alla soluzione del conflitto fra struttura sanitaria, all'interno della quale opera il personale sanitario, e paziente, la cui persona deve essere prioritariamente protetta.

Un ulteriore appiglio di questa lettura può anche essere trovato poi nella Gelli-Bianco laddove la quantificazione del danno nell'azione contabile nei confronti dell'esercente la professione sanitaria deve tener conto «delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato».

6. - b) Responsabilità delle strutture sanitarie per carenza organizzativa.

Nel secondo gruppo (che verosimilmente riguarderà le sole strutture sanitarie e per il quale comunque per superare ogni possibile dubbio potrebbe essere prevista – con uno specifico emendamento normativo – la carenza di legittimazione passiva degli esercenti la professione sanitaria) potrebbero essere collocate le pretese di chi ritiene di aver subito un danno per non aver potuto ricevere una tempestiva e sollecita ospedalizzazione nei reparti di terapia intensiva dato l'eccessivo affollamento o per averla ricevuta tardivamente e quindi essersi così pregiudicata la possibilità di una guarigione. Altro possibile esempio di questa classe di contenzioso può essere costituito da chi possa lamentare il pregiudizio di non essere stato visitato e sottoposto a tampone in modo tempestivo, e non aver quindi potuto essere curato con la dovuta tempestività.

Questi problemi, posti dalla pandemia del coronavirus, sembrano essere prevalentemente di tipo organizzativo: limitato numero dei posti di terapia intensiva; carenza dei ventilatori; sovraffollamento delle corsie ospeda-

liere; ridotta disponibilità di tamponi; trasformazione strutturale, ma tardiva e quindi inadeguata, di reparti ospedalieri per soddisfare esigenze della terapia intensiva, ecc.

Qui, a differenza della prima categoria, non viene in considerazione una colpa intesa come imprudenza, negligenza e imperizia, quale può essere imputata agli esercenti la professione sanitaria. E ci deve domandare, quindi, se ai sensi del diritto vigente possa essere fissata una responsabilità delle singole strutture sanitarie. La disciplina specialistica nulla dice al riguardo. La letteratura che si è occupata a lungo e in modo approfondito della responsabilità sanitaria accenna a una responsabilità di tipo organizzativo-gestionale gravante sulla singola struttura, basata sul rischio inerente all'organizzazione di servizi di cura e assistenza alla salute delle persone [DE MATTEIS]. È sempre però una responsabilità basata sull'**art. 1218 c.c.**, e non oggettiva; anche se l'onere della prova dell'impossibilità della prestazione per fatto non imputabile al debitore si tinge di un forte colore oggettivo quando il debitore sia costituito da un'impresa (anche se una struttura sanitaria spesso non ha una natura giuridica imprenditoriale). Ritenere qui la responsabilità della struttura significa verificare la possibilità di costruire una figura di responsabilità oggettiva gravante sulla struttura sanitaria per non essersi dotato di una organizzazione oggettivamente adeguata. La questione fa riemergere all'attenzione alcuni, isolati precedenti giurisprudenziali decisi alla fine del secolo scorso (ad esempio Tribunale di Monza e Tribunale di Brescia ove era stata appunto affermata una responsabilità di tipo oggettivo perché la singola struttura chiamata in giudizio non si era dotata di un'articolazione interna adeguata a far fronte a esigenze che avrebbero potuto essere previste).

La configurabilità di tale responsabilità passa necessariamente attraverso la verifica della prevedibilità del rischio che ha determinato la situazione di emergenza sanitaria. Essendo una responsabilità di tipo oggettivo, non introdotta poi dal legislatore, ma elaborata dalla giurisprudenza, si tratterà di vedere se possano trovare applicazione le premesse giuseconomiche care agli studiosi di responsabilità civile. Il riferimento obbligato è alle opere di Pietro Trimarchi [TRIMARCHI].

Quindi, dovrebbe essere svolta una indagine approfondita per verificare se nel gennaio 2020, quando si è sviluppato per la prima volta in Cina il

Covid-19, poteva o meno essere prevista tale eccezionale e straordinaria situazione, che solo potrebbe giustificare l'imposizione di una regola di responsabilità oggettiva. Ad esempio, a gennaio sul tavolo del Ministero della Sanità, come anche su quelli dei più importanti enti regionali, era pronto il "*Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale*", dove venivano previste misure molto forti per limitare e contenere la trasmissione delle infezioni in comunità. Quindi – si potrebbe sostenere – il rischio già a gennaio 2020 era previsto. Tuttavia, come è stato ampiamente discusso in questi giorni sulla nozione di impossibilità rilevante ai sensi delle norme in tema di obbligazioni e contratti, la valutazione sulla sussistenza o meno della prevedibilità, come ricordato magistralmente, è una valutazione giuridica e non certo economica [IRTI].

A meno di non ritenere applicabile in queste situazioni la norma sullo stato di necessità, che potrebbe essere applicata anche in territorio contrattuale: si escluderebbe in tal modo l'applicazione delle regole di responsabilità civile, residuando unicamente una indennità "*la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice*".

Chiaramente per questo tipo di contenzioso, basato sull'organizzazione e sulla gestione dell'erogazione di servizi sanitari, dovrebbe essere esclusa la legittimazione dei singoli medici. Per questo caso che si stima possa essere il più esteso in termini quantitativi, il decisore politico potrebbe valutare di uscire dalle regole della responsabilità civile e di adottare dei piani indennitari: al posto del risarcimento sarebbe erogato un indennizzo da parte dello Stato, calcolato non secondo l'integralità del danno, ma a titolo di ristoro, come è stata previsto nel 1992 per i danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, HIV e somministrazione di emoderivati e successivamente per le vittime della mafia e di episodi di terrorismo. Un rimedio indennitario gestito a livello amministrativo a mo' di conforto e ristoro del pregiudizio subito; una sorta di riconoscimento monetario che, pur escludendo la ordinaria responsabilità della struttura sanitaria, indica la volontà della comunità tutta di mettere a disposizione di quella particolare categoria dei danneggiati una somma di denaro, in adempimento dei doveri di solidarietà sociale costituzionalmente rilevanti **ex art. 2 Cost.** Una scelta coerente con un sistema di sicurezza sociale.

7. - c) Danni pretesi dagli eredi del personale sanitario.

Questa è la terza situazione che pare possa profilarsi: il risarcimento viene chiesto in questo caso dagli eredi dei tanti “eroi” del coronavirus che purtroppo nell’adempimento dei doveri professionali hanno perso la vita o hanno riportato lesioni personali. E la probabile causa potrebbe essere rappresentata proprio dal non avere la struttura sanitaria, e più in generale il Servizio Sanitario Nazionale, dotato il personale medico e quello paramedico degli opportuni strumenti di prevenzione e protezione.

Per una parte, questa terza categoria di possibile contenzioso presenta chiari aspetti di vicinanza con il secondo caso: la situazione è stata così straordinaria ed eccezionale che non è stato proprio possibile dotare di un numero sufficiente e adeguato di strumenti di protezione il personale medico e paramedico all’interno della propria struttura ospedaliera. Non solo però deve essere ricordato il tardivo e quindi colpevole approvvigionamento di strumenti elementari di protezione; ma soprattutto va portato all’attenzione che i medici di famiglia o di medicina generale paiono essere stati lasciati senza istruzioni o linee guida per segnalare e trattare i casi sospetti.

Una grande percentuale nel numero dei decessi ha in particolare colpito i medici di base, categoria riguardo alla quale una valutazione molto condivisa sottolinea gli errori compiuti nell’ultimo decennio dalla politica sanitaria. Soprattutto si censura il loro sostanziale ridimensionamento nell’operare come primo intervento, lasciando alle strutture ospedaliere il ruolo di diventare imperialisticamente il centro di tutta l’organizzazione sanitaria, con tutte le conseguenze negative che ne sono derivate.

Qui, però, l’imprevedibilità e l’eccezionalità della situazione non pare criterio allo stesso modo convincente per escludere la responsabilità della struttura sanitaria: non si tratta tanto di un giudizio di adeguatezza sul numero dei posti di terapia intensiva e altro; qui, piuttosto, si rimprovera il non essere stata osservata una delle più elementari obbligazioni gravanti sulla struttura ospedaliera. E la responsabilità in questa situazione sembra difficilmente contestabile.

Certo, il legislatore potrebbe forse non ritenere applicabili i comuni rimedi risarcitori e prevedere, alla stessa stregua di quanto indicato nel precedente gruppo, che ai familiari del personale medico e paramedico

che abbiano perso la vita o abbiano in ogni caso riportato lesioni spetti una indennità che si colloca fuori però dal perimetro della responsabilità civile.

8. - d) I danni che potranno essere chiesti dai familiari delle persone decedute in RSA.

La quarta categoria, la più dolorosa per ovvie ragioni, indica in modo chiaro i profili di responsabilità per i danni causati. Si tratta di persone molto più fragili dei normali degenti poiché richiedono particolari cure, e in generale un protocollo ancor più adeguato se si vuole realizzare la sicurezza delle cure.

Il titolo di questa responsabilità sembra variare: da una parte ritroviamo gli argomenti legati alla carenza organizzativa, dall'altra una colpa specifica per imprudenza o negligenza per aver accolto all'interno delle RSA pazienti anziani contagiati non gravi (fenomeno che fortunatamente sembra essersi verificato solo in un numero limitato di RSA). Questa decisione è stata all'origine di tantissimi decessi e appare gravemente imprudente.

In questo gruppo mi pare meno probabile adottare, come per i danni causati al personale medico e paramedico, un piano di riconoscimento indennitario, che collocherebbe queste dinamiche fuori dai confini della responsabilità civile. Le situazioni possono risultare molto diverse le une dalle altre: qui sembra ravvisabile una colpa gestionale abbastanza evidente che avrebbe dovuto provocare l'adozione di misure di assoluto contenimento dei rischi di contagio proprio per la maggiore fragilità e debolezza dei pazienti ospiti di RSA.

9. - e) Le pretese risarcitorie che potrebbero essere avanzate dai malati ordinari cui è stato precluso l'accesso ordinario in ospedale o ai quali sono stati ritardati trattamenti sanitari indilazionabili per l'affollamento di malati Covid.

Il perimetro di quest'ultimo caso è assai ampio, anche se credo che i casi che potranno nascere non saranno numerosi: potrebbe ospitare, infatti, tutta una ampia categoria di soggetti con pregresse patologie, tendenzialmente quindi non malati di Covid, ai quali per la situazione di affolla-

mento dell'ospedale non è stato possibile effettuare i trattamenti sanitari previsti secondo i programmi terapeutici in atto, o ai quali non è stato possibile accedere alle postazioni di terapia intensiva di cui loro avevano bisogno per patologie mediche diverse dal Covid. Questo quinto gruppo di casi è simile al secondo gruppo perché inevitabilmente vengono in discussione profili intrinsecamente collegati alla carenza organizzativa della struttura che sopraffatta dall'urgenza della pandemia ha finito per trascurare gli altri pazienti anch'essi bisognosi di trattamenti sanitari improcrastinabili. Qui, però, il possibile attore è un paziente comune, non affetto da coronavirus che potrebbe lamentare un peggioramento delle proprie condizioni di salute per essere stato "trascurato" rispetto all'onda emergenziale. E il difetto organizzativo stimato imprevedibile nel secondo gruppo si presenta altamente prevedibile in questo caso perché è inammissibile che una struttura sanitaria possa svolgere gran parte della propria attività solo a vantaggio di una particolare classe di pazienti, non essendo in grado di proteggere il diritto alle cure di tutti.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

[1] Sul punto cfr. l'icastica posizione di M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Giustiziacivile.com*, 2 aprile 2020; secondo l'A. il danno non patrimoniale così generosamente riconosciuto dai Tribunali italiani ha una componente punitiva, e in ogni caso largamente non riparatoria, e conseguentemente una quota dello stesso dovrebbe essere trattenuto dallo Stato e destinato a finalità di solidarietà, sul modello dei più conosciuti *punitive damages*.

[2] Cfr. per ulteriori informazioni G. COMANDÈ, *La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus ...e dopo*, in *Danno e resp.*, 2020.

[3] Ad es., l'Associazione Nazionale dei Civilisti italiani, in vista del Convegno annuale, ha preparato una breve nota indicante alcune modificazioni: escludere la legittimazione passiva degli esercenti la professione sanitaria, mantenendo solo quella delle strutture sanitarie, e sotto il profilo della responsabilità penale, ritornare come suggerito dalla più autorevole dottrina penalistica alla formulazione presente nella legislazione Balduzzi.

[4] Cfr. da ultimo R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2017.

[5] Cfr. Trib. Monza, 7 giugno 1995, in *Resp. civ. prev.* 1996, 389 con nota di M. TOSCANO, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità* e Trib. Brescia 28 dicembre 2004, in *Danno e resp.* 2006, 895, con commento di R. BREDA, *Ancora sulla responsabilità della struttura per inadeguata organizzazione del servizio sanitario*. A livello di giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. civ., 27 luglio 1998 n. 7336, in *Resp. civ. prev.* 1999, 996, con commento di M. GORGONI, *Disposizioni*

tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica. Buoni spunti anche in R. BREDA, Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria, in Danno e resp. 2001, 209 ss.

[6] La prima pionieristica del 1961 (*Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè), poi ripresa nella successiva del 2017 (*La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, Giuffrè).

[7] Come ricordato magistralmente da N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *IlSole24Ore*, 5 maggio 2020.

12. Covid-19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria

1. - Premessa.

I tragici avvenimenti dell'emergenza epidemiologica Covid-19 hanno sollevato un dibattito – probabilmente inaspettato per la tempistica – circa i profili di eventuale responsabilità dei sanitari coinvolti in prima linea nella lotta contro il terribile virus.

In altre parole, se nell'immaginario collettivo della maggior parte dei consociati gli operatori sanitari (medici, infermieri, personale para medico) in trincea giornaliera contro il Covid-19 sono visti come “eroi con il camice” che hanno sostituito – nella gerarchia delle idolatrie – i beniamini dello sport, si sono registrate – già all'indomani dello scoppio dell'emergenza sanitaria – iniziative volte ad adombrare la scure della responsabilità civile e penale delle aziende sanitarie e dei dipendenti delle stesse, coinvolti nell'assistenza ai pazienti affetti dal Covid-19.

In particolare, si è assistito ad una articolata diffusione di comunicati e tutorial di sedicenti studi legali recanti l'offerta di “consulenza ed assistenza” in prospettiva di giudizi risarcitori per casi di asserita malasania derivanti da ricoveri o episodi legati alla epidemia da Covid-19.

Tali iniziative hanno determinato l'immediata reazione del Consiglio Nazionale Forense ¹ nonché di numerosi Consigli territoriali dell'Ordine degli Avvocati e delle associazioni di categoria, che – nel censurare tali campagne pubblicitarie, ritenute denigratorie della classe forense – hanno

¹ Delibera n. 178 assunta dal Consiglio Nazionale Forense in data 1° aprile 2020, recante l'«invito a Coa e Cdd a vigilare su comportamenti indegni che ledono il decoro e la dignità della classe forense».

inoltrato le notizie acquisite ai competenti Consigli distrettuali di Disciplina per l'accertamento ed il perseguimento delle possibili violazioni della deontologia forense.

In tale contesto, si è assistito a livello legislativo – in sede di discussione parlamentare circa la conversione del **d.l. n. 18 del 17 marzo 2020** c.d. “Cura Italia” – alla presentazione, da parte di pressochè tutti gli schieramenti politici, di emendamenti volti ad introdurre anche un regime speciale disciplinante la responsabilità sanitaria durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19². In particolare, le proposte hanno l'obiettivo di introdurre una limitazione di responsabilità, per gli eventi avversi connessi con l'emergenza Covid-19, a favore di strutture sanitarie ed esercenti la professione, al di fuori delle ipotesi di dolo o colpa grave.

Da tale quadro appare evidente, quindi, che la pandemia pone la questione del difficile bilanciamento tra la garanzia dei diritti di chi eventualmente possa aver subito un danno ingiusto durante l'emergenza sanitaria e l'esigenza di tutelare – anche rispetto al rischio di subire azioni civili e penali del tutto infondate – chi, a costo della propria vita, è in prima linea nella lotta al virus.

Si tratta, pertanto, di accertare se – per realizzare tale non semplice equilibrio – sia effettivamente necessaria una legislazione speciale della responsabilità sanitaria dell'emergenza, che interverrebbe a distanza di soli tre anni dall'entrata in vigore della legge di riforma Gelli Bianco oppure se l'ordinamento vigente disponga già di strumenti adeguati per un equo contemperamento degli interessi in conflitto anche a fronte del tragico ed eccezionale contesto provocato dal Covid-19.

A questo proposito, non va dimenticato che la **l. 8 marzo 2017, n. 24** – che ha fatto seguito al precedente **d.l. 13 settembre 2012** convertito con modifiche dalla **l. 8 novembre 2012, n. 189** (c.d. miniriforma Balduzzi) – si pone l'obbiettivo pragmatico di aumentare le garanzie e le tutele per gli esercenti le professioni sanitarie, nel rispetto, in ogni caso, del diritto del

² Tali emendamenti sono esaminati da M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, in <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/wp-content/uploads/2020/04/Capecci-Coronavirus-e-resp-civile.pdf>.

paziente, eventualmente danneggiato, di essere risarcito in tempi più rapidi e certi ³.

In altre parole, il fine della recente riforma – di cui si prospetta l’implementazione attraverso un provvedimento speciale – è quello di tutelare il sanitario da forme di “sovra responsabilizzazione”, in modo che il medesimo possa tornare «ad essere sereno e virtuoso protagonista della scena e di una recuperata “alleanza terapeutica” con il paziente» ⁴.

2. - La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile.

Ogni riflessione su profili di eventuale inadeguatezza dell’assistenza sanitaria prestata dalle strutture e dagli operatori in relazione alla pandemia del Covid-19 deve muovere dallo scenario di riferimento e da alcuni dati oggettivi, riguardanti non solo il prezzo altissimo di vittime pagato nella lotta al virus dagli operatori sanitari impegnati all’interno degli ospedali o dislocati sul territorio ma anche l’enorme disparità tra risorse disponibili e richieste di assistenza ⁵.

Al riguardo, appare significativo il documento della Siaarti (Società italiana di anestesia analgesia rianimazione e terapia intensiva) del 6 marzo 2020, in punto di “Raccomandazioni di etica clinica, per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili” ⁶.

In particolare, il predetto documento – avente valore di direttiva scientifica alla quale il sanitario si deve attenere ai sensi dell’**art. 5 della l. 24 del 2017** ⁷ – è ben esemplificativo della tragica eccezionalità della situazione

³ Lo ricorda F.D. BUSNELLI, *1958–2018: sessant’anni di responsabilità medica. Itinerari di confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, a cura di Romagnoli, Napoli, 2018, 17.

⁴ In questo senso, F. GELLI-M. HAZAN, *La riforma Gelli, principi ispiratori e coordinate di base*, in F. GELLI-M. HAZAN-D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 4.

⁵ Alla data del 9 aprile il numero dei sanitari deceduti – secondo i dati diffusi dalla Fnomceo (Federazione nazionale degli Ordini dei medici chirurghi e odontoiatri) – è pari a 105, destinato tragicamente a salire.

⁶ Il documento è pubblicato in <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>.

⁷ Sulla rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nella legge Gelli-Bianco, G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto*

che ha travolto – soprattutto nella fase iniziale dello scoppio della pandemia – l’organizzazione delle strutture e dei presidi sanitari impegnati a fronteggiare il Covid-19⁸.

Più precisamente, la raccomandazione – nel fotografare lo stato di emergenza del servizio sanitario nazionale – si riferisce ad uno scenario assimilabile alla “medicina delle catastrofi”, in ragione dell’enorme squilibrio «tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive».

A fronte di tale contesto eccezionale, gli operatori sono posti di fronte a scelte drammatiche: i sanitari – secondo le Raccomandazioni della Siaarti – debbono guidare le proprie decisioni circa l’accesso (e le dimissioni) dei pazienti alle cure intensive secondo criteri ispirati – non solo all’«appropriatezza clinica» come avviene nei momenti di “normalità” – bensì alla “giustizia distributiva” ed alla «appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate».

L’applicazione dei predetti criteri di “*giustizia distributiva*” e di “*appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate*” – secondo l’enucleazione delle Raccomandazioni della Siaarti – deve condurre i sanitari a privilegiare – nell’esecuzione dei trattamenti di carattere intensivo – i pazienti con la «*maggior speranza di vita*», a scapito – in ragione della scarsità delle risorse – di un criterio di accesso alle cure intensive esclusivamente fondato sull’adeguatezza del trattamento. Da ciò consegue che «*può rendersi necessario porre un limite di età all’ingresso in terapia intensiva*».

Questo dato è ben significativo del contesto eccezionale e della grave

Impresa, 2017, 728; E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell’obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, 265; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 740; U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2018, 359; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, 271.

⁸ Significativo il dato che emerge a p. 11 del documento del Comitato Nazionale per la Biotetica del 8 aprile 2020, in merito a Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “trriage in emergenza pandemica”, recante la posizione di minoranza del prof. Maurizio Mori: «non ci sono ancora dati ufficiali, ma nel quadrilatero Lodi-BergamoBrescia-Cremona, una stima fatta da operatori sul campo afferma che dal 5 al 25 marzo, il periodo più critico, per ogni singolo letto di rianimazione disponibile c’erano circa almeno 10 pretendenti, cifra che trova conferma nel fatto che in poche settimane i morti sono stati circa 20.000, grosso modo il doppio rispetto alla cifra ufficiale».

carezza di risorse e di mezzi, caratterizzante la condotta degli operatori sanitari, per il cui reclutamento l'art. 1 del d.l. 9 marzo 2020, n. 14 – in punto di “Misure straordinarie per l’assunzione degli specializzandi e per il conferimento di incarichi di lavoro autonomo a personale sanitario” – ha previsto la possibilità di “assunzione” temporanea dei medici specializzandi e di medici neolaureati al fine di “*garantire i livelli essenziali di assistenza nonché per assicurare sull’intero territorio nazionale un incremento dei posti letto per la terapia intensiva e sub intensiva necessari alla cura dei pazienti affetti dal predetto virus*”.

In altre parole, sono stati sovvertiti i tradizionali percorsi di reclutamento dei professionisti all’interno delle strutture in modo che gli specializzandi – a prescindere dalla specializzazione o meglio dalla scuola di specializzazione frequentata (e non ancora terminata) – ed i neolaureati possano essere applicati, come vera e propria “forza lavoro” ai reparti Covid, allestiti in poco tempo anche in luoghi adibiti normalmente ad altre attività. Potrebbero essere menzionati, purtroppo, ulteriori indici circa la sofferenza organizzativa e strutturale dei presidi ospedalieri, ma da quanto sopra dovrebbe già evincersi un profondo scollamento tra gli accadimenti legati ad una situazione così tragicamente eccezionale – definita di medicina delle catastrofi – ed i modelli fino ad oggi impiegati dal c.d. diritto giurisprudenziale⁹ per accertare la responsabilità civile della struttura sanitaria e/o dei singoli esercenti la professione.

Si ponga, ad esempio, il caso delle propagazioni di focolai di Covid-19 avvenuti talvolta (da quanto riportato dagli organi di informazione) all’interno di presidi ospedalieri, che hanno comportato, tragicamente, il contagio di numerosi degeni.

Sarebbe eccessivamente penalizzante per le strutture sanitarie – stante l’eccezionalità della situazione – se tali episodi venissero valutati secondo gli approdi giurisprudenziali – già di per sé controversi – impiegati, fino ad oggi, in caso di infezione nosocomiale contratta, in un contesto di “normalità”, dal paziente durante la degenza.

⁹ Di recente, sul valore dei principi del c.d. diritto giurisprudenziale, tra gli altri, A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1405; G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 869; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2017, 364.

Al riguardo è noto che l'infezione nosocomiale – evenienza purtroppo frequente e grave nell'ambito dell'assistenza sanitaria ¹⁰ – pur presentandosi molto spesso come complicanza non prevenibile ed evitabile – nel senso che anche l'adozione di ogni precauzione prevista dalla letteratura medica non elide il rischio dell'evento, soprattutto nel caso di pazienti fragili o comunque immunodepressi – origina sovente una responsabilità che è assoluta, allorchè il paziente dimostri che l'infezione è stata contratta all'interno della struttura ospedaliera.

A quest'ultima, infatti, non è sufficiente – quale prova liberatoria – dimostrare di aver attuato – all'interno della propria organizzazione – specifici protocolli diretti all'applicazione, monitoraggio, aggiornamento e verifica dei risultati delle pratiche volte ad evitare o contenere le infezioni nosocomiali. Alla struttura, infatti, viene richiesto di dimostrare anche l'adozione, nello specifico caso, di tutte le misure utili e necessarie al fine di evitare la contaminazione dei pazienti ad opera dei batteri c.d. nosocomiali ¹¹.

Tale prova liberatoria – che richiama il dettato letterale dell'**art. 2050 c.c.**, rispetto al quale sono note le criticità sul significato da attribuire ai concetti di «totalità» e di «idoneità» delle misure per evitare il danno ¹² – si rivela molto spesso impossibile da esperire, con la conseguenza che la responsabilità viene imputata alla struttura a prescindere dalla sussistenza di una carenza organizzativa della stessa e senza che sia possibile apprezzare in concreto il comportamento richiesto ai medici ed alla struttura ai fini dell'esonero della responsabilità ¹³.

¹⁰ Secondo i dati forniti dallo European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC), nel 2018, le infezioni nosocomiali avrebbe causato lo scorso anno in Italia 7.800 decessi, con una probabilità di contrarre infezioni durante un ricovero ospedaliero del 6% pari a 530 mila casi ogni anno.

¹¹ Tra le altre, Trib. Ravenna 20 giugno 2019; Trib. Ravenna, 11 giugno 2019; Trib. Treviso 14 settembre 2017; Trib. Milano 12 maggio 2015; in precedenza, Cass., 7 gennaio 2011, n. 257.

¹² Al riguardo, G. PACCHIONI, *Obbligazioni e contratti*, a cura di C. GRASSETTI, Padova, 1950, 153, sottolinea come la prova liberatoria prevista dall'art. 2050 sia "a suo tempo scorretta e priva di qualsiasi contenuto pratico". Più di recente, M. FRANZONI, *L'illecito*, in ID., *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 437; M. COMPORTELLI, *Le presunzioni di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 615.

¹³ Lo sottolinea M. RONCHI, *Responsabilità medica e non imputabilità: la Cassazione ne delinea i limiti in relazione alle infezioni nosocomiali*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 540. In argomento, anche E. MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 829.

Appare evidente, pertanto, che tale modello di responsabilità manifesta già criticità in “condizioni di normalità” dei presidi ospedalieri allorchè – nell’addossare alla struttura convenuta una tipica *probatio diabolica*¹⁴ – pone a carico dell’azienda sanitaria, con una sorta di automatismo legato all’insorgenza dell’infezione, l’evento avverso riconducibile a quella che la legge francese individua come “alea terapeutica”. A maggior ragione, in considerazione dell’eccezionalità del contesto, tale modello – particolarmente diffuso nel diritto giurisprudenziale – appare del tutto inadeguato rispetto al devastante ed imprevedibile impatto provocato dal Covid-19 sulle strutture ed attività sanitarie.

3. - Il diritto della responsabilità civile dell'emergenza e l'«equilibrata limitazione delle responsabilità mediche e sanitarie durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19».

Gli emendamenti formulati durante il dibattito parlamentare per l’attuazione del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 – volti ad introdurre un regime speciale di responsabilità sanitaria connesso all’emergenza epidemiologica da Covid-19 – sono stati poi ritirati, a fronte di un ordine del giorno che impegna il governo ad intervenire sul tema in futuri provvedimenti normativi.

Tra le diverse proposte presentate – volte a ridefinire i parametri applicativi della legge Gelli-Bianco durante l’emergenza epidemiologica – si segnala l’emendamento a prima firma del senatore Marcucci, recante un’articolata limitazione della responsabilità civile e penale delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, e degli esercenti le professioni sanitarie, in ragione della novità ed eccezionalità dell’emergenza sanitaria cagionata dal Covid-19.

Nella versione iniziale dell’emendamento, poi modificato, la limitazione di responsabilità era riferita agli eventi avversi – non solo direttamente riferibili alla situazione di emergenza – ma anche a quelli ad essa, indirettamente, connessi.

¹⁴ M. RONCHI, *Responsabilità medica e non imputabilità: la Cassazione ne delinea i limiti in relazione alle infezioni nosocomiali*, cit., 540.

Lo stato di grave emergenza, provocato dalla pandemia, ha travolto, infatti, non solo i reparti specialistici di terapia intensiva delle strutture ospedaliere, ma tutta l'organizzazione sanitaria complessiva ad iniziare da quella territoriale di assistenza medico generica; per questa ragione, il regime speciale – nella formulazione originaria – era esteso non solo ai sinistri di cui sono state vittime pazienti affetti da Covid-19, ma anche agli eventi avversi patiti da pazienti colpiti da patologie differenti, i quali possono essere stati pregiudicati dalla situazione straordinaria e contingente che ha travolto tutti i livelli di erogazione di prestazioni sanitarie.

Il regime di irresponsabilità previsto nel c.d. emendamento Marcucci è escluso solo nei casi di dolo – qualificabile, nella versione iniziale, come dolo specifico ossia come «condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona» – oppure di colpa grave «consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere».

L'accertamento della colpa grave è demandata ad una valutazione che tenga in considerazione «la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili ed il numero di pazienti su cui è necessario intervenire, nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore».

Tali richiami – alle carenze strutturali ed organizzative del presidio ospedaliero ed al possibile difetto di “esperienza” e “specializzazione” degli operatori – rispondono all'esigenza di adeguare il regime di responsabilità alla situazione di eccezionale emergenza o di medicina delle catastrofi in cui si sono trovate le strutture sanitarie.

Si consideri che un riferimento alla situazione di «particolare difficoltà, anche di natura organizzativa della struttura sanitaria o sociosanitaria» è contenuto già nell'**art. 9, comma 5, l. 8 marzo 2017, n. 24**; in tale contesto, tuttavia, il richiamo è funzionale all'esercizio del potere riduttivo del giudice contabile nel caso di responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria ¹⁵.

¹⁵ Sul potere riduttivo del giudice contabile, Corte Cost., 12 giugno 2007, n. 138, in *Dejure*. Per una ricostruzione anche in chiave storica, MADDALENA, *Responsabilità civile e ammini-*

Al contempo, la menzione del livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore è ricorrente nelle motivazioni della giurisprudenza di merito e di legittimità, quale misura della prestazione del debitore, per esaminare con maggior rigore la responsabilità professionale del medico specialista¹⁶; il richiamo, pertanto, è normalmente utilizzato in giurisprudenza per esigere uno *standard* di condotta più elevato e così per motivare la pronuncia di condanna al risarcimento del danno, poiché quanto maggiore è la specializzazione del professionista, tanto più accentuato è l'affidamento sull'esito positivo conseguibile nel caso concreto¹⁷.

Nella proposta di riforma, invece, il richiamo alla situazione contingente – caratterizzata dalla sproporzione tra risorse umane e materiali disponibili e numero di pazienti ed alla possibile carenza di preparazione specialistica degli operatori – incide sulla valutazione della colpa grave, conducendo ad escludere la sussistenza della stessa e così della responsabilità.

Più in generale, l'identificazione della colpa grave – secondo una qualificazione di «macroscopica ed ingiustificata violazione dei principi basilari» riguardanti la professione sanitaria – ha indubbiamente una portata liberatoria più ampia rispetto alla nozione indefinita enucleata dalla giurisprudenza contabile ed ancorata ai contorni spesso labili di “errore inescusabile”.

La colpa grave declinata in punto di «equilibrata limitazione delle responsabilità mediche e sanitarie durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19» sembra richiamare gli approdi raggiunti di recente dalla Cassazione, nell'ambito del c.d. progetto “*sanità*”, in punto di grave malpractice che giustifica l'azione integrale di regresso da parte della struttura sanitaria nei confronti del proprio ausiliario, autore di una condotta così qualificata¹⁸. Più precisamente, la pronuncia n. 28987 dell'11 novembre 2019 – coeren-

strativa: diversità e punti di convergenza dopo le leggi nn. 19 e 20 del 14 gennaio 1994, in Cons. Stato, 1994, pt. II, vol. II, 1428.

¹⁶ Al riguardo, ad esempio, Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791; Cass., 13 gennaio 2005, n. 583; Cass., 8 gennaio 2003, n. 85; Trib. Bari, 20 gennaio 2014, in *Dejure*;

¹⁷ Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143; Cass., 8 gennaio 2003, n. 85.

¹⁸ Sul c.d. progetto sanità della III sezione della Cassazione. M. FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di San Martino*, in *Danno e resp.*, 2020, 7; P.G. MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di cassazione*, in *Danno e resp.*, 2020, 153.

temente con le riflessioni di attenta dottrina sulle obbligazioni plurisoggettive¹⁹ – individua nel radicale “distacco” della condotta dell’operatore rispetto alla fisiologica prestazione da eseguire, il presupposto per l’integrale “recupero” da parte della struttura verso l’autore del fatto: è prospettata, così, una “grave e straordinaria” malpractice, che viene espressamente individuata, a titolo esemplificativo, con la condotta del tutto abnorme ed eccezionale «del sanitario che esegua senza plausibile ragione un intervento di cardiocirurgia fuori dalla sala operatoria dell’ospedale»²⁰. In altri termini, la Cassazione di “San Martino 2019” – seppur per altre finalità – ha già enucleato una nozione di colpa grave identificabile con «eccezionali casi d’inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile, devianza dal programma condiviso di tutela della salute», a conferma di come la responsabilità sanitaria possa essere l’occasione – da più parti auspicata²¹ – per una maggiore attenzione, anche in ambito civile, alla graduazione della colpa, da rapportare necessariamente con l’art. 5 l. n. 24 del 2017 in punto di buone pratiche clinico assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida.

4. - Alcune riflessioni sulla responsabilità civile dell’emergenza e sull’opportunità di una disciplina speciale.

Una disciplina speciale volta a contenere la responsabilità civile e penale degli esercenti le professioni sanitarie avrebbe, in questo particolare momento, un forte valore simbolico di riconoscimento alla classe medica per l’enorme sforzo profuso – con grave sacrificio in termini di vite umane – a tutela della collettività.

Al contempo, è indubbio che un intervento legislativo *ad hoc* sarebbe visto con molto interesse da parte degli assicuratori, il cui coinvolgimento nella

¹⁹ A. D’ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e rivalse*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 372; ID., *Le obbligazioni plurisoggettive tra riflessione dogmatica e nuovi problemi operativi*, in *Contr.*, 2019, 61; al riguardo, anche C. CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 161.

²⁰ Cass. 11 novembre 2019, n. 28987, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 222, con nota di FACCI, *L’azione di rivalsa della struttura sanitaria tra le sentenze di San Martino e la l. Gelli-Bianco*.

²¹ L. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2017, 884.

gestione del rischio sanitario rappresenta una sorta di “pietra angolare”²² della legge Gelli – Bianco, per la realizzazione degli obiettivi – assai articolati – perseguiti dalla riforma.

Vero è, invece, che in assenza di un quadro giuridico adeguatamente definito circa le conseguenze risarcitorie della pandemia – quale potrebbe essere, invece, garantito dalla previsione di un regime speciale di limitazione di responsabilità – sussiste il forte rischio che le compagnie assicurative abbandonino definitivamente il mercato del rischio sanitario.

È indubbio, infatti, che gli assicuratori, pur assolvendo ad una funzione “sociale”, rimangano comunque operatori d’impresa²³, i quali esercitano la propria attività, solo in presenza di un contesto giuridico e fattuale, che consenta anticipatamente di verificare – ragionevolmente – la sussistenza delle condizioni di sostenibilità economica della propria gestione²⁴.

A fronte, quindi, di uno scenario caratterizzato dalla previsione di una cascata alluvionale di controversie per eventi di danno anche catastrofici, gli assicuratori – tradizionalmente scettici sul regime giuridico riguardante la malpractice sanitaria, ritenuto incerto a causa della difficoltà di misurare il rischio²⁵ – sarebbero, con ogni probabilità, definitivamente indotti ad abbandonare il mercato, rendendo così vani gli obiettivi perseguiti dalla legge di riforma del 2017.

²² L. ROMAGNOLI, *L’attesa per l’operatività della disciplina assicurativa della legge Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, 1387. Più in generale sugli obblighi assicurativi nella legge Gelli-Bianco, tra gli altri, P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, 749; G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 104; C. COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1448.

²³ Sul delicato equilibrio tra funzione sociale di protezione delle vittime e la gestione dei costi assicurativi, V. CUOCCI, *L’assicurazione obbligatoria r.c. auto tra funzione sociale (di protezione delle vittime) e deterrenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Danno e resp.*, 2019, 36; M. SELLA, *La funzione sociale del contratto di assicurazione, R.C. auto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, II, 214. Più in generale, sulla trasmigrazione dell’assicurazione r.c. dalla funzione egoistica alla funzione sociale, A. DONATI, *Il diritto del contratto di assicurazione*, in *Trattato dir. ass. priv.*, III, Milano, 1956, 329.

²⁴ Lo ricorda C. JULLIARD, *Evoluzione del mercato assicurativo*, in L. ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Napoli, 2018, 225.

²⁵ D. FOCARELLI, *Responsabilità sanitaria e assicurazioni: criticità e proposte*, in <http://www.ania.it/documents/35135/0/Responsabilita+sanitaria+e+assicurazioni+proposte+e+criticita+Intervento+Focarelli+Sintesi+20.03.2015+%281%29.pdf/f4b10cca-8a37-e4b9-6198-ff33aa23c840?version=1.0&t=1575551880144>; F. ANTENUCCI, *Impatto e prospettive pratiche della l. 24/2017 Il punto di vista dell’assicuratore*, in L. ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Napoli, 2018, 253.

È, tuttavia, doveroso domandarsi se una previsione normativa dal carattere straordinario e contingente sia effettivamente necessaria, in considerazione anche dei dubbi di legittimità costituzionale già prospettati, soprattutto in riferimento all'esimente penalistica, contenuta nella proposta di riforma ²⁶. È certo, infatti, che una declaratoria di incostituzionalità produrrebbe effetti contrari alla *ratio* sottesa alle proposte di modifica legislativa, volta a tutelare gli operatori sanitari, impiegati nella lotta alla pandemia.

Più in generale, si tratta di verificare se l'ordinamento vigente – anche attraverso norme di diritto positivo, recanti clausole generali – sia già in grado di realizzare un equo contemperamento tra gli interessi in conflitto, anche in uno scenario eccezionale, quale quello della medicina delle catastrofi, provocato dalla pandemia Covid-19.

Al riguardo, si può ricordare come alcuni commentatori abbiano auspicato il recupero dell'**art. 2236 c.c.**, a cui assegnare «il ruolo essenziale di barrage naturale» a favore dei sanitari, rispetto alla “logica del crucifige” ed alla “deriva accusatoria”, connessa con i tragici eventi del Covid-19 ²⁷.

Si consideri, tuttavia, che nella fattispecie dell'**art. 2236 c.c.** – la cui *ratio* risiede nell'esigenza di contemperare due opposte esigenze ossia «quella di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso» e quella contraria «di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista» ²⁸ – viene precipuamente in rilievo l'imperizia, consistente nella violazione di regole tecniche e nella mancanza di determinate cognizioni ²⁹.

Nel contesto attuale, invece, il dato generale da cui muovere non è solo

²⁶ Al riguardo, E. SCODITTI-G. BATTARINO, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/decreto-legge-n-182020-l-inserimento-di-norme-sulla-responsabilita-sanitaria_03-04-2020.php.

²⁷ HAZAN, ZORZIT, *Corona Virus e responsabilità (medica e sociale)*, in portale Ridare.it del 10 marzo 2020; al riguardo, anche MARTINI, *Impatto situazione emergenziale Coronavirus nell'ambito della responsabilità civile medica*, in portale Ridare.it del 30 marzo 2020.

²⁸ Relazione del ministro Guardasigilli, n. 917

²⁹ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 74; Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, I, 20; Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.*, 1999, 1104; Cass., 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 982; Cass., 24 giugno 1983, in *Riv. it. medicina legale*, 1985, 237

l'assenza di linee guida e di buone pratiche clinico assistenziali per una patologia pressochè sconosciuta quanto – nella maggior parte dei casi registrati soprattutto nella fase più acuta della pandemia – l'impossibilità di apprestare uno *standard* di cure adeguato – esigibile in condizioni di normalità – a causa dello stato di grave ed eccezionale prostrazione dei reparti ospedalieri e dei sanitari impegnati sul territorio.

In altre parole, i problemi tecnici di speciale difficoltà – la cui esistenza costituisce il presupposto per l'applicazione dell'**art. 2236 c.c.** – si riferiscono comunque ad un contesto di “*normalità*” che non pare cogliere in pieno la straordinaria emergenza della situazione provocata dal Covid-19, allorchè le prestazioni siano rese, all'interno di presidi sanitari in cui le buone regole di organizzazione sono state sconvolte dalla necessità di far fronte ad un'urgenza catastrofica, con risorse e mezzi limitati rispetto alla gravità della situazione ³⁰.

Per questa ragione, appare più pertinente con lo scenario *de quo* il richiamo alla clausola generale di impossibilità della prestazione di cui all'**art. 1218 c.c.** ³¹, in quanto la pandemia Covid-19 – avendo sconvolto i servizi sanitari a livello pressochè globale – pare configurare la situazione di impedimento oggettivo che incide in sé e per sé sul contenuto intrinseco prestazione (e sull'adempimento esatto della stessa), con conseguenti effetti liberatori nei confronti del debitore.

Al riguardo, autorevole dottrina ³² ha evidenziato da tempo come “*la nozione di impossibilità nella teoria delle obbligazioni. non è rigida, immodificabile, rigorosamente determinata ma elastica, relativa, dipendente innanzitutto dalla logica del diritto positivo e dalle considerazioni di politica legislativa che la giustificano dando ora prevalenza, specie in taluni rapporti, all'interesse del debitore, ora a quello del creditore o a quello di terzi qualificati ora infine ad interessi indisponibili o superindividuali che trascendono gli interessi dei prota-*

³⁰ M. HAZAN-A. DE PALMA, *Proteggere l'alleanza terapeutica anche nell'emergenza: un dovere di tutti, anche del legislatore*, in http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=83458.

³¹ Sulla prova liberatoria dell' art. 1218 c.c., C.M. BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1277.

³² P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca, sub art. 1256 c.c.*

gonisti del rapporto obbligatorio sino ad indentificarli con quelli esistenziali della persona umana o con quelli genericamente collettivi e pubblici “.

Detto in termini differenti, la sproporzione tra risorse professionali e materiali delle Aziende sanitarie ed il numero di pazienti, l'assenza di linee guida e di buone pratiche clino assistenziali universalmente riconosciute per il trattamento della patologia e, più in generale, gli effetti devastanti provocati dalla pandemia Covid-19 sull'erogazione dei servizi sanitari possono integrare la forza irresistibile ed esterna, identificabile nella causa di forza maggiore, che – seppur estranea al lessico del legislatore del codice civile del 1942, probabilmente perché ritenuta una variante terminologica del caso fortuito³³ – rappresenta tradizionalmente un limite alla responsabilità del debitore.

Appare evidente quindi che – a prescindere da un intervento normativo *ad hoc* dal carattere straordinario e contingente – il diritto positivo contempla già un apparato di regole adeguato, al fine di realizzare un corretto bilanciamento tra i diritti contrapposti; più in generale, gli strumenti di cui dispone l'interprete dovrebbero essere in grado di consentire una corretta valutazione dell'incidenza di una *vis maior* – quale l'emergenza sanitaria verificatasi – sulla corretta esecuzione della prestazione, al fine dell'adozione di soluzioni conformi a giustizia rispetto alle controversie che potranno insorgere.

5. - Alcune riflessioni sul futuro della responsabilità civile sanitaria dopo l'emergenza Covid-19.

Un insigne costituzionalista³⁴ – nel valutare con favore un possibile regime speciale di limitazione della responsabilità dei sanitari – ha auspicato l'introduzione a carico delle “*pubbliche istituzioni di un meccanismo standardizzato e automatico di indennizzo a chi abbia subito un danno*”.

³³ F. REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *D.I.*, 1988; P. CANDIAN, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Nss. D.I.*, II, 1958, 988 ss.; G. COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 377 ss. Sui rapporti tra forza maggiore e caso fortuito, R. CARDILLI, *Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 315; G. CHIODI, *Inadempimento, responsabilità contrattuale e rischio d'impresa nel primo novecento*, in *Contr. impr.*, 2015, 885.

³⁴ G. ZAGREBELSKY, *Uno scudo giuridico per i medici*, in *La Stampa*, 2 aprile 2020.

In altre parole, si suggerisce – per il contemperamento degli interessi in conflitto – uno strumento indennitario, analogo a quello già adottato a partire dalla **l. 25 febbraio 1992, n. 210**, al fine di tentare di risolvere il complesso problema dei danni alla persona derivanti da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati.

A questo proposito è nota la tendenza all'estensione del meccanismo indennitario ad eventi di danno diffuso e di grandi dimensioni, per realizzare una finalità composita di solidarietà sociale e di assistenza verso i danneggiati ³⁵.

Al contempo, si può ricordare che uno dei primi provvedimenti assunti dal Congresso degli Stati Uniti all'indomani della catastrofe dell'11 settembre 2001 – tragedia spesso paragonata alla pandemia Covid-19, fermo restando che quest'ultima ha purtroppo avuto conseguenze ben più devastanti – è stato quello di istituire un fondo d'indennizzo, con erogazione subordinata alla rinuncia al diritto ad agire in giudizio secondo le ordinarie regole di *tort law* ³⁶.

Nel nostro ordinamento, lo strumento indennitario – contemplato dalla **l. n. 210 del 1992** – pur prescindendo da una responsabilità dello Stato non è alternativo, bensì concorrente rispetto alla richiesta – nei confronti del Ministero della Sanità – di risarcimento integrale del danno alla persona. Le due forme di tutela, in particolare, si fondano su presupposti diversi, in quanto l'indennizzo – a differenza dal risarcimento – prescinde dalla colpa e si basa in sé e per sé sull'evento di danno, mentre i rapporti tra le diverse elargizioni sono regolati dal principio della *compensatio lucri cum damno* ³⁷. Al contempo, sono molteplici le finalità della corresponsione ai sensi della **l. n. 210 del 1992**, in considerazione della pluralità delle ipotesi contem-

³⁵ Lo ricorda A. QUERCI, *L'indennizzo ai danneggiati da vaccinazioni e trasfusioni di sangue ed i suoi rapporti con il risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 346.

³⁶ E. BELLINI, *September 11th victim compensation fund: gli interrogativi di uno speciale piano no-fault*, in *Danno e resp.*, 2004, 1031; H.A. ABRAHAM, *Eventi catastrofici, prevedibilità e assicurabilità: mito e realtà negli Stati Uniti dopo l'11 settembre*, in *Dir. econom. Ass.*, 2002, 651.

³⁷ Sul contrasto giurisprudenziale protrattosi per anni sulla possibilità di cumulare risarcimento ed indennizzo IZZO, *E' nato prima il danno o la sicurezza sociale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, fasc. I. Sull'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, Cass., 30 agosto 2019, n. 21837; Cass., 5 agosto 2019, n. 20909; Cass., 14 febbraio 2019, n. 4309; Cass., 31 gennaio 2019, n. 2778; Cass., 22 agosto 2018, n. 20909.

plate, riguardanti anche trattamenti obbligatori come le vaccinazioni³⁸, in cui è riscontrabile – oltre alla finalità solidaristica e di equo ristoro – una finalità di socializzazione dei danni subiti per assicurare alla collettività l’abbattimento, se non l’eliminazione, di malattie contagiose..

È altrettanto noto, però, che le vicende indennitarie legate ai danni da vaccinazioni, da emotrasfusioni e da emoderivati infetti hanno originato numerose criticità, ad iniziare dall’eccessiva durata dei procedimenti (anche transattivi) e dal mancato pagamento dei crediti non contestati, che hanno indotto anche di recente la Corte di Giustizia ad intervenire, a fronte delle numerose istanze, e a ravvisare la violazione dell’**art. 2 CEDU** da parte della complessa normativa italiana³⁹.

Spetterà, quindi, al legislatore assumere eventuali decisioni circa l’introduzione di un sistema indennitario, che svolgerebbe una finalità non tanto assistenziale quanto solidaristica a beneficio dei congiunti delle vittime decedute a causa della pandemia. In altre parole, non si tratterebbe di ristorare un danno creatosi a seguito della lesione della salute, in considerazione degli effetti per lo più letali della patologia, quanto di confortare, seppur solo in minima parte, il dolore dei congiunti.

È indubbio, però, che la tragica pandemia Covid-19 può rappresentare l’occasione per ripensare alla responsabilità sanitaria.

In particolare, può ritornare d’attualità il dibattito – in realtà mai sopito – circa un approdo indennitario per la responsabilità sanitaria⁴⁰; mai come adesso, infatti, appaiono calzanti le riflessioni di un autorevole civilista,

³⁸ In argomento, L. LOCATELLI, *Danno no fault da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all’indennizzo*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1893; G. PONZANELLI, *L’indennizzo ex lege 210 dovuto anche in assenza di un obbligo a sottoporsi ad un trattamento sanitario*, in *Danno e resp.*, 2012, 1069; F. GIUFFRÈ, *Concorrenza dei modelli di garanzia dei diritti fondamentali e buon uso della discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 2002, 530.

³⁹ In proposito, C. AMATO, *La disfunzione sistemica dei rimedi per il ristoro dei danni da infezioni post-trasfusionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 810, la quale fa riferimento ad un “micro sistema – imperfetto”.

⁴⁰ E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina difensiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 189; F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1322; G. SCARCHILLO, *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1490; NOCCO, *Un no – fault plan come risposta alla crisi della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull’alternativa francese a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2012, 449; MATERA, ZAMBRANO, *Prova e tutela della persona: il paradigma della responsabilità medica nell’esperienza comparatistica*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1364.

riferite all'incoerenza della condanna al risarcimento di un'azienda sanitaria, in ragione del trasferimento del peso del danno sulla fiscalità generale e per il contestuale venir meno di risorse per il corretto funzionamento del servizio sanitario ⁴¹.

Più in generale, non va dimenticato che la Corte Costituzionale ⁴², con l'arresto n. 235 del 2014, ha ribadito la legittimità di una deroga al principio del risarcimento integrale del danno alla persona, se giustificata dall'esigenza di tutelare interessi sovraindividuali.

In altre parole, nel giudizio di bilanciamento tra il diritto particolare del singolo danneggiato al risarcimento ed altri valori di carattere generale e sociale, si riconosce la possibilità di un arretramento al principio dell'integralità del ristoro del danno alla persona ⁴³, in presenza di una normativa che, nel proporre il contemperamento dei suddetti interessi, superi il vaglio della ragionevolezza.

Nel caso di specie relativo alla c.d. malpractice sanitaria, è indubbio che l'eccessivo contenzioso ha determinato un circolo vizioso: da un lato, tale fardello grava sul bilancio pubblico (su cui pesano in via prioritaria i costi e gli oneri del contenzioso sanitario), con conseguente sottrazione di mezzi per l'erogazione delle prestazioni sanitarie ⁴⁴; dall'altro, il rischio di un contenzioso fa emergere il dibattuto fenomeno della c.d. medicina difensiva che incide sul costo complessivo della spesa sanitaria e che può avere altresì ricadute negative sulla salute dei paziente ⁴⁵.

⁴¹ V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli orrori? La responsabilità medica tra illecito ed inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 339.

⁴² Corte Cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 424, con commento di G. FACCI, *La legittimità costituzionale della disciplina delle micropermanenti*. In precedenza, Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132 in *Corr. giur.*, 1985, 722, con nota di L. SCOTTI, *Sotto accusa il sistema della responsabilità del vettore aereo*.

⁴³ Sulle difficoltà di inquadrare il «principio dell'integralità del risarcimento del danno alla persona», si segnala F.D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno sta-tuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 143; al riguardo anche G. PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 553; C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eu. e dir. priv.*, 2014, 517.

⁴⁴ G. COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno e resp.*, 2010, 985.

⁴⁵ Sulla c.d. medicina difensiva, F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 218; F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, cit., 1288; E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina difensiva*, cit., 2020, 198.

Si tratterebbe, quindi, di ripensare al rapporto ed alla allocazione delle risorse tra il diritto alla salute, inteso quale diritto al risarcimento integrale del danno alla persona ed il diritto alla salute, inteso quale diritto alle cure ed alla sicurezza delle cure ⁴⁶, che si realizza anche mediante attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio clinico, per poter migliorare l'erogazione delle prestazioni sanitarie e ridurre il tasso di danni da malpractice.

Al contempo, non va dimenticato il fattivo tentativo del legislatore del 2012 – attraverso la c.d. miniriforma Balduzzi – di condurre il danno alla persona da responsabilità sanitaria in una prospettiva di contenimento del peso del risarcimento, estranea all'ordinaria applicazione delle tabelle giudiziali.

Tale obiettivo del legislatore di calmierare il *quantum* del risarcimento, attraverso gli **artt. 138 e 139 del C.d.A.** (espressamente richiamati in seguito anche dalla Bianco-Gelli), ha trovato attuazione soltanto per le lesioni di lieve entità, il cui carico risarcitorio è assai limitato e mediamente sopportabile dalla categoria degli esercenti la professione sanitaria, maggiormente interessati e colpiti dai danni c.d. macropermanenti.

Il percorso, infatti, si è interrotto non solo per la mancata predisposizione delle tabelle dei danni macropermanenti, ma anche a causa della modifica, nell'agosto del 2017, dell'**art. 138 c.d.a.**, attraverso il richiamo all'applicazione dei valori monetari delle Tabelle giudiziali, con conseguente abbandono dell'impostazione contenitiva o del modello di limitazione del risarcimento ⁴⁷.

È indubbio, invece, che l'introduzione in via normativa di profili di tendenziale prevedibilità e contenimento della quantificazione dei danni, specie se di notevole entità, potrebbe rappresentare il primo tassello per una nuova responsabilità sanitaria, post Covid 19.

⁴⁶ Sul diritto alla sicurezza delle cure, L. PAIRDINI, *La sicurezza delle cure e delle persone assistite e la collegata responsabilità professionale degli esercenti una professione sanitaria*, in *Dir. sanit. mod.*, 2017, 79.

⁴⁷ In argomento, G. PONZANELLI, *Le sezioni unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1349.

13. Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato

1. - Il contributo del civilista.

Se indubbiamente lo studio della pandemia in corso e dei suoi effetti coinvolge tutte le discipline, nessuna esclusa, nell'ambito delle scienze giuridiche esso ha investito una complessa molteplicità di aspetti, ciascuno dei quali di ampiezza e profondità tale da ridisegnare a sua volta una molteplicità di macro-aree tematiche di riflessione: dalle fonti del diritto ai diritti fondamentali della persona; dai rapporti tra poteri dello Stato e tra Stato e regioni ai rapporti tra Stato e Unione europea; dal lavoro e dall'impresa alla (ri)organizzazione e gestione della giustizia.

I temi più «sensibili» balzati immediatamente all'attenzione del civilista sono soprattutto due: l'impatto della pandemia sulla responsabilità sanitaria; l'impatto della pandemia sui rapporti contrattuali¹. Si tratta, evidentemente, di questioni relevantissime e da affrontare con urgenza date le loro straordinarie e immediate ricadute sull'economia nazionale, anche al fine di prevenire il rischio di un collasso del sistema giudiziario, in ragione delle infinite controversie che potranno insorgere.

Le prime riflessioni sono pressoché concordi nell'esprimere preoccupazione sulla capacità delle regole attuali – specie in tema di obbligazioni e contratti – di reggere alla prova della pandemia, evidenziando l'insuffi-

¹ Come evidenziato dal Presidente dell'Associazione Civilisti Italiani Aurelio Gentili, *Lettera ai soci* 6 aprile 2020, e dai già numerosi articoli pubblicati *on line* sin dall'inizio dell'emergenza, in particolare su: giustiziacivile.com; in www.questionegiustizia.it; www.comparativecovidlaw.com; Ridare.it; www.quotidianogiuridico.it.

cienza degli «anticorpi»² che l'ordinamento vigente è in grado di produrre e, quindi, rilevando l'esigenza di una legislazione dell'emergenza *ad hoc*³, se non di una riforma del codice civile italiano, peraltro già da tempo sollecitata e diffusamente auspicata⁴.

Nella consapevolezza che le clausole generali del nostro ordinamento, malgrado le loro intramontabili potenzialità, non sempre potrebbero bastare, da sole, a risolvere tutti i problemi da affrontare⁵, occorre quindi continuare a ragionare sulle possibili strategie di risposta: cosa serve? Quali possono essere gli interventi normativi più opportuni ed efficaci, se non necessari, e quali invece tali non sono?

2. - Responsabilità sanitaria: ipotesi di “scudo giuridico” nella legislazione Covid-19.

In agguato è l'esplosione di richieste risarcitorie tanto relative a contagi (potenzialmente) contratti proprio all'interno del nosocomio, quanto in relazione ad eventi di danno riconducibili alle prestazioni sanitarie rese (o non rese) in occasione del diffondersi del Covid-19⁶.

Un rischio, questo, realmente non accettabile: né eticamente, in considerazione del ruolo essenziale (e del sacrificio) degli operatori sanitari, impegnati senza sosta e senza risorse adeguate (e purtroppo, spesso, senza

² Termine efficacemente utilizzato da F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *giustiziacivile.com*, in *Emergenza Covid-19, Speciale, Uniti per l'Italia*, 1, 2020, 208.

³ La necessità di «un autentico diritto dei contratti dell'emergenza» è rilevata da C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, che auspica «una sorta di *New Deal* normativo che prevenga il contenzioso destinato a scatenarsi a seguito dell'incidenza della pandemia».

⁴ Come noto, alle riflessioni dottrinali degli ultimi decenni sull'esigenza di un “ammodernamento” della disciplina codicistica ha di recente fatto seguito un disegno di legge recante delega al Governo per la revisione del codice civile (DDL S. 1151 presentato al Senato in data 19 marzo 2019). Si tratta senza dubbio di un'iniziativa ambiziosa, essendo il contenuto della delega particolarmente ampio e variegato, e mirando il progetto non solo a riformulare/aggiornare disposizioni già presenti, ma anche a introdurre regole nuove.

⁵ Come realisticamente rilevato da C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit.

⁶ Come riportato dai media, diverse procure hanno già avviato indagini al fine di accertare se taluni decessi, e la stessa propagazione di taluni focolai, possano essere ascritti a responsabilità omissive delle strutture. Né mancano iniziative di studi legali volte a incentivare azioni risarcitorie, anche di classe, nei confronti di strutture e sanitari per le condotte tenute durante l'emergenza.

neppure i necessari dispositivi di protezione individuale); né economicamente, essendo in gioco l'interesse della collettività alla tenuta di un sistema sanitario già allo stremo, oltre che del settore assicurativo ad esso connesso e altresì del sistema giudiziario.

Di qui alcuni immediati tentativi di inserire, in sede di conversione del **d.l. n. 18 del 2020** (c.d. Cura Italia), norme in materia di responsabilità professionale dei sanitari dirette a prevedere uno «scudo giuridico» (civile, penale, erariale) in favore di tali soggetti ⁷.

Il successivo ritiro degli emendamenti proposti ⁸, accompagnato da un ordine del giorno che impegna il Governo a occuparsi della materia in futuri provvedimenti normativi, conferma la necessità di mantenere alta l'attenzione, tenendo in considerazione alcune prime importanti osservazioni.

In particolare, si è subito rilevato che nessun emendamento intercettava il suo bersaglio ⁹, specie laddove si ipotizzava una limitazione della responsabilità civile ai «casi in cui l'evento dannoso risulta riconducibile a condotte poste in essere con dolo o colpa grave».

Occorre infatti considerare che, nell'ambito della responsabilità professionale, il concetto civilistico di colpa grave – quale criterio di limitazione della responsabilità **ex art. 2236 c.c.** che opera solo quando la prestazione presuppone «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà» – trova il suo terreno d'elezione nell'ambito della imperizia, e non si estende alla negligenza e all'imprudenza. Ma la pandemia, di regola, non implica problemi tecnici di speciale difficoltà ¹⁰, *ergo* non avrebbe inciso sulla

⁷ Numerosi gli emendamenti in tal senso proposti, con diverse sfumature, dalle varie forze politiche sia di maggioranza che di opposizione.

⁸ Ritiro – giova ricordare – determinato dalle aspre polemiche scatenate dal fatto che l'esenzione di responsabilità proposta non riguardava soltanto gli esercenti la professione sanitaria, ma anche le strutture e, in alcuni emendamenti, era estesa a tutti i soggetti preposti alla gestione della crisi sanitaria derivante dal contagio.

⁹ Così efficacemente E. SCODITTI-G. BATTARINO, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in www.questionegiustizia.it, 3 aprile 2020, cui si rinvia per una lucida analisi, anche in relazione ai problemi di costituzionalità del diritto penale emergenziale di favore.

¹⁰ «L'intervento sanitario imposto dalla pandemia segue procedure vincolate, le quali possono acquistare anche il carattere della routinarietà per il tipo di patologia da trattare», come rilevato da E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione Covid-19*, in www.questionegiustizia.it, 10 aprile 2020; ID., *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, cit.

imperizia; essa ha invece sicuramente inciso sulle comuni regole di diligenza e prudenza da seguire per la conservazione della possibilità di adempiere la prestazione sanitaria, che, a causa del “contesto” in cui era resa, ha assunto portata straordinaria ed eccezionale ¹¹. Detto altrimenti: ciò che il “contesto” è in grado di ridurre non è la diligenza professionale (di cui all’art. 1176, comma 2, c.c.), ma la (comune) diligenza conservativa (di cui agli artt. 1218 e 1176, comma 1, c.c.) della possibilità di osservare la diligenza professionale.

Dunque, percorrendo la strada della limitazione della colpa grave non solo «non si coglie la vera natura dell’inadempimento, il quale non riposa sull’imperizia», ma intervenendo su tale profilo «si indeboliscono le potenzialità di esimente da responsabilità risarcitoria che ha la norma di cui all’art. 1218» in tema di impossibilità della prestazione derivante causa non imputabile ¹².

Peraltro, anche sotto altri profili si è ben messo in luce che l’esenzione da responsabilità, nelle varie espressioni in cui era proposta, non conseguiva affatto lo scopo prefissato.

Ciò in quanto la formulazione era talvolta «pericolosa e controproducente» – ad es.: «eventi avversi verificati o che abbiano trovato causa durante l’emergenza epidemiologica» – dovendosi fare riferimento come *relevant time* «non al momento di manifestazione del danno, ma al momento in cui è stata tenuta la condotta che si assume colposa» ¹³. Talaltra – fatti commessi «durante l’emergenza» – era invece «di sconfinata latitudine», tanto da non

¹¹ E. SCODITTI, *Un’ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità*, cit.

¹² Come ancora osservato da E. SCODITTI, *Decreto-legge n. 18/2020: l’inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, cit. «Se (...) all’emergenza epidemiologica Covid-19 si conferisce rilevanza in sede di criterio per determinare se vi sia stato adempimento della prestazione professionale (mediante il controllo sulla perizia), non può la medesima circostanza della pandemia tornare ad avere rilievo anche sotto il profilo della causa non imputabile di inadempimento, che costituirebbe peraltro (...) la sua sede propria. Quel presupposto di fatto o ha rilievo per la disciplina sull’adempimento o ha rilievo per quella sulla responsabilità del debitore, stabilendosi diversamente una contraddittorietà nell’ordinamento. I giudici quindi non potrebbero dare rilevanza al Covid-19 dal punto di vista dell’art. 1218. L’esito dell’emendamento è quello di un depotenziamento dell’esimente di cui all’art. 1218, cioè della sede nella quale la circostanza della pandemia dovrebbe essere correttamente collocata».

¹³ M. ROSSETTI, *Responsabilità civile del medico ed emergenza Covid-19*, in corso di pubblicazione, consultato in dattiloscritto per la cortesia dell’A.

poter «sfuggire ad un giudizio di illegittimità costituzionale»¹⁴. Talaltra ancora – colpa grave individuata nella «violazione dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere» – era poi del tutto «incoerente» in quanto, introducendo un «esonero dall’esonero», finiva paradossalmente per escluderlo (l’esonero) «proprio là dove ve ne sarebbe stato più bisogno»¹⁵

3. - (*Segue*): *de iure condito et condendo*.

Al di là dei puntuali rilievi critici su proposte emendative già ritirate, ciò che le prime riflessioni sul tema opportunamente evidenziano è che il sistema vigente contiene già potenti anticorpi, senza necessità di vaccini, per far fronte alla pandemia e sollevare medici e infermieri da responsabilità.

Questi anticorpi sono le clausole generali, storicamente definite – ironia della sorte – le “valvole”, gli “organi di respirazione” dell’ordinamento giuridico, e segnatamente gli artt. 1218 e 1176, comma 1, c.c., nonché l’art. 2236 c.c.

Rilevanza decisiva, come detto, assume il “contesto” eccezionale nel quale la prestazione sanitaria viene resa, e rispetto al quale valgono, come criterio di giudizio e ai fini dell’esenzione della responsabilità risarcitoria, le comuni regole di diligenza e prudenza in base al combinato disposto degli artt. 1218 e 1176, comma 1, c.c.¹⁶. Appare infatti evidente che *quel* contesto può costituire “causa non imputabile” da cui è derivata l’impossibilità di adempiere esattamente la prestazione sanitaria.

Vero è che l’art. 1218 c.c. riguarda l’azione contrattuale proposta nei confronti della struttura sanitaria, ma è altresì vero che nulla osta alla

¹⁴ Come osservato da M. ROSSETTI, *Responsabilità civile del medico ed emergenza Covid-19*, cit., una siffatta norma consentirebbe di «escludere la responsabilità civile, salvi i casi di dolo o colpa grave, anche del chirurgo estetico che avesse eseguito un intervento di rinoplastica in una clinica privata durante il periodo emergenziale».

¹⁵ Cfr. ancora M. ROSSETTI, *Responsabilità civile del medico ed emergenza Covid-19*, cit., secondo cui «non può escludersi *a priori* che, in un contesto di generale insufficienza di mezzi; di indiscriminato afflusso di pazienti; di grave carenza di personale; il singolo medico o infermiere sia stato costretto di fatto a disattendere i suddetti protocolli o programmi emergenziali».

¹⁶ E. SCODITTI, *opp. cit.*

medesima interpretazione della (assenza di) colpa ove l'azione sia proposta in via extracontrattuale contro il sanitario dipendente, non potendosi in alcun modo dubitare che il "contesto" in questione sia «suscettibile di escludere tutti e tre i tradizionali archetipi della colpa»¹⁷.

Peraltro, al medesimo risultato può altresì pervenirsi tramite l'art. 2236 c.c., essendo appena il caso di rilevare che fronteggiare un nuovo virus, del quale non si sa praticamente nulla, è *ex se* un problema di speciale difficoltà. Del resto, l'applicazione di tale norma trova sicura conferma in una lettura estensiva già adottata dal diritto vivente, facente anch'essa leva, ancora una volta, sul "contesto" in cui il medico si trova ad operare: «in emergenza e, quindi, in quella temperie intossicata dall'impellenza che rende quasi sempre difficili anche le cose facili»¹⁸. Il parametro di valutazione della colpa dell'operatore sanitario ai sensi dell'art. 2236 c.c. è perciò duplice: non solo la difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento, ma anche il contesto in cui esso è stato svolto, che – giova ripetere – può rendere difficili anche le cose facili.

Pertanto, come subito evidenziato, anche l'art. 2236 c.c. può svolgere «il ruolo essenziale di *barrage* naturale ad una nuova deriva accusatoria che sembra iniziare ad affacciarsi e di cui, di questi tempi, proprio non si sente il bisogno»¹⁹. E la medesima norma può altresì entrare in gioco in relazione al «livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore» che alcuni emendamenti esplicitavano come parametro di valutazione, e che, invero, già costituisce «la vera ipotesi di problema tecnico di speciale difficoltà»²⁰.

In definitiva, gli emendamenti proposti nulla avrebbero aggiunto all'*acquis* del nostro ordinamento.

¹⁷ M. ROSSETTI, *Responsabilità civile del medico ed emergenza Covid-19*, cit.

¹⁸ Cass. pen., 10 giugno 2014, n. 24528.

¹⁹ Così M. HAZAN-D. ZORZIT, *Corona Virus e Responsabilità*, in *Ridare.it*, 10 marzo 2020, cui si rinvia anche per alcune prime riflessioni sulla complessa questione delle infezioni nosocomiali da Covid-19 e conseguente responsabilità della struttura sanitaria, che si intreccia inevitabilmente con la questione della rilevanza, ai fini dell'esimente di cui all'art. 6 l. n. 24 del 2017, di linee guida, protocolli e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (ma quali in relazioni alla pandemia Covid-19?). Sul punto, va condiviso quanto osservato da M. ROSSETTI, *Responsabilità civile del medico ed emergenza Covid-19*, cit., e cioè che «sarebbe assai difficile ascrivere a titolo di colpa ad una struttura sanitaria il non aver saputo prevenire una infezione che il mondo intero non è stato in grado di controllare».

²⁰ E. SCODITTI-G. BATTARINO, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, cit.

Ciò, tuttavia, non significa che qualsiasi intervento normativo sia inutile. Ma occorre forse correggere l'obiettivo: non già quello di sollevare gli operatori sanitari dall'esito sfavorevole di un giudizio (per questo, si ribadisce, nuove norme sono superflue), bensì quello di consentire loro di lavorare più serenamente, evitando in radice che possano essere esposti, per condotte relative all'emergenza Covid-19, a contenziosi infiniti e infondati. E scongiurando altresì gli ulteriori effetti distorsivi (come il ricorso a forme di medicina difensiva) ad essi connessi. In questa prospettiva, degna d'attenzione appare l'ipotesi ²¹ di introdurre una limitazione della possibilità di agire per i danni da emergenza Covid-19: ossia esclusivamente per via contrattuale nei confronti della struttura sanitaria, la quale, ai sensi dell'**art. 9 legge n. 24/2017**, potrà poi rivalersi sull'esercente la professione sanitaria solo in caso di dolo o colpa grave e nei limiti stabiliti dalla medesima norma.

4. - Rapporti contrattuali di durata: rimedi ablativi e manutentivi.

La pandemia «colpisce in egual misura (...) tutti i rapporti contrattuali (...) interessati, direttamente o indirettamente, dalle misure di contenimento ed ambo le parti contraenti dei medesimi». Anche qui, dunque, ai molti problemi si aggiunge quello – importantissimo nella ricerca di qualsiasi soluzione – della «funzionalità e (...) tenuta del sistema giudiziario» ²².

In questa macro-area di rapporti, l'emergenza Covid-19 pone prepotentemente al centro la sorte dei contratti commerciali di durata, che dell'attività d'impresa costituiscono strumento ed espressione.

Come noto, il nostro ordinamento conosce una pluralità di istituti che regolano il problema delle cc.dd. sopravvenienze, ossia la ripartizione del

²¹ Proposta da E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione Covid-19*, cit. Sulla medesima linea è orientato il Gruppo di lavoro nella macro-area della responsabilità civile dell'Associazione Civilisti Italiani (composto da: Andrea Barenghi, Massimo Franzoni, Marcello Maggiolo, Gaetano Edoardo Napoli, Emanuela Navarretta, Giulio Ponzanelli e Claudio Scognamiglio), che già che aveva collaborato alla preparazione di una bozza di proposta per la riforma del codice civile.

Per ulteriori suggerimenti operativi, anche in relazione alla elaborazione di linee guida e buone pratiche assistenziali dell'emergenza, v. E. SCODITTI-G. BATTARINO, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, cit.

²² Come opportunamente rimarcato da C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit.

rischio contrattuale in relazione ad eventi che si verificano nella fase di esecuzione del rapporto, impendendone la naturale realizzazione.

Oltre agli istituti codicistici dell'*impossibilità* sopravvenuta – definitiva e temporanea (artt. 1256 c.c.), totale e parziale (artt. 1258, 1463 e 1464 c.c.) – e dell'*eccessiva onerosità* sopravvenuta (art. 1467 c.c.), l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha delineato e accolto le ulteriori categorie della sopravvenuta *inutilizzabilità* e *inesigibilità* (o, utilizzando un termine più moderno, *insostenibilità*) della prestazione.

Si tratta di categorie distinte sul piano concettuale, ma equiparate sul piano degli effetti, così da consentire – anche alla luce dei valori costituzionali – l'applicazione della medesima disciplina ad una più ampia gamma di ipotesi, ivi compresa l'obbligazione pecuniaria (rispetto alla quale la concezione tradizionale e rigidamente obiettiva dell'inadempimento nega la configurabilità stessa della "impossibilità" della prestazione)²³.

Una prima risposta è dunque offerta dalla disciplina dell'impossibilità temporanea: l'esecuzione del contratto è sospesa allorché una delle due prestazioni diventa temporaneamente impossibile, esonerando il debitore

²³ In particolare, l'inutilizzabilità – *rectius*: la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione – si configura quando la prestazione, se pur ancora possibile, è inidonea a realizzare l'interesse del creditore. Come l'impossibilità, l'inutilizzabilità può essere temporanea o definitiva, totale o parziale, conducendo, a seconda dei casi, alla riduzione della prestazione *ex* art. 1464 c.c. ovvero alla estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto, che dell'obbligazione costituisce la fonte, per irrealizzabilità della sua causa concreta (Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Obbl. e contr.*, 2008, 13, in dottrina C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 544).

Prossimo all'abuso del diritto, il concetto di inesigibilità – su cui imprescindibile è il rinvio a L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 280; cfr. altresì M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; più di recente, O. CLARIZIA, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012 – si configura quando non vi è una vera e propria impossibilità fisica o giuridica di adempiere: esso abbraccia casi in cui l'adempimento è possibile, ma «a costi economici, fisici o psichici eccessivi» (F. Gazzoni, *Manuale del diritto privato*, Napoli, 2013, 639). L'inesigibilità viene quindi utilizzata per escludere la pretesa all'adempimento quando lo stesso, se pur possibile, comporta un sacrificio sproporzionato rispetto allo sforzo diligente esigibile e, quindi, non rispondente al principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. e altresì contrario a buona fede, che funge da «criterio di determinazione del limite di esigibilità» (M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 395). Essa si caratterizza tanto come vicenda modificativa che determina l'incoercibilità dell'obbligazione, quanto come vicenda estintiva dell'obbligazione là dove il protrarsi delle circostanze impeditive determinino il venir meno dell'interesse del creditore, analogamente a quanto previsto dall'art. 1464 c.c. in tema di impossibilità temporanea della prestazione.

da responsabilità da ritardo nell'adempimento, che tuttavia resta dovuto (art. 1256, comma 2 c.c.). L'estinzione dell'obbligazione e la risoluzione del contratto sono previste solo in seconda battuta, se l'impossibilità perdura fino a quando il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.

Una seconda soluzione si rinviene nella disciplina dell'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.), che tende anch'essa alla conservazione del contratto, prevedendo il diritto della parte (che ha perso la prestazione) ad una «corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta» e le attribuisce il diritto di recesso dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale. Peraltro, nei contratti di durata, il diritto di riduzione della prestazione di cui all'art. 1464 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 1258 c.c. (impossibilità parziale), può trovare applicazione analogica anche in caso di impossibilità temporanea della prestazione ²⁴.

E ancora, viene in rilievo la disciplina dell'eccessiva onerosità (artt. 1467-1469 c.c.): la parte onerata può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, che può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione. In altri termini, quindi, il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite.

Calando in concreto queste regole in relazione ad una tipologia di contratto sul quale l'impatto della pandemia è immediato, ossia la locazione commerciale – si pensi ai casi, numerosissimi, di affitto di locali destinati

²⁴ Cfr. sul punto S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, in *Giustiziavivile.com*, in *Emergenza Covid-19, Speciale, Uniti per l'Italia*, 1, 2020, p. 221. In tal senso cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, Milano, 2019, 11, secondo cui «una valutazione più approfondita dell'interesse del creditore al mantenimento del contratto (arg. ex art. 1256 c.c.) potrebbe poi portare anche in caso di impossibilità temporanea ad una riduzione della controprestazione dovuta, in ragione della minore utilità connessa ad una esecuzione differita nel tempo, al momento della cessazione della impossibilità e (talvolta) dell'eventuale minor onere sopportato dal debitore per adempiere più tardi (cioè quando cessa la impossibilità temporanea appunto), rispetto al termine pattuito».

a ristoranti, alberghi, palestre, parrucchieri, ecc. – le conseguenze potranno essere le seguenti.

In primo luogo, a causa del «rispetto delle misure di contenimento» (c.d. *factum principis*), il conduttore perde l'effettiva utilizzabilità dell'immobile per le finalità e per l'uso previsto nel contratto: dando il doveroso rilievo alla causa concreta, l'ipotesi ricade dunque nell'ambito dell'"impossibilità temporanea" dell'obbligazione di cui all'**art. 1256 c.c.**, che giustifica e legittima la sospensione del pagamento dei canoni. Ma non solo: anche il diritto ad una corrispondente riduzione del canone **ex art. 1464 c.c.** può trovare applicazione, giacché, a ben vedere, l'impossibilità è definitiva (la non utilizzabilità dei locali durante il periodo di sospensione dell'attività per *factum principis* è una prestazione perduta per sempre) ma parziale (perché il contratto può proseguire una volta cessata la sospensione). Inoltre, l'impossibilità di fruire dell'immobile locato – e di svolgere la propria attività al suo interno – può compromettere gli equilibri sottesi al contratto di locazione, rendendo l'obbligazione relativa al pagamento del canone assai più gravosa rispetto a quanto previsto in sede di stipula: in tal caso, come detto, l'unica strada percorribile sarebbe la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, risoluzione evitabile solo dal locatore tramite un'offerta di riconduzione ad equità delle condizioni contrattuali.

Dal canto suo, anche il locatore trova in queste regole una tutela ragionevole, soprattutto nella disciplina dell'impossibilità temporanea, la quale gli consente di liberarsi dal vincolo per il venir meno dell'interesse a conseguire una prestazione ritardata o ridotta. E si tratta senza dubbio di una soluzione equa, rispondente all'interesse di entrambi i contraenti, specie se si considera che il mancato/ritardato e/o ridotto adempimento da parte del conduttore potrebbe incidere sulle esigenze di vita del locatore (si pensi all'ipotesi in cui il canone percepito costituisca l'unica fonte di reddito). Ovviamente, se il rapporto è connotato da una fiducia reciproca e duratura, il locatore avrà tutto l'interesse alla sua conservazione e, quindi, ad andare incontro alle esigenze del conduttore, data anche l'oggettiva difficoltà – allo stato – di trovarne un altro alle medesime condizioni.

Questi rimedi – solo tendenzialmente ablativi – non esauriscono la gamma delle soluzioni possibili offerte dal nostro sistema.

In virtù del principio di conservazione del vincolo contrattuale, da tempo si evidenzia la diffusa propensione dell'ordinamento a favorire rimedi “manutentivi” per contratti altrimenti destinati alla risoluzione: in questa prospettiva, si individua l'esistenza di un obbligo di rinegoziare il contenuto di un contratto, pur in difetto di specifico patto, quando si sia in presenza della modifica della situazione di fatto esistente al momento della conclusione o ipotizzata (espressamente o implicitamente) come esistente al momento dell'esecuzione di una o di entrambe le prestazioni.

Il codice civile italiano, infatti, a differenza di quanto più di recente avvenuto in altri ordinamenti ²⁵, non prevede la rinegoziazione come fattispecie, ma regola casi in cui essa può costituire il presupposto per il funzionamento di alcuni istituti, come l'offerta di riconduzione ad equità della prestazione, diretta a prevenire la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (**art. 1467, comma 3, c.c.**).

Vero è che tale disciplina, innovativa e d'avanguardia quando fu introdotta ²⁶, può oggi apparire obsoleta, in quanto relega l'adeguamento del contratto a soluzione residuale, privilegiando come soluzione primaria (da perseguire necessariamente, prima che possa aprirsi la strada dell'adeguamento) la risoluzione del contratto. Ma è altresì vero che nulla impedisce un ribaltamento delle due soluzioni, che risulta, anzi, imposto da reciproci doveri di correttezza, cooperazione e solidarietà, principio «che mai come oggi non è invocato invano» ²⁷.

Del resto, come noto, l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione – che la dottrina ha ricostruito anche in relazione alle sopravvenienze im-

²⁵ Si v. ad es., il nuovo art. 1195 del *Code civil* francese riformato nel 2016, che ha codificato la c.d. *dottrina dell'imprévision*. V. altresì l'art. 313 del *BGB*, introdotto nell'ordinamento tedesco dalla riforma del 2002, che è dedicato all'“adeguamento” del contratto, pur non prevedendo espressamente l'obbligo di rinegoziazione.

²⁶ Sulla storia di questa figura dogmaticamente «spuria», che costituisce una peculiarità e un'innovazione del codice civile del 1942 del tutto sconosciuta ad altri ordinamenti, quali quello francese e tedesco, tutti imperniati sul tradizionale modello dello scambio istantaneo, v. F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, in part. 834 ss.

²⁷ A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020.

previste o atipiche, e non soltanto imprevedibili e straordinarie, e che ha altresì trovato ingresso nel diritto vivente ²⁸ – risulta desumibile da una pluralità di fonti, e segnatamente:

- da numerose specifiche disposizioni codicistiche ed extracodicistiche ²⁹, le quali confermerebbero «la tendenza dell’ordinamento nel senso dell’adeguamento del contratto» ³⁰;
- dal dovere generale di buona fede, concordemente ritenuto la fonte integratrice principale dell’obbligo di rinegoziazione ³¹, imponendo lealtà e cooperazione fra le parti nell’esecuzione;
- dall’equità, specie nei contratti a durata particolarmente lunga, nei quali tale obbligo sarebbe sempre sotteso ³²;
- dal dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (**art. 2 Cost.**), da cui può dedursi l’esistenza di un principio di inesigibilità come limite superiore alle pretese creditorie ³³.

E ad avvalorare l’esistenza dell’obbligo di rinegoziare hanno altresì contribuito:

- considerazioni di analisi economica del diritto, essendo più efficiente un sistema che consente la traslazione del rischio in capo al beneficiario finale della prestazione, al quale rimarrebbe tuttavia riservata la scelta se mantenere in vita il contratto adeguato alle nuove circostanze o liberarsi dall’affare perché non più conveniente, salvo il risarcimento dei danni ³⁴;
- le convergenti soluzioni – indicative di valori rilevanti, se pur prive di forza vincolante – elaborate dalla cultura giuridica europea: i Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (art. 6.2.3 “Effetti dell’*hardship*”); i Principi di diritto europeo dei contratti (art. 6:111 “Mutamento delle circostanze”); il Common frame of reference (artt. 108, 109, 110); il Code européen des contrats (art. 157).

²⁸ V. ancora F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 6 e 1046.

²⁹ Per una ricognizione, cfr. G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2003.

³⁰ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 126-127.

³¹ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, pp. 147 ss., 322 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 49

³² R. SACCO, SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, II, p. 686.

³³ Cfr. Corte cost., 1° aprile 1992, n. 149 e Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19.

³⁴ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 385 ss.

5. - (Segue): *de iure condito et condendo*.

L'ordinamento giuridico italiano, quindi, grazie alle inesauribili risorse del codice civile del 1942 e ai frutti dell'incessante elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, è già attrezzato per far fronte alla pandemia attraverso il rimedio della rinegoziazione, legale o volontaria, del contenuto dei contratti di durata ³⁵ e non pare perciò necessario un intervento legislativo apposito.

La questione cruciale, connessa alla rinegoziazione e sulla quale da tempo si dibatte, concerne invece l'intervento del giudice, e con quali poteri, nell'ipotesi in cui la rinegoziazione non sfoci in un accordo: se cioè tale intervento debba limitarsi ad accertare la violazione dell'obbligo di eseguire la rinegoziazione in buona fede e condannare al risarcimento del danno, o possa invece consistere, più incisivamente, in una rideterminazione eteronoma delle regole del rapporto.

Tuttavia quest'ultima soluzione – pur prospettata argomentando dall'esecuzione in forma specifica **ex art. 2932 c.c.**, che sostituisce il consenso non prestato alla conclusione del contratto definitivo – «sconta difficoltà insormontabili», sia per la scarsa propensione – oltre che, al momento, impossibilità – dei giudici a una tale forma di ingerenza, data anche l'indeterminatezza delle tecniche di adeguamento che dovrebbero seguire, sia perché il contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, e un intervento su di esso – attraverso il conferimento al giudice di un potere sostitutivo – non può che spettare solo al legislatore ³⁶.

La questione, ovviamente, non trova soluzione nelle poche disposizioni del decreto Cura Italia che si occupano dei rapporti giuridici in corso, le quali si richiamano alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta **ex art. 1463 c.c.** (art. 88 “Rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione dei contratti di acquisto”) e all'esclusione della responsabilità per inadempimen-

³⁵ «L'esistenza di un obbligo legale di rinegoziare il contenuto dei contratti di durata in presenza del mutamento delle circostanze esterne è stato ricondotto, in estrema sintesi, da un lato al principio di buona fede contrattuale; dall'altro ad un'interpretazione evolutiva della regola contenuta nell'art. 1467 c.c., la quale consentirebbe di configurare il diritto della parte danneggiata dal mutamento delle circostanze esterne, di mantenere in vita il contratto adeguato alla nuova situazione». Così G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit.

³⁶ Per tali considerazioni G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit.

mento contrattuale *ex artt. 1218 e 1223 c.c.* (art. 91 “Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici”³⁷)).

Una soluzione netta al dilemma sul grado di incisività dell’intervento del giudice è invece contenuta nel recente disegno di legge – recante delega al Governo per la revisione del codice civile (DDL Senato 1151) –, ove è previsto il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» (art. 1, comma 1, lett. *i*).

Tuttavia, allo scetticismo sulla possibilità che la “revisione del codice civile” si compia in tempi brevi, si aggiunge il dubbio che siffatta regola possa rappresentare davvero la soluzione migliore, anche in relazione all’emergenza in corso, e altresì il timore che sia dettata da un eccesso: tanto di sfiducia nelle potenzialità di risposta immunitaria dell’ordinamento vigente, quanto di fiducia nella capacità del legislatore dell’emergenza di produrre anticorpi più efficaci di quelli già presenti.

In altri termini, ferma la necessità di «regole che inducano i contraenti a ricercare consensualmente il modo di superare la difficoltà, lasciando al giudice la parola finale in caso di esito negativo della trattativa»³⁸, resta da chiedersi se sia davvero opportuno prevedere che la misura del suo inter-

³⁷ Sulla sicura, se non ovvia, applicabilità dell’art. 91 – che la rubrica detta specificamente per la materia dei contratti pubblici – anche al settore dei contratti di diritto privato, indipendentemente dall’oggetto e dalla natura dei contraenti, v. S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al Covid-19*, cit., 215, e altresì G. FEDERICO, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un’ermeneutica della dignità*, in *questionegiustizia.it*, 9 aprile 2020. Come osservato da A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?* in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020, l’art. 91 ha introdotto una «causa straordinaria di giustificazione dell’inadempimento» e nel contempo una «causa legale di sospensione dell’adempimento». Si tratta, comunque, di una norma che «vive nel solco delle previgenti», poiché «non crea nulla ma costituisce semplicemente un elemento rafforzativo di quanto già previsto dall’ordinamento» (così N. TILLI, *Contratti e Covid19: ipotesi e soluzione nello scenario dei possibili inadempimenti futuri*, *Dirittoegiustizia.it*, 30 marzo 2020).

³⁸ F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., p. 863-864.

vento possa giungere fino alla sostituzione del contenuto contrattuale, senza possibilità di sciogliersi dal vincolo ³⁹, e oltretutto rischiando «quel che è di fatto impossibile» ⁴⁰, ossia che pressoché tutte le rinegoziazioni generate dalla pandemia finiscano per svolgersi davanti al giudice.

O se non sia piuttosto preferibile, anche al fine di evitare/alleggerire il contenzioso, privilegiare la strada del diritto premiale con l'introduzione di norme volte a incentivare il buon esito della rinegoziazione, se non lo stesso adempimento delle prestazioni originariamente pattuite, ad esempio attraverso la previsione benefici fiscali (detrazioni totali/sgravi/agevolazioni) tanto a favore della parte onerata dal mutamento delle circostanze esterne, quanto a favore dell'altra (comunque anch'essa indirettamente danneggiata dall'emergenza). Lasciando sempre salva la possibilità di liberarsi da un vincolo ormai alterato, ma non una etero-riallocazione del rischio contrattuale.

In questa apprezzabile prospettiva si colloca già l'art. 65 del decreto Cura Italia, prevedendo in favore dei conduttori di botteghe e negozi un credito d'imposta pari al 60% del canone del mese di marzo (che, dunque, resta per intero dovuto). Interventi di questo tipo andrebbero certamente potenziati: sia in relazione alla sfera applicativa – da estendere ad altri contratti di locazione ⁴¹ nonché ad altri rapporti contrattuali – sia in relazione all'entità dei benefici fiscali.

Del pari da promuovere è il ricorso a procedure di (ri)negoziazione assistita, mediazione o anche a nuove forme alternative di risoluzione delle

³⁹ Sotto tale aspetto, assai più opportuno pare il punto 4 dell'art. 6.2.3 dei Principi Unidroit, ai sensi del quale «Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio». Analoga regola è dettata dall'art. 6:111 dei Principi di diritto europeo dei contratti, che altresì consente giudice di condannare al risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto di una parte di avviare le trattative o dalla loro rottura in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza.

⁴⁰ Così, pragmaticamente, D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020.

⁴¹ In effetti, come rilevato da V. CUFFARO, *Il contratto di locazione nelle disposizioni emergenziali*, in *giustiziacivile.com*, in *Emergenza Covid-19, Speciale, Uniti per l'Italia*, 1, 2020, 233, la disposizione lascia fuori altri rapporti di locazione, anch'essi ad uso diverso dall'abitazione, ma aventi ad oggetto immobili aventi una diversa classificazione catastale quali, ad esempio, i magazzini o i laboratori. In argomento v. anche le considerazioni di A. D'ONOFRIO, *L'impatto del Covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, in *www.diritto.it*, 3 aprile 2020.

controversie, da affidare a categorie professionali e da incentivare con contribuzioni statali in caso di esito positivo, così da rendere necessario il ricorso al giudice solo in via residuale, ove l'unica soluzione resti la risoluzione del contratto e, se del caso, il risarcimento del danno per violazione della buona fede ⁴².

La logica di questi interventi è dunque quella – efficacemente invocata e quanto mai necessaria – di una «solidarietà (...) governata dal legislatore» ⁴³ prima ancora, che dal giudice, nell'attesa (e nella speranza) di altre nuove «regole puntuali, specifiche, di facile amministrazione ed in grado di garantire un elevatissimo tasso di prevedibilità del loro esito applicativo» ⁴⁴, affinché – ricordando Montesquieu – nessuno per capirle abbia bisogno di nessuno.

In un momento in cui l'appello al senso di responsabilità è martellante, e in cui ciascuno è chiamato a fare la propria parte per il bene della collettività, un «approccio socialmente orientato» ⁴⁵ – attraverso un diritto che incentiva e promuove, ma non impone, una riallocazione del rischio tra i contraenti – sembra essere la risposta più adeguata per la costruzione di un “diritto contrattuale più solidale”: la cui effettività dipende tanto dalla posizione di regole quanto, e ancor più, dal modo in cui queste vengono *spontaneamente* applicate, con spirito di solidarietà e con l'ambizione di un'esistenza realmente libera e dignitosa per tutti.

⁴² In questa concreta direzione, v. il *Manifesto della Giustizia Complementare alla Giurisdizione*, 28 marzo 2020, promosso dal Gruppo di esperti del Tavolo sulle procedure stragiudiziali in materia civile e commerciale istituito presso il Ministero della Giustizia.

⁴³ C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, cit.

⁴⁴ Come auspicato ancora da C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, cit.

⁴⁵ Così R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020.

V
FAMIGLIA E SUCCESSIONI

14. Diritto alla bigenitorialità, diritto di visita e frequentazione e coronavirus: un mosaico in composizione?

1. - Premesse.

Da quasi un mese a livello nazionale sono in vigore le misure restrittive della circolazione volte a contrastare la diffusione del c.d. coronavirus. E da quasi un mese settimane gli operatori della giustizia nel settore delle relazioni familiari cercano di trovare una linea comune al fine di correttamente indirizzare i cittadini. Senza esito.

Il dialogo tra Governo e sistema centrale di produzione normativa, da un lato, e operatori che debbono disciplinare il caso singolo (avvocati e giudici) e produzione normativa decentrata (regioni e altri enti locali), dall'altro lato, sembra essere in corto circuito. La produzione normativa è notevole; ed inizia ad essere cospicua anche la produzione di provvedimenti (a conoscenza di chi scrive: 10 dall'11 marzo 2020 al 7 aprile 2020) che si occupano *ex professo* della questione del diritto di visita durante l'emergenza del contrasto al coronavirus, dando ciascuna una diversa soluzione fondata non tanto sul caso concreto, quanto sulla diversa interpretazione delle disposizioni normative.

Bisogna fare ordine.

E bisogna fare ordine per consegnare ai cittadini dei criteri per orientarsi, anche aiutati dagli operatori professionali. Pena il rischio di creare danni e fratture che saranno visibili solo fra anni, quando ormai non saranno più recuperabili.

Per chi si occupa di diritto, l'ordine non può che prendere le mosse anzitutto dalla gerarchia delle fonti e dai criteri per sciogliere le antinomie, seguendo un percorso rigidamente logico per individuare le linee che poi debbono essere seguite nel caso concreto.

Il tutto sotto la necessaria egida anzitutto dell'**art. 3 Cost.**, che impone non solo di non trattare in modo diverso situazioni uguali nel concreto, ma anche di non trattare in modo uguale situazioni che sono concretamente diverse; degli **artt. 6 CEDU** e **7 della Carta di Nizza**, che impongono la proporzionalità e la necessaria ferrea motivazione dell'intervento pubblico nella vita privata e relazionale di ciascun individuo, da funzionalizzare comunque alla tutela della stessa vita privata e relazionale dell'individuo destinatario dei singoli provvedimenti; e infine, del criterio del *best interest of the child*, da considerare preminente in ogni decisione (legislativa, amministrativa, giudiziaria, genitoriale) che riguardi una persona minore d'età.

Ciò premesso, mi sembra utile anzitutto riverificare cosa sia il diritto alla bigenitorialità, a cosa serva, e a che "livello" si collochi in un ipotetico "catalogo dei diritti".

2. - Il diritto alla bigenitorialità e diritto alla visita e frequentazione del genitore con il quale la prole minorenni prevalentemente non convive sono diritti fondamentali della persona d'età minore, funzionali alla sua salute e al suo benessere psicofisico.

Ciascuna persona d'età minore ha, anzitutto, diritto a crescere nella propria famiglia d'origine (**art. 315-bis c.c.**; **art. 1 L. n. 184 del 1983**), a meno che ciò non sia contrario al suo preminente interesse o non gli crei danno (**artt. 2 e 8 L.n. 184 del 1983**).

Ciascun figlio minore d'età, all'interno della propria famiglia d'origine, ha diritto ad avere un rapporto equilibrato con entrambi i genitori (**art. 315-bis c.c.**). Entrambi i genitori, a loro volta, sono titolari di diritti-doveri (**ex art. 30 Cost.** e **316 c.c.**) tra cui certamente il diritto-dovere non solo di vedere il figlio, quale espressione della loro responsabilità genitoriale; ma anche di non ostacolare il c.d. accesso dell'altro genitore al figlio: il che è sempre espressione del corretto esercizio della responsabilità genitoriale

di ognuno e, al tempo stesso, manifestazione della rappresentanza generale *ex lege* del figlio minore nell'esercizio dei suoi diritti.

Questo coacervo di diritti (per la persona d'età minore) e di diritti-doveri (per i genitori) è considerato fondante per l'individuo e rientra nel novero dei c.d. diritti fondamentali – secondo il lessico delle convenzioni internazionali – e dei diritti inviolabili che la nostra Repubblica riconosce e garantisce ad ogni individuo – secondo il vocabolario proprio dell'art. 2 della nostra Carta Costituzionale –. Esso non può essere né inciso né limitato dallo Stato, se non quando, nel caso concreto, i genitori adottano comportamenti disfunzionali e lesivi del diritto del figlio minore a crescere in modo sano ed equilibrato (e cioè, a ben vedere: quando questo diritto non è esercitato e tutelato in concreto dai genitori, ma è o pretermesso, o abusato).

Esso è anche parte del diritto alla salute della persona d'età minore, cui è anche funzionale. Diritto alla salute che, a sua volta, è un diritto fondamentale ed inviolabile, che spetta alla Repubblica tutelare (art. 32 Cost.) e rientra nel diritto alla salute del minore, che è dovere dei genitori tutelare. Diritto alla salute che, a sua volta, è considerato diritto fondamentale.

Il diritto alla bigenitorialità – nei casi di coppie genitoriali separate – si concretizza nel diritto di visita e frequentazione della prole minore con il genitore con il quale prevalentemente non convive. Diritto che è disciplinato dal giudice, ove le Parti non trovino un diverso accordo tra loro. È diritto che, a sua volta, ha la stessa sostanza e natura del diritto alla bigenitorialità e del diritto alla salute e al benessere psicofisico. Si tratta insomma di un diritto fondamentale di rilevanza costituzionale, come peraltro posto in evidenza dalla Corte costituzionale con plurime pronunce ¹.

Così (correttamente) categorizzato in termini statici, lo stesso diritto deve essere esaminato anche in termini dinamici. Si è sopra richiamato l'art. 2

¹ La Corte Costituzionale da tempo usa il concetto di interesse preminente del minore quale parametro di costituzionalità per verificare la legittimità di disposizioni di legge che incidono sulla posizione delle persone d'età minore. Ai fini di questo scritto, cfr. ad esempio Corte cost. n. 239 del 2012; Corte cost. n. 7 del 2013; Corte cost. n. 31 del 2012; Corte cost. n. 17 del 2017 e Corte cost. n. 76 del 2017; Corte cost. n. 272 del 17; Corte cost. n. 187 del 2019.

Cost., che strutturalmente si fonda sull'evolversi delle relazioni interpersonali; l'**art. 30 Cost.**, che nell'individuare il concetto di responsabilità attraverso l'indicazione del diritto dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare la prole, rinvia alla radice *respondere* che si fonda su un'azione reciproca e continua, da adattare da parte dei genitori al figlio che si trovano di fronte; l'**art. 6 CEDU** e l'**art. 7 Carta di Nizza**, che proteggono la vita privata e familiare intesa come relazione. In altre parole: questo diritto, identificabile in modo statico come assoluto, inviolabile e fondamentale, per sua stessa natura in termini dinamici si fonda su un compromesso e sull'equilibrio personale e relazionale del suo titolare. Sembra quasi un'ovvietà, ma vale la pena di ripeterla per gli sviluppi successivi del presente scritto: quando si parla di rapporto con i genitori e di benessere psicofisico della persona di età minore, non esiste una regola concreta e dettagliata che si può applicare in modo identico a tutti i genitori e a tutti i figli. Esistono delle metaregole (conoscenza dei diritti del figlio, suo ascolto e comprensione delle sue esigenze; finalità dell'educazione e strumenti educativi; e così via) che individuano degli strumenti volti a tutelare il più possibile, nel caso concreto, i diritti fondamentali, assoluti e inviolabili della persona d'età minore.

Il che significa che, pur nelle loro assolutezza, inviolabilità e fondamentalità, tutti questi diritti – e, quindi, anche il diritto alla bigenitorialità e il conseguente diritto di visita e frequentazione – i riempiono di contenuto effettivo a seguito di un ragionato e ponderato esame di tutte le circostanze (giuridiche e di fatto) presenti nel caso concreto; e si applicano solo dopo il (ed in conseguenza del) bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, tra i quali importanza preminente spetta all'interesse del minore – anzitutto quale espresso dal Legislatore, interno ed internazionale, ché altrimenti il discorso rischia di peccare di circolarità-.

Concetto già utilizzato dalla nostra Corte Costituzionale² e fatto proprio

² Le sopracitate pronunce espressamente fanno riferimento alla dinamicità dell'interesse preminente del minore, e alla necessità di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale ritenuti fondamentali. A questo proposito, si leggano Corte cost. n. 17 del 2017 e Corte cost. n. 76 del 2017, che si occupano del bilanciamento tra interesse del minore a crescere all'interno della propria famiglia d'origine e a mantenere rapporti con entrambi i genitori, da una parte, e interesse pubblico e sociale all'esecuzione delle sanzioni penali restrittive della libertà personale. Le due decisioni ricordano che «questa Corte ha già avuto

anche dall'ONU nel Commento Generale alla CRC n. 14³ del 2013: «Il superiore interesse del minore è un concetto dinamico che comprende varie questioni in continua evoluzione», da determinare caso per caso senza «prescrivere ciò che è meglio per il minore in ogni situazione e in qualsiasi momento»⁴. È un concetto «flessibile e adattabile», che «dovrebbe essere regolato e definito su base individuale, secondo la situazione specifica del minore o dei minorenni coinvolti, tenendo in considerazione il contesto personale, la situazione e le necessità. Nelle decisioni individuali, il superiore interesse del minore deve essere valutato e determinato alla luce delle circostanze specifiche del singolo minore. Per le decisioni collettive, come quelle da parte del legislatore, il superiore interesse dei minorenni in generale deve essere valutato e determinato alla luce delle circostanze del particolare gruppo e del o dei minorenni in generale. In entrambi i casi, la valutazione e la determinazione dovrebbero essere effettuate nel pieno rispetto dei diritti contenuti nella Convenzione e nei suoi Protocolli opzionali»⁵.

Concludendo sul punto: è nella natura e nella struttura stessa dei diritti delle persone di età minore che si trova la negazione di una regola identica per tutti, e la necessità di adattare tali diritti alle peculiarità del caso concreto⁶.

Il c.d. diritto alla bigenitorialità ed il conseguente diritto di visita e fre-

modo di porre in evidenza (sentenze n. 239 del 2014, n. 7 del 2013 e n. 31 del 2012) la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, ed ha riconosciuto che tale interesse è complesso ed articolato in diverse situazioni giuridiche. Queste ultime trovano riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento costituzionale interno – che demanda alla Repubblica di proteggere l'infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31, secondo comma, Cost.) – sia nell'ordinamento internazionale, ove vengono in particolare considerazione le previsioni dell'art. 3, comma 1, della già citata Convenzione sui diritti del fanciullo e dell' art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo», precisando che tale interesse «non lo sottrae in assoluto ad un possibile bilanciamento con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono certamente quelli di difesa sociale».

³ Il commento, in traduzione italiana, è in www.unicef.it, Allegati del Commento_Generale_CRC_14.pdf.

⁴ Commento Generale n. 14, cit., §1,8.

⁵ Commento Generale n. 14, cit., § 32, 19.

⁶ Che è poi, a ben vedere, ciò che dice la Corte EDU e il motivo per cui il nostro paese spesso viene condannato per violazione degli artt. 6 e 8 CEDU: i provvedimenti c.d. stampone, identici per tutte le situazioni, sono la negazione del diritto che essi pretendono di tutelare.

quantazione con il genitore con il quale il figlio d'età minore non convive prevalentemente, non fa alcuna eccezione: si tratta di un diritto assoluto del minore, inviolabile, fondamentale, che per essere esercitato e non pretermesso né abusato deve adattarsi alle esigenze del figlio e alle sue caratteristiche; alle capacità e alla situazione concreta di ciascun genitore; e infine alle peculiarità del contesto all'interno del quale esso si svolge.

3. - La normativa d'emergenza per il contenimento del contagio da c.d. Coronavirus.

3.1. - Funzione, natura e limiti della produzione normativa d'emergenza.

Dal 31 gennaio 2020 ⁷ il Governo italiano ⁸, consapevole del dilagare del c.d. Covid-19, ha iniziato ad imporre misure via via più restrittive di quelli che sono per i cittadini italiani diritti e libertà fondamentali ed inviolabili, come *in primis* il potere di ogni cittadino di «circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale» (**art. 16, comma 1, Cost.**). In modo conseguente, e se ed in quanto connessi alla restrizione dei poteri e libertà di circolazione, sono stati compressi il diritto di riunione (**art. 17**), il potere di agire in giudizio (**art. 24 Cost.**), l'attività economica privata (e pubblica) (**art. 41 Cost.**) e il diritto al lavoro (**art. 4, comma**

⁷ Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, assunta ai sensi degli artt. 7, lett. c), e 24, comma 1, d. lgs. 1 del 2018, che dichiara lo stato di emergenza autorizzando all'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 24 e ss. d. lgs. 1 del 2018. Il d.P.C.M. è stato pubblicato in G.U. dell'1° febbraio 2020. La delibera fu assunta in conseguenza della dichiarazione dell'OMS del 30.01.2020.

⁸ Non è questa la sede per discutere degli strumenti utilizzati (e cioè: decreti-legge e d.P.C.M. e d.m. delegati). Mi sembra che, ferma la necessità di dialogo politico e istituzionale, la legislazione d'urgenza sia stata utilizzata nei limiti in cui essa fu inizialmente prevista dall'art. 77, comma 2, Cost., senza ulteriori estensioni (cui abbiamo invece spesso assistito negli ultimi anni). Rimane in ogni caso necessaria la conversione del Parlamento. La dottrina ha peraltro già espresso perplessità sul punto. Cfr. a titolo d'esempio le perplessità a vario titolo declinate da B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione Italiana*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020; A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 25 marzo 2020; G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos 1-2020*; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

1, Cost.). Le restrizioni sono imposte in forza di «*motivi di sanità o di sicurezza*» che, in forza sempre dell'**art. 16, comma 1, Cost.**, sono gli unici idonei a comprimere (temporaneamente) il diritto di libera circolazione interna; e che danno significato, nel caso di specie, alla «*utilità sociale*» e alla «*sicurezza umana*» in contrasto con le quali non può svolgersi l'attività economica privata (**art. 41, comma 2, Cost.**). Il tutto nel contesto dell'**art. 117, comma 3, Cost.**, che chiarisce che la «*tutela della salute*» e la «*protezione civile*» sono materia di legislazione concorrente Stato-Regioni, in cui il primo deve limitarsi a fissare i principi e le seconde devono individuare i principi attuativi; ma con il limite formale dell'art. 16, comma 1, che richiede che la libertà di circolazione sia limitata solo da legge dello Stato (pena altrimenti la violazione dell'**art. 5 Cost.**).

Il Governo centrale ha agito prima a livello locale; poi a livello nazionale, ma differenziando a seconda delle diverse zone; e infine a livello nazionale *tout court*. E tutto con atti che si sono succeduti in un limitatissimo arco temporale. Dall'11 marzo 2020 in poi le misure già assunte sono state risistemate o potenziate.

Nella lettura di queste disposizioni, non si possono pretermettere due considerazioni.

147

Anzitutto, quella che ne è la natura intrinseca. In quanto disposizioni volte a contrastare con urgenza una situazione di straordinaria emergenza, tramite la compressione e del o sospensione di alcuni diritti e libertà fondamentali, esse hanno natura di disposizioni eccezionali. Vale quindi l'**art. 14 disp. prel. c.c.:** le disposizioni si applicano solo ai casi espressamente contemplati, con divieto di applicazione analogica (e i fortissimi dubbi che da sempre si nutrono sui limiti dell'interpretazione estensiva).

In secondo luogo, si deve sempre verificare la funzione immediata, il limite strutturale e lo scopo ultimo della legislazione d'emergenza: la limitazione della libertà di circolazione e il distanziamento sociale (con conseguente compressione e sospensione del diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi), a fini di sanità pubblica e per il contenimento del contagio. E vanno verificati i diritti che ne sono toccati, distinguendo attentamente tra diritti e libertà fondamentali e diritti e libertà "semplici".

Per i diritti e le libertà semplici: essi sono sospesi o, meglio, non possono essere esercitati, se l'esercizio comporta circolazione sul territorio o riu-

nione con altri soggetti. Chi li volesse far valere in giudizio, si vedrebbe con ogni probabilità rispondere dal giudice (ammesso che il giudice tratti in questo periodo la causa: cfr. **art. 2 d.l. n. 11 del 2020**, e **art. 83 d.l. n. 18 del 2020**) che l'esercizio non è possibile, in quanto sospeso dalla legislazione d'emergenza.

Nel caso dei diritti e delle libertà fondamentali previsti nella nostra Carta costituzionale, nella CEDU e nella **Carta di Nizza**, la questione appare invece più complessa. La loro compressione e del o sospensione deve essere espressamente prevista dalla legge o dall'atto avente forza di legge (così è accaduto, ad esempio, per l'esercizio dell'attività economica privata), e per i motivi previsti dalle disposizioni che le stabiliscono. Se la sospensione e la compressione non è prevista, è difficilmente sostenibile che essi siano compressi *ex se* e in assoluto; se ne può eventualmente prevedere la sospensione o la "riduzione" caso per caso, bilanciando equamente gli interessi, verificando se in quel caso concreto l'esercizio di quel diritto fondamentale da parte delle persone che intendono esercitarlo vada a ledere, per le modalità di esecuzione, un altro diritto fondamentale (e nella specie: il diritto alla salute) di una delle parti; e verificando se non esistano altre modalità per esercitare comunque quel diritto. Ma la compressione o la sospensione non possono essere motivati esclusivamente sulla base della legge emergenziale che non preveda espressamente la sospensione di quel diritto fondamentale. *3.2. Esame puntuale dei testi normativi.*

La prima limitazione alla libertà di circolazione a fini di contrasto della diffusione del Covid-19 è contenuta nell'**art. 1 d.l. n. 6 del 2020** (G.U. 45 del 23 febbraio 2020), conv., con modif., con l. n. 1 del 5 marzo 2020 (G.U. 61 del 9 marzo 2020). Il testo della disposizione impone alle autorità competenti di «adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», tra cui anche «a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area» e «b) divieto di accesso al comune o all'area interessata».

In attuazione di tale disposizione, 3 Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri hanno individuato i limiti all'interno dei quali le persone sane

(e cioè: non contagiate né in sospetto di contagio) possono o non possono circolare, in situazione epidemica:

– l'**art. 1, comma 1, lett. a), d.P.C.M. 8 marzo 2020** (G.U. 59 dell'8 marzo 2020) impone di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza». La disposizione, inizialmente prevista per alcuni territori specifici, viene estesa all'intero territorio nazionale con **d.P.C.M. 9 marzo 2020** (G.U. 62 del 9 marzo 2020), con testo invariato.

– l'**art. 1, comma 1, d.P.C.M. 22 marzo 2020** (in GU 76 del 22 marzo 2020), alla lett. b), interviene sull'assetto precedente modificandolo: «è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; conseguentemente all'**art. 1, comma 1, lett. a), del d.P.C.M. 8 marzo 2020** le parole «. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza» sono soppresse».

Il terzo d.P.C.M. (del 22 marzo 2020) incide sull'assetto posto dai primi due perché ha l'espressa funzione di limitare gli spostamenti tra diversi territori comunali. Si può ritenere, quindi, che

– gli spostamenti interni allo stesso territorio comunale possono essere «motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute»;

– gli spostamenti tra diversi territori comunali possono essere motivati solo da «comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute».

Ferme le “comprovate esigenze lavorative” e i “motivi di salute”, la differenza tra i due testi è quindi nella discontinuità tra le “situazioni di necessità” (che legittimano gli spostamenti intracomunali) e le “esigenze di assoluta urgenza” (che sembrano un rafforzativo delle “situazioni di necessità” e che legittimano gli spostamenti intercomunali).

Il **d.l. n. 19 del 2020**, del 25 marzo 2020 (in G.U. 79 del 25 marzo 2020)

interviene nuovamente sull'assetto, sostituendo ed abrogando il **d.l. n. 6 del 2020** e permettendo l'adozione, da parte delle autorità competenti, di una o più delle misure previste dall'art. 1, comma 2, «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso». Tra tali misure,

«a) limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni; [...]

c) limitazioni o divieto di allontanamento e di ingresso in territori comunali, provinciali o regionali, nonché rispetto al territorio nazionale»

L'abrogazione del **d.l. n. 6 del 2020** non sembrerebbe aver travolto anche le misure specifiche che sono state emesse in sua attuazione: rimangono in vigore i **d.P.C.M. 8-9 marzo 2020** per ciò che concerne gli spostamenti interni allo stesso Comune; e il **d.P.C.M.22 marzo 2020** per ciò che riguarda gli spostamenti tra diversi Comuni. Tuttavia le ragioni giustificatrici dello spostamento contenute nei D.P.C.M. debbono essere lette in coerenza con le disposizioni del **d.l. n. 19 del 2020**, che è di rango superiore e di promulgazione successiva. E quindi si debbono ritenere integrate le giustificazioni degli spostamenti

– sia in senso oggettivo, se lo spostamento è «limitato nel tempo e nello spazio»:

– sia in senso teleologico, se lo spostamento è motivato da

· «esigenze lavorative»

· «situazioni di necessità o urgenza»

· «motivi di salute»

· «altre specifiche ragioni» che spetta al cittadino di illustrare, ove richiese dall'Autorità di Pubblica Sicurezza preposta all'accertamento del rispetto delle disposizioni. *3.3. Assenza di una disposizione espressa di limitazione o compressione del diritto alla bigenitorialità e del diritto di visita del genitore non prevalentemente convivente.*

Nessuna delle disposizioni sopra citate ha limitato o ha compresso *ex professo* il diritto ad un corretto sviluppo psico-fisico delle persone minori

d'età, o il loro diritto ad avere un rapporto ed equilibrato con entrambi i genitori, ancorché separati.

Come ricordato, si tratta di diritti fondamentali; e di diritti che, in questo periodo di emergenza, trovano comunque un canale preferenziale di trattazione pur nella generale sospensione dell'attività giurisdizionale, al pari delle misure cautelari a tutela dei diritti fondamentali della persona (**art. 2, lett. g, d.l. n. 11 del 2020; art. 83, comma 3, lett. a, d.l. n. 18 del 2020**).

E, quindi: una loro generale compressione dovrebbe richiedere un espresso intervento del Legislatore (si confronti, al riguardo, la compressione del libero esercizio dell'attività economica privata e del diritto al lavoro). In assenza di espresso intervento, e considerata la natura eccezionale delle disposizioni emergenziali, si deve ritenere che quest'ultime non abbiano compresso direttamente tale diritto.

Diversamente opinando, si arriverebbe alla conclusione aberrante che il Legislatore, con una norma eccezionale, possa comprimere qualsivoglia diritto fondamentale, garantito a livello costituzionale o di convenzioni internazionali di rango subcostituzionale, anche senza dichiararlo espressamente.

Ne consegue che l'esercizio di tali diritti deve essere attentamente valutato in concreto, per verificare, caso per caso, se esso entri in conflitto con altri diritti fondamentali della persona e della collettività, o se esso incontri limiti interni al suo esercizio nel caso concreto. Il tutto con attenta e adeguata motivazione, in particolare del giudice che li disciplina con provvedimento eventualmente limitativo.

4. - Le pronunce sul diritto alla bigenitorialità e alla frequentazione nel periodo di contrasto al Covid-19.

Insomma: anche le limitazioni emergenziali del diritto alla bigenitorialità e alla frequentazione con il genitore non prevalentemente convivente (che sono diritti fondamentali) hanno le stesse caratteristiche: in assenza di una disposizione espressa, volta a comprimere esattamente il diritto alla bigenitorialità – diritto fondamentale – in conseguenza delle restrizioni alla libertà di circolazione, le limitazioni non possono essere desunte dal testo di legge.

E, se il giudice investito della vicenda (e ritenutosi competente a decidere pur nella sospensione disposta da ultimo dal **d.l. n. 18 del 2020**, e quindi in quanto investito di questioni di affidamento o di istanze cautelari riguardanti diritti fondamentali della persona) intende decidere sulla sospensione o sulla compressione, non può richiamare *sic et simpliciter* il testo di legge, ma deve adeguatamente motivare considerando tutte le peculiarità del caso concreto.

Ad oggi ho contezza di 10 provvedimenti che affrontano *ex professo* il tema⁹.

Mi sembra che questi provvedimenti possano essere valutati sotto due diversi profili: uno relativo all'esito della pronuncia; e uno relativo allo stile della pronuncia e, cioè, all'*iter* argomentativo utilizzato per giungere alla decisione.

4.1. - Valutazione delle pronunce relativamente agli esiti.

Il numero dei provvedimenti è ancora esiguo e gli stessi scontano troppo le peculiarità del caso concreto, per cercare di raggrupparli in termini statistici ed individuare una tendenza. Il che già di per sé è un dato: non sembra esistere, allo stato, una corrente giurisprudenziale dominante.

In ogni caso, non sospendono i diritti di visita n. 3 provvedimenti, resi tutti in situazioni di affidamento condiviso e di genitori residenti nello stesso Comune. Si tratta del provvedimento del **Trib. Milano, 11 marzo 2020**; il provvedimento del **Trib. Salerno, 13 marzo 2020**; il provvedimento del **Trib. Vallo della Lucania, 26 marzo 2020**.

Modificano i diritti di visita, sospendendolo, n. 6 provvedimenti. Deve però essere fatta una distinzione tra le diverse situazioni:

– In tre casi, era già intervenuta restrizione del diritto di visita e frequentazione del genitore non prevalentemente convivente (**Trib. Matera, 12 marzo 2020**; **App. Lecce, 20 marzo 2020**; **Trib. Terni, 30 marzo 2020**);

⁹ Mentre il presente scritto è in corso di redazione, è stato pubblicato su GiustiziaInsieme l'articolo di M. Di Bari, *Covid-19: misure di contenimento ed effetti collaterali sulla crisi familiare*, in www.giustiziainsieme.it. Nello contributo si dà notizia di ulteriori due provvedimenti (esaminati in prospettiva diversa rispetto al presente scritto), di cui non rinvegno il testo on-line: Tribunale civile di Bologna, ordinanza del 23 marzo 2020; e Tribunale di Palermo, ordinanza del 27 marzo 2020, resa all'esito di un procedimento ex art. 709-ter c.p.c., che ammonisce il genitore ad adottare ogni cautela nei movimenti, a fini di prevenzione anti-contagio.

– In tre casi, la prole minorenni è affidata in modo condiviso e i genitori vivono nello stesso comune (**App. Bari, 26 marzo 2020; Trib. Napoli, 26 marzo 2020; Tribunale di Bari del 27 marzo 2020**).

Menzione a sé per il provvedimento del Trib. min. Roma, 26 marzo 2020, che rigetta un'istanza di sospensione delle visite proposta dal tutore, sostenendo che la sospensione deriverebbe direttamente dalla legge e che quindi non sia necessaria una pronuncia sul punto.

4.2. - Valutazione delle pronunce relativamente al loro iter argomentativo.

Gli esiti di questi provvedimenti sono diversi e scontano le peculiarità del caso concreto. Come chiarito sopra, riterrei che non sia possibile predicare una generale sospensione e del o compressione del diritto di visita e di frequentazione del figlio minorenni con il genitore non convivente, ma che le decisioni debbano in ogni caso adeguatamente motivate non sulla scorta dell'astratta previsione normativa, ma con la verifica dei diritti ed interessi coinvolti e con il loro bilanciamento.

A questo proposito, si individuano diversi indirizzi, caratterizzati da diversi stili.

4.2.a. - Le decisioni che si fondano esclusivamente sul dato normativo e non operano un bilanciamento degli interessi.

Il primo provvedimento noto è il decreto del **Trib. Milano 11 marzo 2020**, reso in una situazione di affidamento condiviso. Il Tribunale ha ragionato sulla base del **d.P.C.M. 8 marzo 2020**, le cui previsioni sono poi state estese all'intero territorio nazionale, rilevando come le disposizioni ivi contenute «non siano preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affidamento e collocamento dei minori», ma limitando la portata dell'affermazione ad un argomento testuale: «laddove consentono gli spostamenti finalizzati a rientri presso la “residenza o il domicilio”, sicché alcuna “chiusura” di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti». Il giudice milanese trova ulteriore spunto argomentativo in uno strumento di *soft law*: le FAQ del Governo che, all'epoca come oggi, espressamente prevedono la possibilità di spo-

stamento per ottemperare a obblighi di affidamento. Il provvedimento, condivisibile quanto agli esiti finali, non convince del tutto però quanto al percorso argomentativo: la giustificazione della mancata compressione di un diritto fondamentale viene argomentata sulla base di testi normativi di rango secondario (e, in particolare, sulla base di un D.P.C.M. che è soggetto a modificazioni su mero impulso dell'Esecutivo, senza neanche controllo parlamentare) e di uno strumento di *soft-law* quale è un elenco di domande e risposte pubblicate sul sito del Governo.

Allo stesso modo il Tribunale di Napoli che, con stringatissima motivazione resa in un **provvedimento del 26 marzo 2020**, ha disposto che «allo stato, in attesa di ulteriori provvedimenti di disciplina degli spostamenti con riferimento alla emergenza sanitaria la disciplina delle visite non preveda più lo spostamento dei minori, attesa la inopportunità di tale spostamento ed i divieti in atto nel delicato momento in essere, anche in relazione ad incontri per l'esposizione al rischio». Il testo del decreto non fa menzione di limitazioni all'esercizio o alla titolarità della responsabilità genitoriale, e si deve quindi ritenere che la prole fosse in affidamento condiviso; né fa menzione di spostamenti intercomunali o interregionali, e quindi si deve ritenere che i genitori abitino entrambi nello stesso Comune.

Insomma: ad entrambi i casi si applica la stessa disposizione (**art. 1, comma 1, d.P.C.M. 8 marzo 2020**, poi esteso a tutto il territorio nazionale con **d.P.C.M.9 marzo 2020**), in una situazione identica sul piano giuridico-formale delle relazioni tra genitori e con la prole. Varia solo il contesto di fatto in cui le decisioni vengono rese: in Lombardia l'11 marzo 2020 si contavano 5.763 persone positive ¹⁰, ma il diritto del figlio minorenni non viene compresso. In Campania il 26 marzo 2020 se ne contavano 1.169 ¹¹, ma il diritto del figlio minorenni viene compresso.

Ed è quindi importante segnalare che questo indirizzo interpretativo (fondato esclusivamente sulla lettura testuale) porta a due risultati opposti, in situazioni analoghe dal punto di vista giuridico-formale; e ad esiti contradd-

¹⁰ Fonte: <https://del.del.github.com/del/pem-dpc-del/Covid-19-del/blob/master/dati-regioni-del/dpc-covid19-ita-regioni-20200311.csv>.

¹¹ Fonte: <https://del.del.github.com/del/pem-dpc-del/Covid-19-del/blob/master/dati-regioni-del/dpc-covid19-ita-regioni-20200326.csv>.

dittori, considerando il dato fattuale. Delle due decisioni, inoltre, appare più condivisibile quella milanese, in quanto argomentabile anche in altro modo; quella partenopea suscita invece più perplessità, perché non argomentabile se non sulla base di una lettura estensiva se non addirittura analogica delle disposizioni (non di legge, ma) di una fonte subordinata in funzione compressiva di diritti fondamentali.

Ancora meno condivisibile il provvedimento del Tribunale per i Minorenni di Roma del 26 marzo 2020. In quel caso i figli sono in casa-famiglia, e sono state da poco ampliate le visite della madre, che vive in Comune diverso da quello dove si trova la casa-famiglia, permettendo ai figli di stare con la madre presso di lei per il fine-settimana. Dopo il **d.P.C.M. 9 marzo 2020** la casa-famiglia impedisce la frequentazione madre-figli; la madre protesta, e il tutore delegato propone istanza di sospensione degli incontri. Il Tribunale per i Minorenni rigetta l'istanza chiarendo non essere necessaria nessuna decisione «atteso che per legge sono vietati gli spostamenti da Comune e comunque le uscite dalle abitazioni e strutture». La decisione è un'estremizzazione dei percorsi argomentativi delle precedenti: pretermessa ogni considerazione sulla natura dei diritti dei minorenni che sono compressi, il provvedimento si fonda esclusivamente su una lettura delle disposizioni dei d.P.C.M., peraltro parziale (giacché gli stessi d.P.C.M. prevedono la possibilità di movimento per motivi di salute e ora, dopo il **d.l. n. 19 del 20**, anche per «altre specifiche ragioni»).

Infine: forse in questo filone stilistico può essere inserito il provvedimento della **Corte d'Appello di Lecce del 20 marzo 2020**. Il dubitativo è d'obbligo in ragione dell'estrema stringatezza della motivazione, da cui si riesce comunque a comprendere che il provvedimento è stato reso in una situazione di già intervenuta compressione della responsabilità genitoriale di uno dei genitori.

4.2.b. - Le decisioni che tentano un bilanciamento degli interessi in gioco.

Questo indirizzo giurisprudenziale è, a mio sommo avviso, quello più aderente a natura e struttura del diritto alla bigenitorialità e a quanto indicato dall'ONU nel suo Commento Generale n. 14 alla CRC. Si ricorda

che l'ONU chiarisce che (i giudici de)gli Stati contraenti della Convenzione hanno «l'obbligo di garantire che tutte le decisioni giudiziarie e amministrative, nonché le politiche e la legislazione riguardanti i minorenni dimostrino che il superiore interesse del minorenne sia stato tenuto in primaria considerazione. Ciò include la descrizione delle modalità in base a cui il superiore interesse sia stato esaminato e valutato e che peso gli sia stato attribuito nella decisione»¹²; e che «i tribunali devono far sì che il superiore interesse del minorenne sia tenuto in considerazione in tutte queste situazioni e decisioni, sia di natura procedurale o sostanziale, e devono dimostrare di averlo effettivamente fatto»¹³.

Il provvedimento più risalente di questo tipo di indirizzo sembra essere quello del Tribunale civile di Matera del 12 marzo 2020, reso nell'ambito della regolamentazione dell'affidamento di un bimbo di tenera età figlio di una coppia particolarmente litigiosa, rispetto alla quale il Giudice ha ritenuto di sospendere gli incontri protetti padre-figlio già regolamentati, fino al 4.04.2020 (data di fine della vigenza delle prime misure anti Covid-19). La sospensione deriva anche – sembra intuirsi – dal fatto che le strutture dove si svolgono gli incontri non erano disponibili in ragione della loro chiusura (conseguente in via diretta alle norme anti-contagio). La situazione presa in considerazione è quindi profondamente diversa da quella decisa dal Tribunale di Milano. Il Tribunale di Matera fa esercizio di bilanciamento: premesso che l'attuale situazione di conflittualità non permette incontri liberi padre-figlio, e che quindi – in modo funzionale proprio al diritto alla bigenitorialità e all'equilibrio psico-fisico del minore – la frequentazione era stata già compressa, «nell'ottica del bilanciamento tra l'interesse del minore a mantenere un rapporto significativo con il padre e quello a restare in casa per evitare il rischio del contagio Covid-19, debba prevalere quest'ultimo funzionale alla tutela del superiore interesse della salute, anche in considerazione del limitato periodo temporale di sacrificio del rapporto padre-figlio».

Un secondo provvedimento, reso dal **Tribunale di Salerno il 13 marzo 2020**, rende ancora più chiaro il percorso argomentativo (con esiti peraltro

¹² Commento Generale n. 14, cit., § 14, 10, *lett. b.*

¹³ Commento Generale n. 14, cit., § 29, 16 s.

identici a quelli del **Tribunale di Milano dell'11 marzo 2020**): per il Tribunale di Salerno i **decreti ministeriali dell'8-9 marzo 2020** «non hanno sospeso i provvedimenti in punto regolamentazione dei tempi di permanenza dei figli presso ciascuno dei genitori» e, quindi, «l'emergenza sanitaria in corso non può costituire ex se motivo per procedere alla modifica del regime di affidamento dei minori», ricadendo invece nell'esclusiva responsabilità dei genitori attuare ogni cautela per la tutela della salute della prole minorenni. Questo provvedimento appare pregevole, in punto argomentativo, perché prende anzitutto atto che i d.P.C.M. non possono comprimere diritti fondamentali della persona minore d'età, e che spetta anzitutto ai genitori trovare un equilibrio tra i diversi interessi in gioco.

Infine, il Tribunale di Terni, con **provvedimento del 30 marzo 2020**, prende in considerazione tutte le circostanze del caso concreto a fini di bilanciamento. Opportuno riportare le parti salienti dell'argomentazione: «rilevato che le misure restrittive della circolazione delle persone, con imposizione di misure di distanziamento sociale [...] impongono di bilanciare l'interesse primario dei figli minori e del genitore a veder garantito il pieno diritto alla bigenitorialità, con l'interesse alla tutela della salute pubblica individuale (dei minori e dei genitori) e collettiva (adottando precauzioni che non aumentino il rischio di contagio; valutato che rispetto alle ordinarie frequentazioni tra il genitore non coabitante e i figli per le quali in assenza di specifici elementi di rischio – rappresentati, per esempio, dall'attività lavorativa svolta dal genitore non coabitante ovvero dalla provenienza dello stesso da zone a specifico rischio di contagio – gli incontri in spazio neutro, prevedendo la necessaria presenza di operatori, e dovendo svolgersi in strutture pubbliche, esposte all'accesso di numerosi utenti, aumentano considerevolmente il rischio di contagio per i minori e per i genitori; considerato, inoltre, che l'accesso in locali pubblici potrebbe comportare la necessità di sanificazione dei luoghi con distrazioni di mezzi e risorse delle strutture sanitarie destinate alla cura dei malati; valutato pertanto che, nel bilanciamento degli interessi di pari rango costituzionale, quello alla bigenitorialità (fondato sull'**art. 30 Cost.** e sull'**art. 8 CEDU**) e quello alla tutela della salute (fondato sull'**art. 32 Cost.**)

occorre individuare una modalità di frequentazione padre figli che pur assicurando il costante contatto, non metta a rischio la salute psico-fisica dei minori) [...]».

Il bilanciamento degli interessi è quindi espresso, motivato, e tiene conto di tutte le circostanze del caso concreto sia in termini particolari (la situazione specifica dei minori, che già vedono il genitore in ambito protetto) sia in termini generali (rischio di contagio, impossibilità materiale di accedere agli spazi neutri di frequentazione, non condivisibilità per ragioni di salute individuale e di sanità pubblica di ordinare lo storno di risorse all'uso degli spazi neutri, laddove debbono essere utilizzate per la gestione di situazioni emergenziali). Inoltre, il Tribunale conclude con l'ordine di garantire comunque la frequentazione genitore-figli con gli strumenti di comunicazione più comuni, al fine di non comprimere eccessivamente la relazione. Si tratta di un *iter* argomentativo non solo giuridicamente corretto (a mio sommo avviso), ma anche condivisibile e comprensibile per cittadini e persone d'età minore che, in questo modo, possono più facilmente comprendere le ragioni per le quali le loro difficoltà relazionali trovano un ulteriore e profondo ostacolo.

4.2.c. - Le decisioni che degradano il diritto di visita e frequentazione e, quindi, rendono impossibile un bilanciamento.

La Corte d'Appello di Bari, con decreto *inaudita altera parte* del 26 marzo 2020, ha invece preso un'ulteriore direzione: ha degradato il diritto alla bigenitorialità del figlio minore e alla frequentazione con il genitore con cui non convive prevalentemente da diritto fondamentale, consustanziale al diritto alla salute, a diritto-dovere dei soli genitori. In un simile contesto, non si può operare un bilanciamento di interessi e diritti in gioco (che presuppone invece una tendenziale equiparabilità delle posizioni da bilanciare): «ritenuto che il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, è recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, a mente dell'art. 16 della Costituzione, ed al diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost.».

Allo stesso modo il decreto del Tribunale di Bari del 27 marzo 2020, che

però adotta uno stile argomentativo molto ampio. Per il Tribunale «il diritto paterno ad incontrare i figli, in presenza della pericolosissima espansione della epidemia in corso [...] deve considerarsi quindi recessivo rispetto al primario interesse dei minori a non esporsi al rischio di contagio, nel quale potrebbero poi essere veicolo essi stessi». Di conseguenza il diritto di visita viene sospeso, ma viene comunque imposta la relazione con altri mezzi di comunicazione a distanza.

Le decisioni non tengono in considerazione natura e sostanza del diritto del figlio ad incontrare il genitore con il quale prevalentemente convive, pretermettendo tutta l'elaborazione giurisprudenziale interna e della Corte EDU degli ultimi anni ¹⁴.

4.2.d. - La decisione del tribunale civile del vallo della lucania del 26 marzo 2020: le «specifiche ragioni» ex d.l. 19 del 2020.

Infine l'unica decisione che sembra richiamare il **d.l. n. 19 del 2020** che, tra le ragioni che giustificano la circolazione (e che, quindi, limitano la compressione della libertà di circolazione) indica «altre specifiche ragioni». Questa disposizione (che, si ribadisce, è successiva e di rango superiore rispetto ai d.P.C.M. e, quindi prevale) ricomprende, per il Tribunale, l'«accudimento dei propri figli minori», che ritiene quindi «si possa dunque affermare che il diritto di visita è consentito rientrando nelle “situazioni di necessità”».

Ritengo che questa decisione meriti specifico rilievo per la valorizzazione dell'ultimo decreto-legge e della clausola di apertura che esso individua. La clausola (le «specifiche ragioni», per l'appunto) sembra essere pleonastica, nei limiti in cui essa riguarda diritti fondamentali che – come sopra

¹⁴ Da sottolineare che il Tribunale di Bari del 27 marzo 2020 chiarisce che le FAQ del Governo, che interpretano i d.P.C.M., non sono una fonte del diritto. Nel condividere in via di massima l'impostazione, non posso però fare a meno di sottolineare che le FAQ assurgono quantomeno a strumento interpretativo qualificato. Altro strumento di *soft law* che assume una specifica rilevanza è il modello di autocertificazione predisposto dal Governo e messo a disposizione dei cittadini, che individua anche le ragioni connesse all'affidamento dei minori tra i motivi che legittimano lo spostamento altrimenti vietato.

Non considerare questi dati rischia di generare il caos nella comprensione delle disposizioni e nel comportamento dei cittadini, che potrebbero non essere più in grado di comprendere quale comportamento sia corretto, e quale non.

precisato – non possono ritenersi compressi ma debbono essere valutati caso per caso. Ma ha l'indubbio pregio di richiamare l'attenzione sulla necessità di bilanciare gli interessi in gioco. La “specifica ragione”, infatti, richiede che il giudice individui la ragione, la valuti, la consideri nel più ampio contesto in cui essa si colloca e, quindi, valuti se essa prevalga o non sulle necessità di sanità pubblica che limitano la libertà di circolazione. Insomma: la stessa clausola, lasciando aperte le possibilità concrete, impone quel bilanciamento di interessi che ritengo sia consustanziale in caso di conflitto tra diritti fondamentali.

5. - Conclusioni. I diritti fondamentali non vanno in quarantena, e neanche il metodo per applicarli.

Al momento, insomma, sembra che la giurisprudenza non stia seguendo un filo conduttore univoco. Le pronunce attraverso *iter* argomentativi diversi giungono a risultati a volte contraddittori, anche deprimendo i risultati raggiunti in tema di qualificazione del diritto alla bigenitorialità e alla frequentazione dalla giurisprudenza interna e della Corte EDU.

D'altronde la ricerca di una regola unica ed univoca, applicabile in modo identico a situazioni anche completamente diverse, sia esercizio inutile ed erroneo nel metodo.

Più corretto e utile, a mio sommo avviso, ritornare alle regole applicabili in via ordinaria, anche se in tempi eccezionali, ricorrendo quindi all'esercizio che da sempre viene fatto nella determinazione del diritto di visita e frequentazione del figlio minore con il genitore non prevalentemente convivente: un bilanciamento di interessi e diritti, da attuare caso per caso, con particolare attenzione a tutti gli elementi della concreta vicenda relazionale genitore-figlio di età minore, ivi compreso il contesto sociale e epidemiologico in cui la decisione viene resa, coerentemente con la persistente lettura della Corte Costituzionale e delle norme sovranazionali, nonché delle raccomandazioni ONU nell'applicazione della CRC. Il tutto facendo eventualmente leva anche sul dato testuale posto dal **d.l. n. 19 del 2020**, che permette la circolazione in presenza di «*specifiche ragioni*»: riferimento forse pleonastico per ciò che attiene i diritti fondamentali, ma comunque presente e quindi utilizzabile; e con decisioni che siano atten-

tamente e compiutamente motivate, in ragione del fatto che gestiscono un diritto fondamentale di soggetti che, in questa particolare fase, sono particolarmente.

15. L'emergenza Coronavirus fra ordinarietà e straordinarietà dell'attività di normazione

1. - Premessa.

L'emergenza Coronavirus, drammaticamente ancora in atto, ha certamente rivoluzionato la quotidianità di ciascuno di noi. Essa ha, al contempo, scosso le agende dei governi e della politica favorendo, inevitabilmente, l'anteposizione, anche rispetto ad ogni possibile problema pregresso, di tipo normativo/interpretativo, e rimasto oggi ancora irrisolto, delle questioni di impatto socio-economico, più o meno direttamente, connesse alla situazione emergenziale ¹.

Con l'inizio di quella che, da più parti, prosaicamente, è stata definita la c.d. "fase due" si dovrà inevitabilmente provare a bilanciare il tentativo di risolvere definitivamente l'emergenza sanitaria con la ricerca di metodi e tecniche per favorire la ripartenza economica del Paese.

Le principali questioni che il legislatore e/o l'interprete dovranno affrontare saranno, pertanto, legate a tale complesso bilanciamento.

Gradualmente, ad ogni modo, si dovrà tentare di mettere mano – anche se,

¹ L'Autore è componente del Comitato degli esperti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. La posizione e le opinioni espresse in questo scritto hanno carattere personale.

Il testo a seguire, integrato e corredato di note, condensa, nella sostanza, il contenuto della relazione tenuta presso l'Università di Trento, Dipartimento di Giurisprudenza, in data 24 ottobre 2019, in occasione del Convegno *Modelli di famiglie e Convivenze. Esperienze sociali e giuridiche a confronto*.

Fabrizio Di Marzio sottolinea limpidamente la peculiarità, ma al contempo l'essenzialità della "regola" nell'emergenza pandemica che stiamo vivendo: cfr. il lavoro dell'A., *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 1 ss.

come da qualche parte è stato detto, niente sarà più come prima ² – oltre che agli strascichi, inevitabili, che questa immane tragedia porterà con sé ³, anche, ad esempio, ad alcune questioni che l'evoluzione dei modelli etico-sociali di comportamento prospetta ad ogni ordinamento giuridico. In quest'ultimo, precipuo contesto si colloca certamente la necessaria attenzione che la politica e, quindi, il legislatore dovranno prestare anche all'evoluzione del diritto di famiglia.

2. - Sintesi della recente pronunzia delle Sezioni Unite e della vicenda alla base del provvedimento.

Più in particolare può osservarsi – per quel che in questa sede interessa più da vicino – che il tema delle cc.dd. “famiglie transnazionali”, quale ulteriore, peculiare effetto della globalizzazione, da un po' di tempo inizia ad essere frequentato dalla letteratura giuridica e principia ad essere contemporaneamente oggetto dell'attenzione del formante giurisprudenziale.

Tutto ciò in ragione, soprattutto, del progressivo e costante incremento della diffusione dei modelli di comportamento qui evocati ⁴.

All'interno di questa più ampia tematica, si colloca, per la rilevanza che assume per il giurista, il tema, più ristretto, evocato dal titolo di questo intervento, della trascrizione dell'atto di nascita da parte delle coppie *same sex*.

La trattazione di tale tematica presuppone, a sua volta, il riferimento a una serie di provvedimenti, non solo giurisprudenziali, intervenuti su una materia delicata e sulla quale non si è attestato, al momento, a parer di chi scrive, un adeguato intervento del legislatore.

Tale inerzia è evidentemente in parte dovuta al carattere prevalentemente

² Di necessità di ridiscutere, anche a seguito dei recenti eventi, le premesse e la logica interna del sistema parla, fra gli altri, R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 1 ss.

³ Si pensi al richiamo fatto, di recente, da parte di attenta dottrina, proprio alla necessità di un intervento del legislatore volto al fine di “circoscrivere quanto possibile il contenzioso”: così C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?* in *Giustiziacivile.com*, 2020, 1 ss.

⁴ Sul punto un recente lavoro (precisamente del settembre 2019) a cura di Elisabetta Bergamini e Chiara Ragni, dal titolo *Fundamental Rights and the Bests Interests of the Child in Transnational Families*, affronta, in particolare, la tematica dei diritti umani e della loro protezione in quelle famiglie che si “dispiegano” in differenti realtà giuridiche statuali.

extra-giuridico delle questioni alla base delle vicende che rappresentano il nucleo portante della tematica del rapporto di filiazione nelle coppie *same sex*.

Ciò non può ad ogni modo valere a giustificare atteggiamenti pilateschi da parte del legislatore.

Senza procedere con inutili digressioni, occorre, tuttavia, quanto meno osservare, in questa sede, che la tendenza evocata – vale a dire quella che vede il legislatore apparentemente inerte rispetto a questioni in cui la coscienza personale e/o sociale gioca evidentemente un ruolo preminente – trova conferma nel recente intervento, che potremmo definire anche qui “suppletivo”, della Corte Costituzionale sul tema dell’aiuto al suicidio ⁵. Intendo precisare sin da subito (ma questo chiarimento è di carattere metodologico ed implica, pertanto, una precisa scelta in tal senso) che le questioni extra-giuridiche sopra evocate (e attinenti, pertanto, a valutazioni connesse a profili etici, sociologici, etc. etc.) rimarranno sullo sfondo dei ragionamenti che proporrò, in quanto le medesime, ritengo, possano essere di grande utilità, ma non rappresentano, ad ogni modo, elementi in grado di agevolare una lettura *de iure condito* delle vicende, complesse, alle quali faremo riferimento nel prosieguo di questa disamina.

In realtà ritengo che tale tipologia di valutazioni, condensando anche il progressivo stratificarsi e/o anche modificarsi di letture e sensibilità su alcuni degli aspetti che cercheremo di chiarire, possano essere di grande utilità soprattutto in una prospettiva *de iure condendo*.

A dispetto del titolo della relazione, tornando ai temi più squisitamente vicini al mio intervento, è mia intenzione soffermarmi, in particolare, sulla recente, ma già ampiamente nota, pronunzia delle Sezioni Unite e partire da questa per poi tentare di proporre delle valutazioni di carattere più ampio in grado di lambire differenti istituti giuridici.

Per inciso e per completezza, la Corte Costituzionale, poco tempo fa, ha deciso, rigettandolo per difetto di motivazione, sul ricorso presentato da due mamme, sposate secondo la legge dell’Illinois, ai fini del riconoscimento nell’atto di nascita, appunto della doppia maternità.

⁵ Cfr. Corte Cost., 24 novembre 2019, n. 242.

Partiamo, quindi, dalla pronuncia delle Sezioni Unite evocata e, così, dalla sentenza n. 12193 dell'8 maggio 2019.

In estrema sintesi, la pronuncia, dopo un complesso e articolato *iter* argomentativo, afferma la non conformità all'ordine pubblico internazionale del provvedimento dell'autorità canadese che aveva dichiarato il nato da maternità surrogata gratuita figlio di due genitori italiani dello stesso sesso.

Il caso, come è noto, era quello di una coppia omosessuale di sesso maschile che, dopo il matrimonio in Canada, aveva generato due bambini, facendo ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa, mediante seme di uno dei due *partner* e ovocita donato, impiantato nell'utero di un'altra donna, disposta a portare avanti la gravidanza.

Tale tipo di genitorialità era stata riconosciuta con provvedimento della *Superior Court of Justice* dell'Ontario del 12 gennaio 2011. Una volta rientrata in Italia la coppia richiedeva, alla competente Corte di appello di Trento, il riconoscimento del provvedimento straniero sopra menzionato. Malgrado la Corte avesse accolto la richiesta e ordinato al sindaco di trascrivere l'atto di riconoscimento, l'ufficiale di stato civile ottemperava solo parzialmente all'ordine del giudice, procedendo alla trascrizione soltanto rispetto alla genitorialità del padre biologico dei minori.

Nessun riconoscimento formale e/o sostanziale viene, quindi, sancito per il c.d. "genitore intenzionale", ovvero per quel genitore già di fatto privato di alcun rapporto genetico e/o biologico con il figlio.

In seguito al ricorso nuovamente proposto presso la Corte di Appello, l'ordinanza emessa accoglieva la domanda attraverso la motivazione per cui, in primo luogo, la violazione della legge n. 40 del 2014, relativa al ricorso alla tecnica della maternità surrogata, non costituendo contrarietà all'ordine pubblico internazionale, non rilevava ai fini del giudizio di compatibilità di cui all'**art. 64 l. n. 218 del 1995**.

In secondo luogo assume rilievo la motivazione per cui, sulla base della tutela del prevalente interesse del minore, a quest'ultimo sarebbe cagionato un pregiudizio nell'ipotesi in cui non venisse riconosciuto al minore medesimo il legame familiare con entrambi i ricorrenti.

3. - L'evoluzione della nozione di ordine pubblico internazionale.

Sono certamente diverse le questioni che la pronunzia richiamata pone all'attenzione del giurista e alle quali potremo fare soltanto un rapido cenno nell'economia di questa trattazione.

Rispetto, in primo luogo, alla nozione di ordine pubblico internazionale ⁶, richiamando il formante interno più autorevole, possiamo limitarci ad evidenziare, in questa sede, come la Cassazione, con un provvedimento del 30 settembre 2016, il n. 19599, abbia circoscritto i cc.dd. limiti di ordine pubblico internazionale ai principi fondamentali vincolanti per il legislatore ordinario.

Questi ultimi sono sostanzialmente riferibili alle norme desumibili dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali.

Del resto la pronunzia *de qua* non può essere letta isolatamente. Essa sembra muoversi, infatti, su un ideale filo di continuità, ad esempio, con il provvedimento delle Sezioni Unite in tema di danni punitivi ⁷. Tale pronunzia ha bene espresso infatti, come è noto, l'esigenza – per quel che in particolare interessa in questa sede – di misurare il limite dell'ordine pubblico, oltre che attraverso i principi e le regole della Costituzione, mediante quelle leggi che “inverano l'ordinamento costituzionale”.

Come è dato appurare anche solo attraverso i fugaci riferimenti sin qui fatti, sembra prendere piede un complessivo orientamento che in tema di ordine pubblico mostra una particolare sensibilità e attenzione per principi e regole facenti parte dell'ordinamento comunitario (ora euro-unitario) e anche internazionale.

Sulla base di questa “nuova”, peculiare prospettiva, il concetto subirebbe una coloritura differente e per certi versi più ampia da quella solitamente attribuitagli in forza dell'orientamento che potremmo definire tradizionale.

L'occasione dell'analisi della pronunzia richiamata rappresenta anche il pretesto per tornare su una distinzione, non sempre scontata nella rico-

⁶ Tema richiamato anche dalla pronunzia della Cassazione oggetto di queste notazioni.

⁷ Cfr. Cass, sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, 419, con nota di M. LA TORRE-G. CORSI-G. PONZANELLI-P. G. MONATERI; in *Corr. giur.*, 2017, 1042, con nota di C. CONSOLO.

struzione della dottrina e della giurisprudenza: quella fra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno ⁸.

Sul punto, alla luce, anche qui, di una recente pronunzia della Corte di Cassazione (cfr., in particolare, **Cass. civ., 15 giugno 2017, n. 14178**) il secondo concetto rappresenterebbe un complesso di norme e di principi inderogabili ad opera dei privati in grado di rappresentare, al contempo, un limite all'autonomia privata indicato dalle norme imperative di diritto interno.

Il primo, invece, rappresenta uno strumento capace di neutralizzare l'applicazione del diritto straniero laddove esso sia stato dichiarato applicabile dalla regola del conflitto di legge pertinente.

Una distinzione così netta e ben scolpita, oltre ad avere una specifica pregnanza da un punto di vista didascalico, contribuisce, inoltre, a favorire un ridimensionamento dei dubbi circa le ipotesi nelle quali possa o debba essere applicato l'uno piuttosto che l'altro concetto. Un tale sforzo ricostruttivo contribuisce, quindi, a soddisfare anche le istanze di certezza del diritto che permeano il nostro ordinamento giuridico.

4. - Maternità surrogata all'estero e trascrizione in Italia del provvedimento straniero (cenni).

Anche il tema della maternità surrogata ⁹ è oggetto delle statuizioni della Suprema Corte. Sul punto, si osserva che la disposizione che, di fatto, impedisce il riconoscimento del provvedimento straniero è l'**art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004**.

Tale norma, in estrema sintesi, considera fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata, applicando la sanzione a tutti i soggetti coinvolti, ivi compresi i cc.dd. genitori intenzionali e la donna portante.

Occorre precisare, ad ogni modo – nonostante la riflessione sintetizzi in questi passaggi un'opinione personale e malgrado quanto preciserò subito nel prosieguo – che il tema della maternità surrogata, sebbene più o meno

⁸ Di recente sul tema il lavoro di G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, *passim*.

⁹ In arg., fra gli altri, S. ALBANO, *Maternità surrogata e tutela del rapporto di filiazione*, in *Quest. giust.*, 2019, 1 ss.

direttamente implicato nella vicenda in esame, non è alla base della questione della quale intendiamo occuparci più da vicino in questa occasione. Essa coincide, infatti, con la verifica della soglia (più o meno ideale) sino alla quale si può spingere la tutela dell'interesse del minore nelle diverse tipologie di "famiglia" e coincide, ancora, con la ricerca dei mezzi di tutela di questo stesso interesse.

5. - Tutela del best interest of the child. Importanza dell'interesse del minore quale criterio di risoluzione di vicende complesse non specificamente regolamentate.

La questione al centro dell'orientamento qui in esame – venendo al nucleo portante delle riflessioni che è mia intenzione proporre – coincide, quindi, con la delimitazione dei contorni del c.d. "miglior interesse del minore". Tale tema si traduce, più nel dettaglio, nella individuazione delle modalità attraverso le quali deve essere tutelato l'interesse del minore, di fatto instaurato con il *partner* di colui con il quale è stata costituita la filiazione su base genetica.

Da questa prospettiva di analisi, l'assenza di un rapporto genetico vale a escludere la costituzione di un rapporto filiale. Al contempo, si riflette ¹⁰, tuttavia, sul dato per cui la tutela dell'interesse pubblico, volto a disincentivare pratiche di maternità surrogata, non può giungere sino al punto di misconoscere alcun tipo di tutela alla relazione familiare con il figlio del *partner*.

Da questo punto di vista, come del resto già rilevato, le questioni maternità surrogata e interesse del minore andrebbero trattate separatamente e differentemente, senza che, in particolare, la risoluzione in senso negativo della prima (nel senso evidentemente di una sua illiceità ¹¹) possa influenzare la risoluzione della seconda.

Il *legal vacuum* di cui appena sopra ha indotto le Sezioni Unite a ricorrere allo strumento dell'adozione in casi speciali e di cui, più nel dettaglio,

¹⁰ Cfr., in particolare, U. SALANTRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 737 ss.

¹¹ O, più generalmente, nel senso di una valutazione nei termini di disvalore da parte dell'ordinamento nei confronti di tale pratica.

all'art. 44, comma 1 lett. d) della legge n. 184 del 1983; viene ripresa, in particolare, l'interpretazione – che non era stata comunque esente da critiche da parte soprattutto della letteratura giuridica – in forza della quale è possibile estendere la portata applicativa della disposizione anche oltre la c.d. impossibilità di fatto.

L'art. 44 prevede infatti l'ammissibilità dell'adozione anche nelle ipotesi in cui non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7 e, più precisamente, per ciò che interessa in particolare in questa sede, “quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo”.

Rientrerebbe nel contenuto precettivo della disposizione richiamata anche il caso dell'impossibilità di diritto (o giuridica) di procedere all'affidamento preadottivo.

Una tale lettura – lo anticipiamo sin da ora – rappresenta, evidentemente, una forzatura del dato normativo e, al contempo, una operazione non propriamente corretta, da un punto di vista metodologico, in quanto realizzata in una materia nella quale la delicatezza degli interessi sottesi alla regolamentazione meriterebbe previsioni con valore precettivo specifico e dettagliato.

6. - Rilievo delle fonti normative euro-unitarie e internazionali.

Proviamo a verificare, a questo punto della disamina, se e come alcune “fonti straniere” possano contribuire a restituire un quadro normativo ancora più ampio e variegato¹² all'interno del quale collocare ulteriori riflessioni sul tema oggetto di questa analisi e, in particolare, su come conciliare il vuoto normativo interno e la necessaria tutela dell'interesse del minore all'interno dei modelli familiari qui in esame.

Con riferimento alle “fonti non interne” evocate, occorre porre in evidenza, in primo luogo, che nella Dichiarazione ONU dei diritti del fanciullo si statuisce che quest'ultimo deve godere di una particolare prote-

¹² Sui riflessi, ad esempio, del diritto euro-unitario sull'ordinamento interno, fra gli altri, E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, *passim*; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, *passim*.

zione, così da svilupparsi in modo sano e normale, fisicamente, intellettualmente, moralmente, spiritualmente e socialmente, in condizioni di libertà e dignità (*principio 2*); che ha diritto a un nome e a una nazionalità (*principio 3*); all'affetto e alla comprensione, possibilmente nell'ambito della sua famiglia (*principio 6*); all'educazione, così da poter sviluppare le sue facoltà, il suo giudizio personale, il suo senso di responsabilità morale e sociale (*principio 7*).

Si può notare, in particolare, come il *principio 6* appena sopra richiamato enfatizzi, evidentemente a ragione, la necessità di uno sviluppo relazionale del minore all'interno di un contesto familiare.

Passando a un'ulteriore fonte di rilievo internazionale, con una implicazione diretta sulla materia qui in esame, occorre puntualizzare che la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo afferma (cfr. art. 2) il principio di uguaglianza fra minore e minore, contro qualsiasi discriminazione, con una ulteriore precisazione – che traspare da molte delle disposizioni inserite all'interno della Convenzione – relativa alla necessaria tutela del preminente interesse del minore.

A ciò segue, nel medesimo contesto, l'enunciazione dei diritti del minore e, in particolare, di quelli alla vita, al nome, alla nazionalità, alle relazioni familiari, alla identità personale, all'educazione da parte dei genitori.

Qui rilevano, innegabilmente, il principio di non discriminazione fra le differenti tipologie di minori e il diritto del minore alle cc.dd. relazioni familiari; tutto ciò in perfetta sintonia con quanto appena sopra richiamato rispetto all'altra fonte normativa di rilievo internazionale presa in esame. Passando ancora a un'ulteriore fonte, questa volta di rilievo europeo, è opportuno evidenziare che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sono sanciti i diritti dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori, salvo che ciò appaia contrario al loro interesse (art. 24)¹³.

Anche qui il riferimento alle relazioni con i genitori non può che essere

¹³ Il secondo comma dell'articolo richiamato statuisce espressamente che «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato superiore».

inteso come necessaria salvaguardia delle cc.dd. relazioni familiari e dello sviluppo del “soggetto debole” anche all’interno dei peculiari contesti familiari qui presi in esame.

Possiamo evidenziare, in ultimo, che l’**art. 23 del Regolamento C.E. n. 2201 del 2003** ¹⁴ stabilisce, in modo esplicito e inequivocabile, che la valutazione dell’ordine pubblico deve effettuarsi tenendo in debito conto il prevalente interesse del minore.

Questo ultimo criterio appare di notevole importanza in quanto permette di evitare, nei differenti ambiti in cui il concetto può essere impiegato, il ricorso a soluzioni rigide, preconfezionate o, addirittura, preconcrete.

Di certo, in estrema sintesi, malgrado la varietà delle sollecitazioni, da queste disposizioni, lette in maniera armonica e sistematica, sembra emergere l’autonoma valenza (anche interpretativa) della nozione di interesse del minore e, quindi, l’utilità ermeneutica di queste medesime disposizioni, anche al fine di gettare luce sulla questione qui in esame e di peculiare rilievo per l’ordinamento interno.

7. - La posizione della Corte EDU.

Proviamo ad allargare ancora – anche qui geograficamente – lo spettro delle valutazioni, passando, tuttavia, dalla disamina delle fonti normative alla verifica del formante giurisprudenziale, anche qui non immediatamente interno.

È utile fare riferimento, al fine di avere un quadro il più possibile completo, alle pronunce della Corte EDU (*Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*) e verificare come questo organismo abbia inteso trattare la tematica oggetto di queste riflessioni.

A riguardo può rammentarsi, in estrema sintesi, che a partire dai casi *Mennesson e Labassee c. Francia*, la Corte ha considerato il diritto del minore all’identità nei termini di elemento essenziale del rispetto della sua vita privata.

I margini di discrezionalità da riconoscersi in capo ai vari Stati appaiono

¹⁴ Tale articolo è rubricato “Motivi di non riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale”.

così molto limitati; se ne inferisce, pertanto, l'obbligo per gli stessi Stati di garantire forme di riconoscimento delle relazioni stabilite all'estero fra il bambino e la c.d. madre intenzionale ¹⁵.

Se sull'*an* del riconoscimento non c'è evidentemente molto da aggiungere, nemmeno in questa sede, maggiori precisazioni merita il *quomodo* di questo riconoscimento; da tale punto di vista, come già si è anticipato, è possibile utilizzare lo strumento dell'adozione, sempre che essa produca degli effetti che possano ritenersi analoghi a quelli prodotti dalla registrazione dell'atto di nascita.

Tale procedura deve, inoltre, sempre secondo la Corte richiamata, garantire una tutela adeguata del preminente interesse del bambino.

In termini ancora più generali può evidenziarsi come l'atteggiamento della Corte sia sempre stato quello di contrastare forme di discriminazione volte a conformare "categorie" di figli diversificate in ragione, meramente, della "diversità" della nascita.

Alcune disposizioni di rilievo internazionale alle quali abbiamo sopra fatto riferimento vanno, come si è avuto modo di appurare, nella medesima direzione; cioè si muovono nell'ottica del tentativo di eliminazione di ogni intento discriminatorio fra differenti "categorie" di figli.

Da quanto sin qui stilizzato, emerge come molta strada abbia certamente fatto la cultura giuridica europea (e non solo) a far data dall'esternazione attribuita a Napoleone il quale – al cospetto del Consiglio di Stato – tuonava, con riferimento ai figli nati fuori dal matrimonio ¹⁶, che «la società non ha alcun interesse che i bastardi vengano riconosciuti ¹⁷».

I progressi fatti crediamo, tuttavia, non debbano arrestarsi e debbano anzi

¹⁵ In tema, in particolare, nella letteratura interna, G. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e dir.*, 2019, 653 ss.

¹⁶ Sul punto anche D. Carusi, *La filiazione fuori dal matrimonio nel diritto italiano (1865-2013)*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *La nuova disciplina della filiazione*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 1 e ss.

¹⁷ L'evoluzione della tendenza culturale evocata nel testo è stata ampiamente ratificata in Italia dove la riforma della filiazione (quella, in altre parole, realizzatasi negli anni 2012-2013) ha unificato lo status di figlio (cfr. art. 315 c.c.) e ha rimosso gli ostacoli, prima presenti, al suo accertamento. In arg. *ex multis*, con diversità di sfumature, M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 231 ss.; M. Trimarchi, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2013, 243 e ss.; F. DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, in *Corr. giur.*, 2013, 545 ss.; M. BIANCA (a cura di), *Filiazione: commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, *passim*; M. Dogliotti, *Nuova filiazione: la*

anche tradursi – e questo ragionamento vale, principalmente, rispetto all’ordinamento interno – nella predisposizione di una normativa centrale che prenda in debito conto anche delle situazioni di fatto generate dal modificarsi degli evocati modelli etico-sociali di comportamento e, inoltre, che recepisca il principio – sancito anche dalle fonti alle quali abbiamo fatto riferimento in questa parte della trattazione – in virtù del quale non è possibile (e non è nemmeno legittimo) ingenerare distinzioni di trattamento giuridico sulla base della diversità delle tecniche di procreazione di volta in volta utilizzate.

8. - Esiste un diritto soggettivo alla genitorialità?

Per provare a concludere questo breve itinerario e per tentare di tracciare un unico filo rosso, in grado di riannodare le differenti osservazioni relative al tema in esame, è opportuno a questo punto domandarsi: esiste un diritto (del genitore) ad avere figli?

Esiste in altri termini un diritto soggettivo alla genitorialità in capo alla coppia o in capo a ogni genitore individualmente? Ovvero: è forse più corretto metodologicamente porsi il problema del rilievo giuridico del desiderio di avere figli?

I limiti alle tecniche di procreazione medicalmente assistita importano che, come è stato di recente affermato, «la genitorialità disgiunta dal legame non può essere attribuita sulla base di un semplice accordo tra le parti»¹⁸.

Se si guarda alla teorica dei cc.dd. diritti fondamentali sarebbe più corretto parlare di diritto del minore ad avere genitori, piuttosto che di diritto alla genitorialità inteso, “meramente”, come diritto ad essere genitori.

Questo è un passaggio fondamentale nella ricostruzione della tematica *de qua* e ai fini della impostazione che riteniamo si debba applicare per affrontare il vuoto normativo evidenziato anche in questa analisi.

Ragionando sulla base della teorica delle situazioni giuridiche soggettive,

delega al governo, in *Fam. e dir.*, 2013, 279 ss.; M. Mantovani, *Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile*, in *NGCC*, 2013, 323 ss.

¹⁸ S. VICIANI, *Diritto ad essere genitori o interesse del minore ad avere dei genitori?*, in *Giusticiale.com*, 2019, 1 ss.

applicabile anche in questo contesto, deve parlarsi di un diritto del minore ad una relazione familiare complessiva, non di un diritto in capo ai genitori ad essere tali.

Quest'ultima posizione sembra porre al centro, quale situazione-presupposto, interessi, per così dire, in taluni casi, meramente egoistici, se non, addirittura, veri e propri capricci.

Un controllo di meritevolezza da parte dell'ordinamento su questa tipologia di interessi potrebbe ritenersi quanto meno opportuno. In questa prospettiva, occorre focalizzare l'attenzione su quale sia l'interesse ritenuto preminente in quanto meritevole di una maggiore protezione giuridica; su come si debbano bilanciare i differenti interessi eventualmente messi in gioco.

A tal proposito, in un recente parere sempre della Corte Edu (il parere è del 10.04.2019), è stato sancito il diritto del minore alla conservazione dei legami e della vita familiare; in senso più ampio, può dirsi esistente un diritto delle persone di formare una famiglia nel riconoscimento di quei vincoli giuridici che non sono ancora stati riconosciuti e supportati dalla legge.

In termini ancora più espliciti, nel predetto parere la Corte di Strasburgo ha affermato che l'**art. 8 della Cedu** ¹⁹ impone il riconoscimento anche rispetto al c.d. "genitore intenzionale" privo di rapporto genetico con il minore.

Si tratterebbe di una sorta di interpretazione estensiva del "diritto al rispetto della vita privata e familiare" di cui all'articolo da ultimo richiamato.

La questione poi che la **L. n. 76 del 2016** (legge Cirinnà sulle Unioni civili) ²⁰ non abbia di fatto disciplinato l'ipotesi dell'adozione del *partner*, evitando, così, di modificare fortemente o, forse addirittura, radicalmente, l'istituto dell'adozione, non porta, al momento, che a demandare, inevitabilmente, al giudice la funzione di rendere fattivo o, più correttamente, attuale e tutelato il diritto dei figli ad avere un rapporto stabile con chi effettivamente esercita la funzione genitoriale.

¹⁹ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

²⁰ Sul tema, per una trattazione sistematica, fra gli altri, M. SESTA (a cura di), *Codice delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2017, *passim*.

L'istituto della *stepchild adoption* (prevista a partire dal 1983, attraverso la l. n. 84) permetteva l'adozione del figlio del coniuge con il consenso del genitore biologico e nell'interesse del minore stesso.

Tale istituto è stato poi esteso, come è noto, alla luce di alcuni importanti arresti giurisprudenziali, durante il primo decennio del duemila, ai conviventi eterosessuali.

Di fatto può dirsi, più precisamente, che fino al 2007 tale tipologia di adozione era permessa esclusivamente per le coppie sposate; successivamente a tale data, il Tribunale per i minorenni di Milano, prima, e il Tribunale di Firenze, dopo, hanno esteso questa facoltà anche ai conviventi eterosessuali.

Si è ritenuto, infatti, in queste fattispecie, che fosse interesse del minore che al c.d. rapporto affettivo fattuale corrispondesse anche un rapporto giuridico fatto di diritti, ma soprattutto di doveri.

Finalità essenziale di questo istituto è stata quella di rendere possibile la formalizzazione del rapporto genitore-figlio nei casi in cui non fosse possibile un'adozione piena; si è così tentato di garantire al bambino un ambiente familiare da ritenersi idoneo al suo sviluppo, nel suo esclusivo interesse e tenendo conto della sua specifica situazione esistenziale.

Sulla stessa linea interpretativa – venendo, nuovamente, alla pronunzia oggetto di questo intervento – la configurazione dell'applicabilità dell'adozione in casi particolari quale strumento per conferire rilevanza al rapporto di fatto fra il *partner* omosessuale e il genitore biologico ha dato un punto saldo al tema della omogenitorialità, rinvigorendo un istituto ormai quasi del tutto sopito, in ragione della irrilevanza del legame biologico fra genitore c.d. intenzionale e figlio ²¹.

Rimane sullo sfondo, ad ogni modo, una questione da trattare e che certamente non può essere affrontata compiutamente in questa sede. Si tratta della “incognita” giuridica del “c.d. genitore intenzionale” (che rappresenta, evidentemente, al momento una mera situazione di fatto): le soluzioni riprese anche in questa sede tentano, infatti, solamente, di ovviare a un vuoto legislativo, ancora oggi drammaticamente in essere all'interno del nostro ordinamento giuridico.

²¹ S. VICIANI, *Diritto ad essere genitori o interesse del minore ad avere dei genitori?*, cit., ss.

Occorre in altri termini, per essere ancora più espliciti, che il legislatore interno si preoccupi del tema dello statuto giuridico del “genitore intenzionale”, disponendo precisamente come questo vuoto debba essere colmato e, in particolare, se lo debba essere attraverso lo scioglimento del dubbio interpretativo/applicativo circa la trascrivibilità dell'atto di nascita da parte di coppie *same sex*, la previsione di una disciplina organica *ad hoc*, ovvero attraverso il rinvio e, pertanto, l'applicazione di normative già vigenti all'interno del nostro ordinamento, possibilmente rimodulate e integrate anche sulla base del progressivo modificarsi delle situazioni di fatto ²².

Di certo se il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari pare rappresentare un'efficace rattoppo in periodi, come questi, dominati dalla “emergenza normativa” in certi settori e dalla inerzia legislativa in certi altri, tale rattoppo non può valere per sempre: sia in quanto il tema affrontato necessita di soluzioni normative autonome e di automatica applicazione, sia poiché una prospettiva come quella paventata dalla pronunzia in esame, anche se attivata nella fattispecie concreta, non faciliterebbe, in ogni caso, la garanzia dell'applicazione di una disciplina organica ed esaustiva.

Concludendo: la tematica della quale ci siamo occupati, terminata la fase emergenziale che purtroppo stiamo drammaticamente attraversando, dovrà diventare una questione, fra le tante, che non potrà che tornare sul tavolo. Solo così si raggiungerà anche l'obiettivo della uniformità di soluzioni nei diversi ambiti territoriali.

²² Cfr., ad es., come del resto già chiarito nel corso di questa disamina, la disciplina dell'adozione in casi particolari.

16. Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus

1. - Considerazioni introduttive.

Il tema coronavirus è imperiosamente entrato nel nostro quotidiano affliggendo tutti, anche i non malati. Si è insinuato mediante la paura nelle nostre emozioni e, sotterraneamente, passando sottotraccia alla ragione, ci ha reso più deboli. Ha cambiato le nostre prospettive e le acquisizioni che ritenevamo far parte di noi come le nostre mani.

La decretazione emergenziale che accompagna il presente ha comprensibilmente sollevato una serie di delicate questioni sui limiti che possono essere imposti per ragioni di salute pubblica, dinanzi alla quale pare cedevole ogni altra posizione sostanziale, pur altrettanto costituzionalmente garantita.

Discussione e riflessione coltivano il dubbio dell'intelligenza desta e si tratta di esercizio già lucidamente avviato in ambito giuridico, che sarà sviluppato a posteriori dai costituzionalisti, storici, politologi. Un interrogativo rivolto al presente ma che guarda al futuro: «Ogni intervento del legislatore nella sfera delle libertà individuali rappresenta l'abbattimento di un argine, qualunque ne sia la ragione e la natura. Anche quando la marea si sarà apparentemente ritirata. Ricostruire argini non è, infatti, mai facile perché la marea ha memoria del punto fin dove si è spinta e tende naturalmente a raggiungerlo, andando ancora oltre. (...) In queste ore forzate (...) potremmo provare a chiederci se ogni singola cessione di

libertà che abbiamo accettato in queste ore fosse necessaria. Se fosse davvero inevitabile l'obbligo e non la responsabilità»¹.

L'azione legislativa di questi giorni si colloca nel quadro costituzionale, perlomeno all'evidenza di chi non sia addentro ai delicati equilibri che pone il contemperamento di interessi in conflitto, costituzionalmente garantiti², benché sia stato indicato da tempo come il diritto delle emergenze, variamente inteso, sia tra le cause di una «torsione» del modello costituzionale sotto diversi versanti³.

Ma le limitazioni di questi giorni, aprono ulteriori fronti, scenari di maggior dettaglio oltre all'impatto ai massimi sistemi. Uno di questi, tra i molti, è il regime di frequentazione genitori-figli, in particolare col genitore «non collocatario o non collocatario prevalente», formula con cui si è voluto nel diritto vivente reintrodurre una diversificazione tra i genitori che la **L. n. 54 del 2006** aveva, invece, voluto assimilare⁴.

¹ M. ABATECOLA, *Sulla libertà e sulla paura*, in <https://www.leoniblog.it/2020/03/17/sulla-liberta-e-sulla-paura/>.

² Si v. le considerazioni di I.M. PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=2389>.

³ Tra i molti, A. RUGGIERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e giurisprudenziale*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri73.pdf>, 4 dicembre 2017, 501, cui appartiene l'espressione virgolettata; ID., *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri41.pdf>, 6 novembre 2014; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, 15.

Il tentativo di arginare la tendenza di cui al testo Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2016/0275s-16.html>, e ivi anche i numerosi commenti che l'hanno accompagnata; A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*; L. MADAU, *È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione?*; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*; R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*; L. ARDIZZONE-R. DI MARIA, *La tutela dei diritti fondamentali ed il "totem" della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*.

⁴ Si parla frequentemente di "legge tradita", Y. ABO LOA-F. NESTOLA, *Il principio della bigenitorialità e la legge n. 54 del 2006: diritto del minore?*, in http://www.centroantiviolenzabigeitorialite.com/wp-content/uploads/2014/11/principio-di-bigenitorialitc3a0-abo_loha_nestola.pdf, 8 ottobre 2013.

La legge ha riscosso ampia attenzione dalla dottrina; tra i molti: G. AMOROSO, *Sul diritto di visita degli ascendenti*, in *Minori giustizia*, 2006, 63 ss.; M. BIANCA, *Il diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti*, in S. PATTI-L. ROSSI CARLEO (a cura di),

Certe prescrizioni precedono l'evoluzione sociale e la orientano, fronteggiandosi per anni con ostacoli culturali prima di divenire precipitato della realtà.

L'esame della decretazione d'urgenza che segue, al fine di chiarire il problema affrontato dai genitori separati/divorziati, è condotto nello sforzo di obiettività, pur nella percezione di una sorta di tensione, fisica e intellettuale, per compiere il balzo necessario a prendere al volo l'occasione di ripristinare le vecchie e mai sopite regole, che vedono un genitore migliore dell'altro, nella consapevolezza, come ricorda il passo virgolettato poco sopra ricordato, che l'argine violato dalla marea per una volta, lo sarà anche nel futuro grazie alla sua memoria.

2. - La compressione delle garanzie costituzionali.

I Decreti emessi in connessione col fenomeno «quarantena» non dettano espressamente la disciplina della frequentazione tra genitori e figli in costanza di separazione e divorzio, circostanza che impone una ricostruzione, o meglio un tentativo, che deve necessariamente procedere entro il crescendo delle misure ordinate nell'arco temporale di relativamente pochi giorni.

L'avvio di questa normativa speciale risale alla **Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020** con cui è stato preso atto della dichiarazione di emergenza internazionale dichiarata dall'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020, delle raccomandazioni di quest'ultima circa la necessità di applicare misure adeguate a tutela della salute e della

L'affidamento condiviso, Milano, 2006, 175; L. D'AVACK, *Affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Famiglia*, 2006, 610; S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 300; M. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, LVI, Milano, 2007, 670 ss.; A. ARCERI, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2007, 122; A. SCALISI, *Il diritto del minore alla «bigenitorialità» dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. dir.*, 2007, 528; G.F. BASINI, *La nonna, Cappuccetto Rosso, e le visite: del c.d. «diritto di visita» degli avi*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 442 ss.; F. TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, 298; G. BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, esclusivo e mutamenti*, in *L'affidamento condiviso*, cit., 29 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *I soggetti del processo*, in M. SESTA-A. ARCERI (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2012, 668.; R. CASSIBBA-M.B. SAPONARO, *Il diritto dei minori alla bigenitorialità*, Milano, 2013; E. Olivetta, *Separazione e bigenitorialità*, Catania, 2017.

incolumità pubblica, della conseguente necessità di procedere al potenziamento delle strutture sanitarie e al controllo delle frontiere aeree e terrestri.

Ne è scaturita, «Tenuto conto che detta situazione di emergenza, per intensità ed estensione, non è fronteggiabile con mezzi e poteri ordinari», la dichiarazione dello stato di emergenza per sei mesi (cioè sino al 31 luglio 2020) ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), e dell'art. 24, comma 1, d.lgs. n. 1 del 2018 (Codice della protezione civile).

Si tratta del tipo di intervento più grave tra quelli previsti dal nostro ordinamento, atteso che l'art. 7, comma 1, lett. c), evoca «Emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24».

Quest'ultimo, dal canto suo prevede che con la dichiarazione dello stato d'emergenza il Consiglio dei Ministri autorizza l'emanazione di ordinanze di protezione civile, le quali possono essere assunte «in deroga ad ogni disposizione vigente», ma «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea»; qualora esse rechino effettivamente deroga alle leggi vigenti «devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate»⁵.

Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv., con modificazioni, nella l. 5 marzo 2020, n. 13, ha previsto la possibilità di massima incisività delle misure via via adottate con i decreti successivi.

Non è qui possibile soffermarsi nel dettaglio sul contenuto di questo decreto, ma ritengo significativo perlomeno ricordare che l'art. 1 elenca una serie di misure, peraltro non specificamente individuate, incidenti su diritti e libertà costituzionali, quali la libertà personale e il diritto di circolazione sul territorio (art. 13 e 16 Cost.), i diritti di riunione e di professione religiosa (artt. 17 e 19 Cost.), il diritto al lavoro e all'iniziativa economica (artt. 4, 35, 41), i diritti all'istruzione e alla cultura (artt. 9, 33,

⁵ G.U. 1° febbraio 2020, Serie Generale, Anno 161, n. 161,

34), oltre a una serie di ulteriori sospensioni, per esempio quelle concernenti i bandi di concorso, chiusura o limitazione di uffici pubblici di pubblica utilità ⁶.

Come noto, sulla base di questa legge sono stati emanati ulteriori decreti-legge, decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri e una serie ordinanze dei ministri di volta in volta più direttamente coinvolti ⁷.

3. - La normativa emergenziale nell'ottica del diritto di frequentazione. Il d.P.C.M. 9 marzo 2020: sì alla frequentazione.

In tutti i provvedimenti adottati, il problema della frequentazione genitori-figli non è stato specificamente nominato e la soluzione deve, dunque, essere rinvenuta nella normativa più generale dettata per gli «spostamenti», in particolare nei decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, pubblicati l'8 marzo 2020, il 9 marzo 2020 e il 22 marzo 2020, oltre all'ordinanza del Ministro della salute del **20 marzo 2020**.

Ripercorriamo il crescendo di misure nell'ottica, che qui interessa, della frequentazione tra genitori separati/divorziati e figli minori.

Il primo d.P.C.M., 8 marzo 2020, concernente unicamente le, così dette, «zone rosse» (Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanco-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia), all'art. 1, comma 1, lett a), stabiliva di: «a) evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza; (...)».

⁶ Sulle modalità con cui si è inciso sui diritti costituzionali evidenzia criticità PINTO, *La tremenda lezione del Covid-19 (anche ai giuristi)*, cit., § 2, oltre agli altri costituzionalisti intervenuti sui media di cui dà conto la stessa PINTO, nota 17, che qui riporto: M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in *LaRepubblica*, 3 marzo 2020; L. CUOCOLO, *Intervista*, in *Genova24.it*, 11 marzo 2020; M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avenire*, 11 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un Dpcm*, in *IlSole24Ore*, 13 marzo 2020; L. CASAROTTI, *L'emergenza per decreto*, in *jacobinitalia.it*, 13 marzo 2020; M. PLUTINO, *I decreti di Conte sul Coronavirus*, in *IlRiformista*, 14 marzo 2020.

⁷ Tutta la normazione urgente è reperibile sul sito ufficiale del Governo, in <http://www.governo.it/it/approfondimento/coronavirus-la-normativa/14252>.

Il **d.P.C.M. 9 marzo 2020**, con l'**art. 1** ha esteso tale norma a tutto il territorio nazionale ⁸.

Nel vigore di questi provvedimenti era stato pacificamente ritenuto che accompagnare i figli dalla casa di un genitore all'altro, sia entro lo stesso comune sia fuori dal comune, rientrasse tra le specifiche ragioni in grado di giustificare, con autocertificazione, lo spostamento.

L'argomentazione principale a sostegno di questa conclusione consisteva nel rilievo che i figli di genitori separati/divorziati hanno due domicili, coincidenti con ciascuna delle abitazioni dei genitori, e quindi gli spostamenti tra gli stessi rientrassero nella previsione che consente «il rientro presso l'abitazione, il domicilio o la residenza».

In questo senso aveva anche chiarito, opportunamente sottraendo la questione alle ricostruzioni interpretative, il sito del Governo Italiano che, tra le FAQ pubblicate il 10 marzo 2020, indicava al punto n. 13 che «sì, gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio».

Il riferimento alle FAQ ricorre anche nella pronuncia del **Tribunale di Milano dell'11 marzo 2020**, la quale ha «ritenuto che le previsioni di cui all'art. 1, comma 1, lettera a), del dP.C.M. 9 marzo 2020 n. 11 non siano preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori, laddove consentono gli spostamenti finalizzati a rientri presso la "residenza o il domicilio", sicché alcuna "chiusura" di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti».

Lo stesso provvedimento escludeva, nel contempo, che la mancata consegna all'altro genitore del minore temporaneamente in altro domicilio (quello del nuovo compagno del genitore in quel momento col figlio) non costituisse un grave inadempimento ai sensi dell'**art. 709-ter c.p.c.**

⁸ Per una lettura nell'ottica dell'impatto sul corrente svolgimento dell'attività giudiziaria G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da Covid-19*, in *Judicium*, in <http://www.judicium.it/decreto-legge-8-marzo-2020-n-11-differimento-delle-udienze-sospensione-dei-termini-processuali-civili-contrastare-lemergenza-covid-19/>.

Anche con riferimento agli spostamenti per accompagnare i figli dai nonni o per riprenderli all'inizio o al termine della giornata di lavoro, le FAQ offrono delucidazioni nei limiti che seguono: «Ciò è ammesso solo in caso di estrema necessità, se entrambi i genitori sono impossibilitati a tenere i figli con sé per ragioni di forza maggiore. In tale caso i genitori possono accompagnare i bambini dai nonni, percorrendo il tragitto strettamente necessario per raggiungerli e recarsi sul luogo di lavoro, oppure per andare a riprendere i bambini al ritorno. Ma si sottolinea che ciò è fortemente sconsigliato, perché gli anziani sono tra le categorie più esposte al contagio da COVID-19 e devono quindi evitare il più possibile i contatti con altre persone. È quindi assolutamente da preferire che i figli rimangano a casa con uno dei due genitori che usufruiscono di modalità di lavoro agile o di congedi».

4. - Ordinanza del Ministero della salute 20 marzo 2020: il divieto di spostarsi verso le “seconde case”. Non estensibilità del divieto alla frequentazione genitori-figli.

Il quadro ha iniziato a farsi meno chiaro in seguito, all'ordinanza del Ministero della salute del 20 marzo 2020 (prorogata sino al 3 aprile dall'art. 2, d.C.P.M. 22 marzo), la quale, inasprendo le misure restrittive con riferimento a taluni spostamenti ha, tra l'altro, esteso l'ambito della limitazione mediante l'introduzione del riferimento al «domicilio principale». L'art. 1, comma 1, lett. d), prevede: «d) nei giorni festivi e prefestivi, nonché in quegli altri che immediatamente precedono o seguono tali giorni, è vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale, comprese le seconde case utilizzate per vacanza».

La disposizione, senza riferimenti di natura territoriale e dunque senza distinzioni tra le abitazioni all'interno o all'esterno di uno stesso comune, ha aperto al dubbio se «domicilio principale potesse essere inteso anche quello del genitore collocatario, con la conseguenza di includere nell'ambito della limitazione non soltanto la possibilità di recarsi nelle seconde case, come in effetti lascerebbe intendere la lettera della norma, ma anche gli spostamenti legati alla frequentazione genitoriale.

Mi sento di escludere un'interpretazione estensiva della limitazione tale da

coinvolgere anche la frequentazione genitori-figli per una serie di irrinunciabili considerazioni di sistema.

La prima e più lineare, è porta dai criteri interpretativi contenuti nelle preleggi tra i quali, notoriamente, si rinviene nell'art. 12, comma 1, quello del vincolo al «senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e l'intenzione del legislatore»⁹: la norma dell'ordinanza in commento, vieta espressamente lo «spostamento verso le seconde case», intendendo cogliere gli spostamenti che nel fine settimana molti fanno verso la casa vacanze; in questo contesto il «domicilio principale» è espressione utilizzata per precisare, a contrario, il significato di «seconda casa» e nulla, né specifici termini né la loro concatenazione, porgono il riferimento al regime di frequentazione. Nemmeno il domicilio del genitore non collocatario può essere assimilato a una seconda casa.

Ancora in seno ai criteri interpretativi, l'art. 14 vieta l'applicazione di leggi eccezionali, nell'ambito delle quali si colloca senz'ombra la decretazione d'urgenza in discorso, «oltre i casi e i tempi in esse considerati»¹⁰.

A questi rilievi, già decisivi, mi parrebbe che potesse anche aggiungersi una considerazione sulle fonti, che pone l'ordinanza del Ministro della salute, pur temporalmente successiva (20 marzo), in posizione subordinata rispetto al decreto del Consiglio dei Ministri 9 marzo 2020, n. 11, con la conseguenza di aprire perlomeno a qualche perplessità circa la sua possibilità di limitare un'attività che nell'operatività di quello era ritenuta esercitabile¹¹.

⁹ U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1959, 140; R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di G. ALPA-A. GUARNERI-P.G. MONATERI-G. PASCUZZI-R. SACCO, Torino, 1999, p. 159; P.G. MONATERI, voce *L'interpretazione del diritto*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 2010, 32; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, 109.

¹⁰ F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, 520; L. PICOTTI, *Il principio di legalità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*. F. BRICOLA-G. ZAGREBELSKY, Torino, 1996, 53; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 368; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1995, 44 ss.; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2016, 21 ss.; M.F. TENUTA, *Diritto dell'interpretazione*, Roma, 2019.

¹¹ Sulle fonti e la loro gerarchia, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giuri. cost.*, 1988, p. 1494; T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 863.

5. - Il d.P.C.M. 22 marzo 2020: limitazione degli spostamenti fuori area comunale solo per comprovate esigenze di assoluta urgenza. Verosimile applicabilità anche alla frequentazione genitori-figli.

Il problema della frequentazione pare, piuttosto, essersi posto con l'**art. 1, comma 1, lett. b), del successivo d.P.C.M. 22 marzo 2020**, il quale, sempre con riferimento agli «spostamenti» intesi in via generale, ha disposto: «b) è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; conseguentemente all'**art. 1, comma 1, lett. a), del d.P.C.M. 8 marzo 2020** le parole «È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza» sono soppresse».

La coeva, ulteriore, ordinanza del Ministero della salute (22 marzo), dal canto suo, all'**art. 1, comma 1**, prescrive: «Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19, è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati in comune diverso da quello in cui si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute».

Questa ordinanza, ai sensi del suo **art. 2**, produce effetto dal 22 marzo 2020 sino all'entrata in vigore di un nuovo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

L'inasprimento tra il d.P.C.M. 9 marzo 2020 e quello del 22 marzo, si coglie chiaramente nelle circostanze che legittimano gli spostamenti, individuate nel primo da una *situazione di necessità* e nel secondo da *comprovate esigenze di assoluta urgenza*.

Il decreto del 22 marzo aggiunge anche un elemento non secondario di incertezza, costituito dal riferimento al limite territoriale comunale per gli spostamenti. Le *comprovate esigenze di assoluta necessità* compaiono, infatti, solo per gli spostamenti *extracomunali*.

Il tenore generale del divieto si estende anche, a parere di chi scrive, alle frequentazioni genitori-figli bisognose di varcare il confine comunale, valevole, ovviamente, tanto per il genitore collocatario che per il non collocatario.

L'espressa abolizione della possibilità di fare ritorno nel proprio domicilio attuata dal decreto del 22 marzo, significa, dunque, che il minore, quand'anche si trovasse nella casa del genitore non collocatario, è in quella che deve restare, considerato il divieto di spostamenti, sino all'efficacia del decreto medesimo, fissata al 3 aprile; se si trova presso il collocatario, analogamente non potrà spostarsi verso il proprio domicilio presso l'altro genitore.

Tali spostamenti resterebbero limitati alla ricorrenza delle comprovate esigenze di assoluta necessità, circostanze, dunque, di carattere eccezionale da cui si sottrae la "normale" frequentazione in discorso.

L'aspetto che lascia maggiormente perplessi è l'assunzione del territorio comunale quale area di riferimento per gli spostamenti che, riguardo alla frequentazione genitori-figli, mostra la corda forse più che in altri ambiti. La considerazione che scaturisce riguarda, infatti, la constatazione che vi sono comuni molto ampi entro i quali gli spostamenti possono essere di considerevole chilometraggio, ammessi dalla ricordata norma, mentre gli spostamenti *extra* comunali, anche quando implicano spostamenti insignificanti come sovente accade tra comuni limitrofi, sono esclusi salva la ricorrenza di una comprovata esigenza di assoluta necessità.

Si tratta di una diversità di trattamento che non trova giustificazione funzionale e giuridica, nemmeno nelle esigenze sanitarie del periodo attuale.

Non ritengo, per le ragioni già esposte con riferimento all'ordinanza ministeriale del 20 marzo, che il divieto possa estendersi alle situazioni intracomunali al solo fine di uniformare le posizioni.

6. - Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19: sì alla frequentazione genitori-figli.

In questo complesso panorama normativo è da ultimo stato adottato il **d.l. 25 marzo 2020, n. 19**, pubblicato in pari data nella G.U ed entrato in vigore il giorno successivo alla pubblicazione ¹².

Il decreto-legge prevede, all'art. 1, comma 1, che possano «essere adottate

¹² Pubblicato in G.U. Serie Generale, n. 79 del 25 marzo 2020, entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione.

secondo quanto previsto dal presente decreto, una o più misure tra quelle di cui al comma 2, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020 e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus». Tra le misure del richiamato "comma successivo" è prevista alla lettera a), la « a) limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora, se non per spostamenti individuali, limitati nel tempo e nello spazio e motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni;».

La scomparsa del riferimento al territorio comunale e alle comprovate esigenze di assoluta necessità del d.P.C.M. del 22 marzo e dell'ordinanza del Ministero della salute di pari data, fa rivivere il diritto alla frequentazione genitori-figli, sia entro sia fuori del territorio comunale in quanto spostamento suscettibile di integrare le *specifiche ragioni* contemplate dal decreto (ovviamente nei modi e nei limiti previsti dalle condizioni che la disciplinano).

Questa "liberalizzazione" parrebbe, lettera delle norme alla mano, destinata, tuttavia, a operare successivamente alla data del 3 aprile la quale, come si è ricordato poco sopra, costituisce la data di espirazione del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e dell'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo.

Ciò costituisce conclusione derivante dalle norme di coordinamento che lo stesso **d.l. n. 19 del 2020** detta rispetto alla normativa emanata nell'ultimo mese (tra cui l'abrogazione del **d.l. 26 febbraio 2020, n. 6**, ad eccezione degli **artt. 3**, comma 6-*bis*, e 4, e dell'**art. 35 d.l. 2 marzo 2020, n. 9**, entrambi convertiti in legge).

L'art. 2, comma 3, del decreto sancisce, tra l'altro, che «(...) Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni e, entro tale termine, sono sottoposte a verifica di persistente adeguatezza e proporzionalità ai fini della loro conferma con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 ovvero,

per le ordinanze dei comuni, per la loro eventuale conferma secondo quanto previsto dall'articolo 3».

L'espressione «per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore» riferita ai decreti nominati, tra cui il d.P.C.M. del 22 marzo, significa, dunque, che la vigenza di quest'ultimo è destinata a protrarsi sino alla data della sua espirazione del 3 aprile 2020, con le limitazioni, e le contraddizioni, di cui si è detto e salva diversa decretazione a venire.

Il condizionale sopra usato è d'obbligo, poiché le FAQ del 26 marzo, dunque successive al **d.l. 25 marzo 2020, n. 19**, ripetono il tenore originale, cioè quello già sopra riportato antecedente al 22 marzo, sia per i genitori, sia per i nonni¹³.

Secondo queste ultime esta, dunque, consentito lo spostamento anche *extracomunale* tra i domicili dei genitori del minore.

Poiché le FAQ fanno riferimento alle «modalità previste dal giudice, con ciò includendo senz'altro i provvedimenti resi nel corso del procedimento giurisdizionale ma anche quelli omologati e quelli esiziali dalla negoziazione assistita, assimilati a quelli giudiziali dall'**art. 6 d.l. n. 132 del 2014**, convertito nella **L. n. 162 del 2014**¹⁴.

Qualche dubbio potrebbe restare per il regime di visita per i figli di coppie non sposate, o separate di fatto, concordato tra i genitori nell'esercizio della loro responsabilità, ma privo di *imprimatur* giurisdizionale.

¹³ Le FAQ, che possono leggersi all'indirizzo <http://www.governo.it/it/faq-iorestoacasa>, riportano: «Sono separato/divorziato, posso andare a trovare i miei figli? Sì, gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio».

«È possibile spostarsi per accompagnare i propri figli dai nonni o per andarli a riprendere all'inizio o al termine della giornata di lavoro?».

«Ciò è ammesso solo in caso di estrema necessità, se entrambi i genitori sono impossibilitati a tenere i figli con sé per ragioni di forza maggiore. In tale caso i genitori possono accompagnare i bambini dai nonni, percorrendo il tragitto strettamente necessario per raggiungerli e recarsi sul luogo di lavoro, oppure per andare a riprendere i bambini al ritorno. Ma si sottolinea che ciò è fortemente sconsigliato, perché gli anziani sono tra le categorie più esposte al contagio da Covid-19 e devono quindi evitare il più possibile i contatti con altre persone. È quindi assolutamente da preferire che i figli rimangano a casa con uno dei due genitori che usufruiscono di modalità di lavoro agile o di congedi».

¹⁴ P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 1083; L. QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 843; L. CIAURRO, *Ddl unioni civili e criticità procedurali: sessantanove commi da raccontare*, in *Rass. parl.*, 2016, 103.

Mi pare che il chiarimento offerto dalle FAQ possa essere considerato inclusivo di queste ipotesi, nelle quali il richiamo alla regolamentazione dettata dal giudice ha lo scopo, non di costituire una condizione della frequentazione, ma di evitare che la situazione d'emergenza sanitaria sia utilizzata per ampliare o per restringere la frequentazione medesima.

**VI
LAVORO**

17.

Ammortizzatori sociali per Covid-19 e la schizofrenia normativa: dalla conversione del d.l. Cura Italia al d.l. Rilancio

1. - Introduzione.

Con la **L. n. 27 del 24 aprile 2020**, pubblicata in G.U. in data 29 aprile 2020 ed entrata in vigore il 30 aprile 2020, il Parlamento convertiva in legge il c.d. d.l. Cura Italia, emanato in data 17 marzo 2020 e contenente le principali misure per far fronte, a livello sociale, economico e lavorativo, all'epidemia da Covid-19.

La legge di conversione apportava alcuni correttivi necessari al testo normativo, la cui esigenza era sorta dalle difficoltà riscontrate nella fase di applicazione concreta delle singole disposizioni, soprattutto, in tema di gestione dei rapporti di lavoro, con riferimento agli ammortizzatori sociali c.d. emergenziali ed al divieto generale di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e di avviare procedure di licenziamento collettivo, con sospensione di quelle in corso ¹. Restavano, tuttavia, alcune criticità, soprattutto con riferimento al divieto di licenziamento nelle ipotesi di

¹ Con riferimento a questo aspetto, che non sarà approfondito nell'articolo, ci limitiamo ad evidenziare che la legge di conversione, emendando l'art. 46 d.l. 18 del 2020, ha escluso dal campo di applicazione della preclusione, i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo comunicati a seguito di cambio di appalto nelle ipotesi in cui ad esso sia seguita «la riassunzione del dipendente a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto».

cessazione totale dell'attività di impresa ², che il legislatore non riteneva di risolvere.

La medesima legge, infine, da un punto di vista strutturale, incorporava il contenuto del **d.l. n. 9 del 2020**, in materia di misure di contrasto della diffusione del Covid-19 nelle originarie "zone rosse", comprese quelle relative agli ammortizzatori sociali, con conseguente abrogazione del medesimo decreto legge ed espressa salvezza degli effetti medio tempore prodottisi e dei rapporti giuridici medio tempore sorti.

In sostanza, con riferimento agli ammortizzatori sociali emergenziali, il **d.l. n. 18 del 2020**, all'esito della conversione operata dalla **L. n. 27 del 2020**, rappresentava un corpus normativo sistematico e complessivo, così da assicurare al rango di testo unico della materia in esame.

Nonostante il chiaro indirizzo espresso in materia di ammortizzatori sociali emergenziali dal Parlamento, che, in sede di conversione del d.l. Cura Italia, riteneva non necessario l'espletamento di alcuna procedura sindacale, il Governo, a distanza di pochi giorni, nel **d.l. n. 34 del 2020**, c.d. Rilancio, pubblicato in G.U. il 19 maggio 2020, con atteggiamento che, per usare un'eufemia, si può definire incoerente e contraddittorio, ha reinserito, negli articoli del d.l. Cura Italia emendati dall'organo legislativo, proprio le locuzioni da questi cassate perchè non meritevoli di conversione.

2. - Cigo ed assegno ordinario FIS per emergenza Covid-19. Le relazioni industriali sono una cosa seria.

Nel testo del decreto-legge, in tema di ammortizzatori sociali ordinari ³, il

² Poiché, infatti, la decisione di cessare l'attività d'impresa è diretta espressione del diritto costituzionalmente garantito di libera iniziativa economica privata (cfr. Cass., 22 novembre 2016, n. 23736, secondo cui la scelta di cessare l'attività costituisce «esercizio incensurabile della libertà di impresa garantita dall' art. 41 Cost.»), non aver previsto, in sede di conversione in legge dell'art. 46 d.l. 18 del 2020, la deroga al divieto di licenziamento anche in queste ipotesi, pone seri problemi di compatibilità della norma con la Carta Fondamentale.

³ Si ritiene che gli ammortizzatori sociali disciplinati dal d.l. Cura Italia non siano ontologicamente distinti da quelli previsti dal d.lgs. n. 148 del 15 ma che si differenzino da questi solo nella relativa disciplina, attraverso il meccanismo delle deroghe espressa alle disposizioni generali in materia di ammortizzatori sociali contenute nel suddetto testo normativo. Sulla disciplina generale degli ammortizzatori sociali contenuta nel D.lgs. n. 148 del 2015, cfr., tra i numerosi contributi, D. GAROFALO, *La disciplina comune CIGO del CIGS*, in E.

Governo, pur derogando alla disciplina generale in tema di informazione e consultazione sindacale per CIGO ed Assegno ordinario FIS di cui all'art. 14 d.lgs. n. 148 del 2015⁴, aveva comunque, mantenuto, all'art. 19, un obbligo di informazione, consultazione e confronto sindacale, da esaurirsi entro tre giorni dall'avvio e da espletare preventivamente rispetto alla formulazione dell'istanza Inps. Questo obbligo, inserito su pressante istanza delle organizzazioni sindacali nella fase preparatoria del testo normativo, tuttavia, si era rivelato inadeguato ed inopportuno non solo per i datori di lavoro ma, persino, per la stessa parte sindacale.

Ed invero, sotto il primo profilo, il necessario esperimento della proce-

BALLETTI-D. GAROFALO (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2. Commento al decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Bari, 2016, 19; D. GAROFALO, *La riforma della CIGS*, in E. BALLETTI-D. GAROFALO (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2. Commento al decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Bari, 2016, 79; V. DE MICHELE, *I trattamenti integrativi salariali ordinari nel d.lgs. n. 148 del 2015*, in E. BALLETTI-D. GAROFALO (a cura di), *La riforma della Cassa integrazione guadagni nel Jobs Act 2. Commento al decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Bari, 2016; M. CINELLI-C.A. NICOLINI, *L'attuazione del Jobs Act nei decreti di settembre-nuovo assetto delle discipline degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 245 ss. P. BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme*, in *Dir. lav. merc.*, III, 2015, 524. M. MISCIONE, *La Cassa integrazione dopo in Jobs Act*, in *Dir. prat. lav.*, 15, 2016.

⁴ A mente del quale: «1. Nei casi di sospensione o riduzione dell'attività produttiva, l'impresa è tenuta a comunicare preventivamente alle rappresentanze sindacali aziendali o alla rappresentanza sindacale unitaria, ove esistenti, nonché alle articolazioni territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, le cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, l'entità e la durata prevedibile, il numero dei lavoratori interessati. 2. A tale comunicazione segue, su richiesta di una delle parti, un esame congiunto della situazione avente a oggetto la tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi dell'impresa. 3. L'intera procedura deve esaurirsi entro 25 giorni dalla data della comunicazione di cui al comma 1, ridotti a 10 per le imprese fino a 50 dipendenti. 4. Nei casi di eventi oggettivamente non evitabili che rendano non differibile la sospensione o la riduzione dell'attività produttiva, l'impresa è tenuta a comunicare ai soggetti di cui al comma 1 la durata prevedibile della sospensione o riduzione e il numero dei lavoratori interessati. Quando la sospensione o riduzione dell'orario di lavoro sia superiore a sedici ore settimanali si procede, a richiesta dell'impresa o dei soggetti di cui al comma 1, da presentarsi entro tre giorni dalla comunicazione di cui al primo periodo, a un esame congiunto in ordine alla ripresa della normale attività produttiva e ai criteri di distribuzione degli orari di lavoro. La procedura deve esaurirsi entro i cinque giorni successivi a quello della richiesta. 5. Per le imprese dell'industria e dell'artigianato edile e dell'industria e dell'artigianato lapidei, le disposizioni di cui ai commi da 1 a 4 si applicano limitatamente alle richieste di proroga dei trattamenti con sospensione dell'attività lavorativa oltre le 13 settimane continuative. 6. All'atto della presentazione della domanda di concessione di integrazione salariale deve essere data comunicazione dell'esecuzione degli adempimenti di cui al presente articolo». La norma in questione viene espressamente richiamata, per quanto concerne la procedura per l'accesso al FIS, dall'art. 30.

dura aveva gravato i datori di lavoro (ed i loro consulenti), nell'apice dell'emergenza, di un onere sostanziale, la cui portata, in ragione della genericità ed equivocità del testo normativo, era risultata essere fortemente incerta per quanto concerne l'individuazione degli interlocutori ed il contenuto dell'informativa. L'assenza di ogni riferimento circa il contenuto e gli interlocutori della procedura sindacale aveva, dunque, costretto gli interpreti a recuperare proprio i riferimenti contenuti nell'**art. 14 d.lgs. n. 148 del 2015**, nonostante la loro espressa deroga da parte della norma in esame, ed, in particolare a ritenere applicabile analogicamente, stando la similitudine delle due fattispecie, quanto previsto dal comma 4 di tale norma ⁵, in materia di procedura di informazione e consultazione sindacale nei casi di cassa integrazione ordinaria per evento imprevisto ed oggettivamente non evitabile ⁶. Di conseguenza, con riferimento alla prima questione, gli interlocutori erano stati identificati nelle RSU del RSA, se esistenti, e nelle articolazioni territoriali ⁷ delle organizzazioni

⁵ Propende per l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 14 d.lgs. n. 148 del 15, precisando che quest'ultima, da norma derogata, diviene norma supplente necessaria per colmare le lacune dell'art. 19 d.l. 18 del 2020, M. MARRUCCI, *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in *Giustiziacivile.com*. Questa conclusione è condivisa anche dal Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, anche se con riferimento agli ammortizzatori sociali emergenziali originariamente introdotti dal d.l. 9 del 2020 (come detto, ora trasfusi nel d.l. 18 del 2020, a seguito della conversione in legge), per le sole c.d. Zone Rosse, come chiarito nella circolare n. 38 dell'8 aprile 2020. Questa presa di posizione del Ministero, tuttavia, con riferimento all'interpretazione dell'art. 13 sopra richiamato appare erronea, in quanto quest'ultima norma contiene la deroga all'art. 14 d.lgs. n. 148 del 15 nella sua interezza e non solo al comma 1, senza fare salva alcuna procedura di informazione e consultazione con le OO.SS., come, invece, previsto dall'art. 19 d.l. 18 del 2020, nella formulazione precedente alla Legge di conversione.

⁶ Il Decreto interministeriale n. 95442 del 15 aprile 2016, emanato in attuazione di quanto previsto dall'art. 16, comma 2, d.lgs. n. 148 del 15, ha tipizzato le seguenti ipotesi di eventi imprevisi ed oggettivamente non evitabili: eventi meteo (art. 6), sciopero di un reparto o di un'altra impresa (art. 7), calamità naturali, sospensione dell'attività per provvedimento dell'autorità (art. 8), guasti dei macchinari e manutenzione straordinaria (art. 9).

⁷ In applicazione della regola generale ricavabile dal d.lgs. n. 148 del 15, per individuare le organizzazioni sindacali territorialmente competenti, occorre fare riferimento all'unità produttiva a cui afferiscono i lavoratori per cui si richiede l'ammortizzatore sociale. Sul concetto di unità produttiva, cfr., in dottrina, C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova, 1983; più di recente, F.V. PONTE, *Brevi riflessioni intorno alla nozione di unità produttiva, tra la distribuzione delle tutele e il limite all'applicazione dello statuto dei lavoratori*, *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1401. Sulla necessità del superamento della nozione strettamente fisica di unità produttiva, proprio con riferimento all'esercizio dei diritti sindacali, in ragione della frammentazione dell'impresa conseguente allo sviluppo della Gig economy, cfr. A. DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, in *Labour & law issues*, 2019, 100 ss. In giurisprudenza, cfr., *ex plurimis*, Cass., 22 luglio 2016, n. 15211, secondo

sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale ⁸,

cui: “ per unità produttiva deve intendersi non ogni sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto dell’impresa, ma soltanto la più consistente e vasta entità aziendale che eventualmente articolata in organismi minori, anche non ubicati tutti nel territorio del medesimo comune, si caratterizzi per condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa tali che in essa si esaurisca per intero il ciclo relativo ad una frazione o ad un momento essenziale dell’attività produttiva aziendale “. L’Inps, nelle proprie circolari in materia di cassa integrazione guadagni, dando atto dell’inesistenza di una definizione normativa, fa propria la definizione di unità produttiva fornita dalla giurisprudenza (cfr., da ultimo, circ. n. 197 del 2015).

⁸ Il concetto di sindacato comparativamente più rappresentativo, che ha sostituito quello del sindacato maggiormente rappresentativo, seppur utilizzato, a più riprese, dal legislatore, è privo di una definizione normativa e, dunque, pone numerosi problemi interpretativi. Nel corso degli anni dottrina e giurisprudenza (anche amministrativa), hanno cercato di individuare parametri oggettivi per definire, prima, la “maggiore rappresentatività” e, attualmente, la “maggiore rappresentatività comparata”, senza, tuttavia, approdare a conclusioni univoche. A tale scopo, sono stati utilizzati alcuni indici, applicati dalla giurisprudenza amministrativa e di merito (Cons. Stato, sez. VI, 22 Febbraio 2007, n. 971; Trib. Pavia, 26 Febbraio 2019, n. 80) e richiamati in fonti amministrative (Decreto Ministero del Lavoro, 15 Luglio 2014, n. 14280-ter), in grado di esprimere la capacità dell’associazione di porsi come valido interlocutore. I predetti indici sono identificabili: nella presenza di una significativa consistenza numerica degli associati e delle singole organizzazioni sindacali; nell’ampiezza e diffusione di un’organizzazione articolata su tutto il territorio nazionale; nella partecipazione alla formazione e stipulazione dei contratti collettivi di lavoro; nell’intervento nelle controversie di lavoro individuali, plurime e collettive. Seppure tali indici sono speculari a quelli conosciuti, in passato, dalla giurisprudenza di legittimità, per determinare la maggiore rappresentatività collettiva (*ex multis*, Cass., sez. lav., 10 Luglio 1991, n. 7622; Cass., sez. lav., 22 Agosto 1991, n. 9027), le due nozioni di “maggiore rappresentatività” e di “rappresentatività comparativa” restano distinte. Con la locuzione sindacato maggiormente rappresentativo il legislatore voleva attribuire specifiche prerogative e diritti alle associazioni sindacali operanti in determinati contesti lavorativi, rispetto alle quali l’analisi sulla rappresentatività doveva tenere adeguatamente conto della necessità di tutelare il principio del pluralismo, sì da evitare che un deficit in termini astratti di rappresentatività si traducesse in una sostanziale compromissione dell’esercizio delle libertà di azione sindacale costituzionalmente garantite. Dunque, la nozione di maggiore rappresentatività riguarda una “accezione inclusiva”, non riferendosi ad una comparazione fra le varie confederazioni nazionali, ma ad una effettività della loro forza rappresentativa (Corte cost., 23 Luglio 2013, n. 231). In dottrina, si v. G. GIUGNI, *Libertà sindacale*, in *Dig. Comm.*, 1993, IX, punto 19, e P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, Giuffrè, 2000. Diversamente, la differente definizione di associazioni comparativamente più rappresentative presuppone una selezione delle associazioni sindacali, sulla base di una valutazione comparativa della effettiva capacità di rappresentanza di ciascuna di esse. E ciò al fine di subordinare il godimento di determinate prerogative alla effettiva capacità rappresentativa delle organizzazioni soggette al giudizio comparativo (TAR Lazio, 8 Febbraio 2018, n. 1522). Una prima ed auspicabile soluzione a tale problema potrebbe rinvenirsi nell’utilizzo dei criteri quantitativi definiti da tempo negli accordi interconfederali, ed in particolare nel TU sulla rappresentanza del 2014 (cfr., di recente, Trib. Roma, 3 Giugno 2019), che detta i seguenti indici: Dato associativo: Risultante dal numero di deleghe dei lavoratori iscritti; Dato elettorale: Risultante dalle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie (RSU). Sul concetto di sindacato comparativamente più rappresentativo, cfr., da ultimo, P. TOMASETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81 del 2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2 del XXVI, Milano, Giuffrè, 2016, 367 ss.

mentre, per quanto concerne il contenuto dell'informativa, lo stesso era stato individuato nel numero dei lavoratori interessati e nella durata prevedibile della sospensione.

In secondo luogo, la procedura imposta si era rivelata un *boomerang* per le stesse organizzazioni sindacali che si sono viste sommerse di migliaia e migliaia di comunicazioni da parte dei datori di lavoro, che hanno reso impossibile, anche per la brevità del termine stabilito per la conclusione del confronto, un efficace esercizio delle loro tradizionali prerogative, tanto che, nella maggior parte dei casi, il confronto non è stato attivato o è stato sostituito dall'invio ai datori di lavoro di un'autorizzazione generalizzata al ricorso all'ammortizzatore, senza previa verifica.

In sostanza, la procedura si era rivelata un mero onere a carico del datore di lavoro, già fortemente scosso dall'emergenza, senza alcun corrispondente vantaggio per le organizzazioni sindacali, trovatesi nell'impossibilità di espletare la loro funzione di controllo (peraltro, non necessaria, in una situazione di emergenza straordinaria), per i tempi ristretti, la mole di domande e le difficoltà dettate dall'utilizzo dello strumento telematico.

Per questa ragione, in sede di conversione, nell'art. 19, comma 2, veniva soppressa la locuzione «fermo restando l'informazione, la consultazione e l'esame congiunto che devono essere svolti anche in via telematica entro i tre giorni successivi a quello della comunicazione preventiva»⁹. Di conseguenza, a decorrere dall'entrata in vigore della **L. n. 27 del 2020** (30 aprile 2020), per accedere agli ammortizzatori sociali sarebbe stata sufficiente la presentazione della relativa istanza, in via amministrativa, all'Inps, oltre ovviamente alla comunicazione ai singoli lavoratori di riduzione o sospensione della loro prestazione lavorativa.

La portata innovativa della norma, tuttavia, risultava essere, già in concreto, vanificata dal fatto che la stragrande maggioranza delle imprese ha già ampiamente esperito la procedura sindacale per l'accesso agli ammor-

⁹ Così, in sostanza, adottando una soluzione analoga a quella prevista, sin dall'inizio, dall'art. 13 del d.l. 9 del 2020, in tema di ammortizzatori sociali emergenziali per le c.d. zone rosse, originariamente individuate dall'all. 1 d.P.C.M. 1° marzo 2020.

tizzatori sociali, essendosi gli effetti dell'emergenza sanitaria verificati ormai da quasi due mesi ¹⁰.

Uno spunto di riflessione interessante era rappresentato dall'individuazione del momento di efficacia delle modificazioni apportate all'**art. 19, comma 2, d.l. 18 del 2020** in sede di legge di conversione, e, dunque, dalla valenza *ex nunc* od *ex tunc* della soppressione dell'obbligo di informazione, consultazione e confronto sindacale. La questione prospettata ha una forte rilevanza operativa in tutti quei casi in cui il datore di lavoro, per le più svariate ragioni, avesse omesso l'attivazione della procedura ovvero non abbia effettuato il confronto, nonostante la tempestiva richiesta, in tal senso, da parte delle organizzazioni sindacali. In applicazione del disposto normativo ante conversione, in queste ipotesi (sicuramente nella prima), il datore di lavoro sarebbe potuto andare incontro non solo all'attivazione, da parte delle organizzazioni sindacali, del procedimento speciale **ex art. 28 L.n. 300 del 1970** volto alla repressione della condotta antisindacale certamente posta in essere ¹¹, ma, addirittura, al rigetto della domanda di cassa integrazione ¹², con obbligo di corrispondere, ai dipendenti sospesi, un somma pari alla indennità perduta se non, persino, l'intero importo della retribuzione che avrebbero maturato ¹³, in entrambi i casi con

¹⁰ Secondo i dati presenti sul sito dell'Inps, al 29 aprile 2020, i beneficiari complessivi di Cassa integrazione ordinaria e assegno ordinario FIS, sono 7.903.434, a fronte della presentazione, alla medesima data, di n. 356.845 domande di CIGO e n. 178.833 domande di assegno ordinario FIS.

¹¹ Sulla configurabilità della condotta antisindacale in caso di violazione della procedura di informazione e consultazione sindacale, con riferimento alla Cassa integrazione straordinaria, cfr. Trib. Milano 13 del 2 del 2003, decr., Est. Frattin, in *Dir. lav.*, 302, secondo cui: «È antisindacale il comportamento del datore di lavoro consistito nell'omesso invio come richiesto dall'art. 5 l. 20 del 5 del 75 n. 164 e art. 2 d.P.R. 10 del 6 del 2000 n. 218 alla Rsu della comunicazione del ricorso alla Cigs per alcuni lavoratori e nell'aver pertanto proceduto alla sospensione dei lavoratori stessi in assenza di esame congiunto con la Rsu stessa»; nello stesso senso, di recente, Trib. Cassino 20 del 01 del 2020, decr., est. Gualtieri.

¹² La stessa Inps, nella circolare n. 47 del 2020, ha chiarito che l'esperimento della procedura sindacale rappresenta requisito per l'accesso all'ammortizzatore sociale, pur non richiedendone, per evidenti ragioni di semplificazione, la prova documentale in sede di proposizione della domanda amministrativa. Ciò non esclude, tuttavia, che, nella successiva istruttoria, qualora dovesse emergere la mancata attivazione della procedura, l'Istituto proceda alla revoca dell'autorizzazione alla fruizione dell'ammortizzatore.

¹³ La conseguenza a cui va incontro il datore varia a seconda dell'atteggiamento del lavoratore e della posizione assunta dall'Inps. Qualora l'Istituto non revocasse l'autorizzazione all'ammortizzatore sociale ed il solo lavoratore facesse valere l'illegittimità della procedura per mancato esperimento della informazione e consultazione sindacale (o per vizi della stessa), il datore di lavoro, in caso di accoglimento del ricorso giudiziale del lavoratore,

aggiunta dei versamenti contributivi. Non essendo questa la sede in cui poter approfondire la tematica, di amplissima portata, dell'efficacia degli emendamenti, in sede di conversione, dei decreti legge e della differenza tra quelli soppressivi e sostitutivi, da un lato, e quelli modificativi, dall'altro,¹⁴, ci si limita a rilevare che, nel caso in esame, la soluzione preferibile

verrebbe condannato al pagamento della differenza tra l'indennità percepita e la retribuzione che sarebbe spettata nel periodo di sospensione (cfr., in tal senso, Cass., n. 12056 del 2011, Pres. Miani Canevari, Rel. Filabozzi, in *Lav. giur.*, 2011, 843, secondo cui: «In caso di intervento straordinario di integrazione salariale per l'attuazione di un programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale che implichi una temporanea eccedenza di personale, il provvedimento di sospensione dell'attività lavorativa è illegittimo qualora il datore di lavoro ometta di comunicare alle OO.SS., ai fini dell'esame congiunto, gli specifici criteri, eventualmente diversi dalla rotazione, di individuazione dei lavoratori che debbono essere sospesi, e tale illegittimità può essere fatta valere dai lavoratori interessati davanti al giudice ordinario, in via incidentale, per ottenere il pagamento della retribuzione piena e non integrata». Nel caso inverso di revoca dell'autorizzazione dell'Inps, senza avvio, da parte del dipendente, di un giudizio volto all'accertamento della illegittimità della sua sospensione, il datore di lavoro sarebbe tenuto a corrispondere al lavoratore, a titolo di risarcimento dei danni, un importo pari all'integrazione salariale che lo stesso avrebbe percepito dall'Inps, in applicazione analogia dell'art. 15, comma 4, d.lgs. n. 148 del 15, in tema perdita del diritto all'integrazione salariale a causa dell'omessa o tardiva presentazione della domanda da parte del datore di lavoro (non potendosi applicare una sanzione più grave in caso di vizio nella presentazione della domanda rispetto a quella prevista per l'ipotesi più grave di omessa presentazione). Nell'ultima ipotesi in cui l'Inps revochi l'autorizzazione e, al contempo, il lavoratore faccia valere l'illegittimità della sua sospensione, sul datore di lavoro graverebbe l'onere di corrispondere allo stesso la retribuzione piena.

¹⁴ Sulla questione dell'efficacia intertemporale di norme contenute in decreti-legge e modificate o soppresse dalla legge di conversione esistono molti contrasti. Secondo un primo e tradizionale orientamento, per risolvere tale questione si dovrebbe distinguere tra emendamenti soppressivi e sostitutivi da un lato, ed emendamenti modificativi dall'altro. I primi travolgerebbero il decreto-legge con effetto *ex tunc*, i secondi avrebbero effetto solo *ex tunc*, e, pertanto, le norme contenute in un decreto-legge, e successivamente modificate dalla legge di conversione, continuerebbero ad applicarsi ai fatti avvenuti sotto la loro vigenza temporale. Questa ricostruzione è accolta anche in giurisprudenza: l'effetto *ex tunc* degli emendamenti contenuti nella legge di conversione si produce se si tratta di emendamenti soppressivi o sostitutivi, ma non di emendamenti modificativi (Cfr., in tal senso, tra le tante, C. Cost. 15 dicembre 2020, n. 367. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr., *ex multis*, Cass. 10 maggio 2016, n. 9386). Altri autori hanno, invece, contestato l'utilità della distinzione tra emendamenti soppressivi, modificativi e sostitutivi: sia per l'oggettiva difficoltà di distinguere tra "modifica" e "sostituzione" d'una norma; sia perché sul piano dogmatico sostituire una norma significa, per ciò solo, modificarla; e qualsiasi modifica normativa in altro non consiste che nel sopprimere il precedente precetto e sostituirlo con uno nuovo. Chi sostiene questa tesi conclude che la norma del decreto-legge "modificata", "sostituita" o "soppressa" è, in ogni caso, una norma "non convertita", e che pertanto perde efficacia *ex tunc*. In realtà, questa ricostruzione viene criticata osservando che costituisce un sofisma predicare l'indistinguibilità tra norme modificate e norme sostituite, distinzione che invece a livello astratto è limpida: nel primo caso (modifica) ci troveremmo al cospetto d'un decreto legge contenente una fattispecie astratta alla quale la legge di conversione aggiunge o sottrae soltanto alcuni elementi costitutivi; nel secondo caso (sostituzione) ci troveremmo al cospetto d'una legge di

appare certamente essere quella secondo cui, equivalendo l'emendamento all'art. 19, comma 2, d.l. 18 del 2020, apportato dalla l. n. 27 del 2020, ad un rifiuto parziale di conversione (emendamento soppressivo), la norma emendata, per la parte non convertita, deve considerarsi travolta con effetto *ex tunc*. Di conseguenza, doveva ritenersi venuta meno, nell'ordinamento, a decorrere dal 30 aprile 2020, la rilevanza giuridica dell'eventuale omessa attivazione della procedura di informazione e consultazione precedentemente prevista dalla norma emendata, nonché di eventuali vizi della stessa. restavano, invece, validi, efficaci e, dunque, vincolanti per i datori di lavoro gli eventuali accordi sindacali medio tempore sottoscritti all'esito della procedura di consultazione sindacale.

Come anticipato nel paragrafo introduttivo, nonostante la chiara volontà manifestata dal Parlamento in sede di conversione dell'art. 19 del d.l. Cura Italia, i cui effetti concreti, per quanto sopra detto, erano già radicalmente limitati, il Governo, nell'emanare il d.l. c.d. Rilancio, invece, di recepire l'input (vincolante, quantomeno, moralmente) del supremo organo legislativo, con atteggiamento eufemisticamente incoerente¹⁵, ha modificato proprio le norme oggetto di emendamento in sede di conversione, reintroducendo, solo per l'assegno ordinario FIS e non per la CIGO, la locuzione precedentemente cassata ("fermo restando l'informazione, la

conversione che continua a disciplinare la stessa fattispecie concreta già disciplinata da una norma contenuta nel decreto-legge, ma lo fa in modo totalmente diverso rispetto a quest'ultimo. Un terzo orientamento dottrinario, infine, ritiene che l'emendamento al decreto-legge contenuto nella legge di conversione non costituisca che «normale esercizio della funzione legislativa», e quindi non possa che avere efficacia *ex nunc*, anche quando abbia effetto soppressivo di norme contenute nel decreto. Sul punto la dottrina è vastissima, in via meramente esemplificativa, tra i più risalenti si v. C. ESPOSITO, *Emendamenti ai decreti legge*, in *Giur. cost.*, 1956, 188 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sull'efficacia nel tempo degli emendamenti soppressivi inclusi nelle leggi di conversione*, in *Giur. cost.*, 1968, 2547 ss., spec. 2555 ss.; F. SORRENTINO, *Corte cost. tra decreto legge e legge di conversione in diritto e società*, 1974, 530 s.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, vol. I, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988 (1990), 182; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, vol. I*, Padova 1962, 302 ss.; A. PIZZORUSSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1997, Napoli 1997, 437 s.; diffusamente G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova 1989, 287 ss.; più di recente, V. PETRI, *L'Efficacia degli emendamenti modificativi del decreto-legge e la certezza del diritto. A margine alla sentenza 367 del 2010*, in *Quad. dir. cost.*, 2011.

¹⁵ Non è questa la sede ove poter approfondire la tematica costituzionale dei rapporti tra il potere legislativo del Parlamento e quello, d'urgenza, del Governo, e dei rapporti tra i decreti-legge nel periodo pre-conversione e le leggi già in vigore, ma, certamente, in un'ottica di corretto equilibrio politico tra l'organo legislativo e quello esecutivo, l'atteggiamento tenuto, in questo caso, dal Governo può definirsi al limite della dissidenza.

consultazione e l'esame congiunto che devono essere svolti anche in via telematica entro i tre giorni successivi a quello della comunicazione preventiva")¹⁶. In sostanza, il Governo ha riproposto la medesima originaria procedura semplificata, con tutti i limiti, già evidenziati, ad essa connessi, anche rispetto alla possibilità di efficace esercizio delle legittime prerogative sindacali, che il Parlamento, proprio per questa ragione, aveva ritenuto non necessaria. Di conseguenza, a decorrere dal 19 maggio 2020, data di entrata in vigore del d.l. *Rilancio*, le istanze di accesso all'assegno ordinario FIS per emergenza Covid-19 o di proroga dello stesso rispetto alla durata originariamente comunicata alle organizzazioni sindacali, dovranno essere nuovamente precedute dall'esperimento della procedura sindacale con le modalità già individuate.

3. - Cassa Integrazione in deroga. L'irragionevolezza del potere di veto sindacale in assenza di una decisione discrezionale del datore di lavoro.

La legge di conversione era intervenuta a sanare anche un'altra forte anomalia applicativa riscontrata con riferimento alla cassa integrazione in deroga, di cui all'**art. 22 d.l. 18 del 2020**, norma che, secondo i primi commentatori¹⁷, rappresenta una "disciplina autonoma e speciale, che opera indipendentemente dalle regole previgenti in materia"¹⁸. In par-

¹⁶ In particolare, l'art. 68 d.l. 34 del 2020, al comma 1, lett. a), ha disposto la proroga della durata degli ammortizzatori sociali emergenziali, per complessive, ulteriori nove settimane, di cui cinque fruibili fino al 31 agosto 2020 e le altre eventuali (perché ancora di finanziare) quattro, fruibili nel periodo 1° settembre 2020-31 ottobre 2020; mentre, al comma 1, lett. b), ha previsto l'aggiunta, all'art. 19, comma 2, primo periodo, del d.l. *Cura Italia*, proprio delle medesime parole (riportate nel testo) soppresse dal Parlamento in sede di conversione del decreto-legge.

¹⁷ Cfr. G.I. VIGLIOTTI, *Note sulla cassa integrazione in deroga al tempo del diritto emergenziale*, in *Giust. civ.com.* 2020, 5 e s. L'accoglimento di questa opzione ermeneutica produce conseguenze rilevanti, in quanto esclude che, in caso di lacune normative, le stesse debbano essere colmate, in via analogica, necessariamente attraverso il richiamo alla disciplina generale di cui al D.lgs. n.148 del 15 ovvero alla disciplina previgente in materia di cassa integrazione in deroga, contenuta, da ultimo, nel d.l. n. 4 del 2019, conv. in l. n. 26 del 2019, e, da un punto di vista amministrativo, nel Decreto Interministeriale 1° agosto 2014, n. 83473.

¹⁸ Per un approfondimento della disciplina in materia di ammortizzatori sociali in deroga, si v.: M. BARBIERI, *Ammortizzatori sociali in deroga. Riflessioni a partire dal caso della Puglia*, in P. CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, Bari, 2009, 83 ss.; ID., *Ammortizzatori in deroga e modelli di welfare negli accordi Stato-Regioni e Regioni-parti sociali*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 379 ss.; M. CINELLI, *Competitività, flessibilità delle tutele, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 299 ss.; A. DI STASI, *Ammortizzatori sociali e*

tiolare, l'originaria disposizione prevedeva che il riconoscimento alle imprese, escluse dagli strumenti ordinari di integrazione salariale¹⁹, da parte delle Regioni e delle Province Autonome, dell'ammortizzatore in questione fosse subordinato alla sottoscrizione di un «accordo che può essere concluso anche in via telematica con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro», con la sola esclusione dei datori di lavoro aventi alle proprie dipendenze fino a cinque lavoratori²⁰.

Gli accordi quadro di attuazione della previsione normativa che le singole Regioni hanno sottoscritto con le competenti organizzazioni sindacali, tuttavia, presentano contenuti radicalmente diversi con riferimento al requisito dell'accordo sindacale²¹. In particolare, in alcuni casi, gli

solidarietà post-industriale, Torino, 2014; V. FERRANTE, *Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 918 ss.; D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, 2010; ID., *Welfare, promozione dell'occupazione e neoregionalismo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 635 ss.; F. LISO, *Percorsi evolutivi ed incerte prospettive di riforma*, in P. CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, cit., 11 ss.; M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in AA.VV., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di Diritto del Lavoro* (Venezia, 25-26 maggio 2007), Milano, 2008, 135 ss.; R. PESSI, *Gli ammortizzatori sociali in deroga: persistenza o fine del modello assicurativo?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 325 ss.; F. SANTONI, *Ammortizzatori sociali in deroga e canale bilaterale*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, III, Napoli, 2011, 1259 ss.; G. SIGILLÒ MASSARA, *Ammortizzatori ed interventi di sostegno del reddito «al tempo della crisi»*, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 350 ss.; M. TIRABOSCHI, *L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 331 ss.

¹⁹ Ed appartenenti a settori per i quali non sia effettivamente operativo alcun Fondo di solidarietà bilaterale di cui agli artt. 26 e ss. D.lgs. n. 148 del 15. Sotto questo profilo, infatti, le Regioni, sulla falsariga di quanto affermato dall'Inps nella circolare n. 47 del 2020, hanno escluso il riconoscimento del trattamento di integrazione salariale in deroga alle aziende del settore artigiano, in cui è operativo il fondo FSBA. Con riferimento all'accesso a tale fondo speciale, è sorta una *querelle* tra quest'ultimo e le aziende rientranti nel suo campo di applicazione circa la possibilità di ricorrervi anche in caso di mancata iscrizione o di irregolarità nei versamenti dei relativi contributi. In particolare, a fronte della negazione, da parte del fondo, dell'accesso all'assegno ordinario emergenziale alle aziende non iscritte o morose, è intervenuto il TAR Lazio, con decreto cautelare del 25 maggio 2020, con il quale ha ordinato al fondo stesso di autorizzare, in ogni caso, l'erogazione dell'assegno ordinario.

²⁰ Calcolati per unità lavorativa a tempo pieno, secondo il criterio generale di computo dei part-time in proporzione al proprio orario di lavoro ridotto, stabilito dall'art. 9 d.lgs. n. 81 del 15. Per le aziende con meno di cinque dipendenti così calcolati, tutti gli accordi quadro regionali, concordemente con la previsione normativa, prevedono il solo obbligo di informativa.

²¹ Con riferimento agli accordi sindacali prescritti dalla norma, ci si è chiesti, in linea generale, se gli stessi potessero coincidere con gli accordi quadro regionali o se, invece, dovessero essere veri e propri accordi aziendali sottoscritti da ciascun datore di lavoro. Fa

accordi quadro si sono limitati a richiedere, a livello aziendale, l'esperimento di una procedura di mera informazione e consultazione sindacale, così implicitamente ritenendo sufficiente, ai fini del rispetto del requisito posto dall'**art. 22 d.l. 18 del 2020**, l'accordo quadro stesso (ad esempio, Calabria e Campania). In altri casi, pur richiedendosi espressamente la sottoscrizione dell'accordo aziendale²², è stata prevista, comunque, la possibilità di proporre l'istanza di accesso all'ammortizzatore sociale qualora l'accordo aziendale non fosse definito entro un determinato numero di giorni dall'informativa (ad esempio, Toscana, Puglia, Molise, Lazio, etc.)²³. In altri casi ancora, è stata prevista l'obbligatorietà degli accordi aziendali (ad esempio, Emilia Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia e Piemonte), così, di fatto, attribuendo alle RSU del RSA o, in mancanza, alle articolazioni territoriali dei sindacati comparativamente più rappresentativi, un vero e proprio potere di veto circa la possibilità, per i datori di lavoro aventi alle proprie dipendenze un numero di lavoratori superiore a cinque, di ricorrere all'ammortizzatore sociale in esame, anche nell'ipotesi di sospensione dell'attività per provvedimento governativo

propendere per la prima tesi, il testo della norma e la costruzione grammaticale del relativo contenuto, essendo le Regioni e le Province il soggetto della frase a cui l'accordo afferisce. Per la tesi contraria, fa propendere, sempre a livello letterale, il riferimento, nell'individuazione degli interlocutori, alle «organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro», con valorizzazione, dunque, del livello aziendale (utilizzo della espressione al singolare "datore di lavoro"). Sull'equivocità del requisito dell'accordo sindacale, aggravato dall'interpretazione fornita dall'Inps, nella circolare n. 47 del 2020, cfr. M. MARAZZA, *Procedure sindacali e cigd causale "covid-19": la commedia degli equivoci*, in *Giustiziacivile.com*, 2020.

²² Questi accordi, seppure, nella sostanza, producono effetti analoghi a quelli che non richiedono la sottoscrizione di un accordo aziendale (primo gruppo), da un punto di vista concettuale, se ne differenziano, in quanto, richiedono, comunque, come requisito di accesso all'ammortizzatore, la sottoscrizione dell'accordo aziendale, presumendone il raggiungimento decorso un determinato arco temporale.

²³ È questa l'impostazione accolta anche dall'Inps, nella circolare n. 47 del 2020, in cui si legge espressamente «In merito agli accordi sindacali previsti dal comma 1 dell'articolo 22 del decreto-legge in esame, si specifica che i datori di lavoro con dimensioni aziendali fino ai 5 dipendenti sono esonerati dall'accordo, mentre per dimensioni aziendali maggiori, la cassa integrazione in deroga sarà autorizzata dalle Regioni e Province autonome previo accordo, raggiunto anche in via telematica, con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro. Si considera, altresì, esperito l'accordo di cui all'art. 22, comma 1, con la finalizzazione della procedura di informazione, consultazione ed esame congiunto di cui all'articolo 19, comma 1».

(DPCM) ²⁴. Va precisato, a tal proposito, che l'estensione applicativa della cassa in deroga per aziende con oltre cinque dipendenti è sostanzialmente limitata alle imprese del settore commerciale ed alle agenzie di viaggio e del turismo con oltre cinquanta dipendenti, alle imprese del trasporto aereo e di gestione aeroportuale e del sistema aeroportuale (indipendentemente dal numero di lavoratori occupati) ²⁵, che, versando solo il contributo per la CIGS ²⁶, sono escluse dal campo di applicazione degli ammortizzatori sociali ordinari ²⁷. In sostanza, la problematica in esame riguarda imprese che, seppur appartenenti ad un numero limitato di settori, risultano essere ad alto tasso occupazionale e con relazioni sindacali radicate (basti pensare alle società di trasporto aereo).

Proprio l'irragionevolezza di questa ultima ipotesi, vale a dire la possibilità di precludere l'accesso agli ammortizzatori sociali di un datore di lavoro costretto, per causa di forza maggiore (provvedimento dell'autorità) a sospendere la propria attività e, di conseguenza, i lavoratori, aveva indotto il parlamento, in sede di conversione, a prevedere espressamente che l'accordo "non è richiesto" oltre che "per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti" (unica ipotesi originariamente prevista) anche «per i datori di lavoro che hanno chiuso l'attività in ottemperanza ai provvedi-

²⁴ Nell'ipotesi di sospensione dell'attività per provvedimento dell'autorità amministrativa, ovviamente non imputabile a colpa del datore di lavoro, la disciplina generale contenuta nel D.lgs. n. 148 del 15 e nel Decreto Interministeriale n. 95442 del 15 aprile 2016, prevede un sensibile ridimensionamento del ruolo del sindacato, in quanto, come già sottolineato nel paragrafo precedente, ai sensi dell'art. 14, comma 4, d.lgs. 148 del 15, la procedura di informazione e consultazione sindacale non deve essere preventiva rispetto alla sospensione dei dipendenti, ha un oggetto molto limitato (numero dei lavoratori interessati, prevedibile durata, previsioni sulla ripresa dell'attività e criteri di distribuzione degli orari di lavoro) e deve esaurirsi, peraltro senza necessità di accordo, entro il termine molto breve di cinque giorni dalla richiesta di esame congiunto, che, a sua volta, deve essere effettuata entro tre giorni dalla ricezione dell'informativa.

²⁵ Sulla disciplina degli ammortizzatori sociali emergenziali nel settore del trasporto aereo e della gestione aeroportuale, cfr. M. CUTTONE, *Emergenza Covid-19 e cassa integrazione in deroga per il trasporto aereo: rebus sull'applicazione del "Fondo Speciale"*, in *Bollettino Adapt*, 14, 2020.

²⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 20, commi 2 e 3, d.lgs. n. 148 del 15.

²⁷ Questa conclusione è confermata dal Ministero del Lavoro, con la circolare n. 8 del 2020, e dall'Inps, che, nella circolare n. 47 del 2020, ha precisato: «Ne deriva altresì che potranno accedere alla prestazione in parola le aziende che, avendo diritto solo alla CIGS, non possono accedere ad un ammortizzatore ordinario con causale "Covid-19 nazionale" (a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo si ricorda che rientrano nella fattispecie descritta le aziende del commercio e le agenzie di viaggio e turismo sopra i 50 dipendenti)».

menti di urgenza emanati per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19».

Il campo di applicazione dell'essenzione dell'accordo, dunque, era limitato a quei datori di lavoro che, per provvedimenti d'imperio delle autorità connessi all'emergenza sanitaria in atto ²⁸, hanno temporaneamente (o anche, in via definitiva) chiuso la loro attività. Restavano, invece, esclusi, e, dunque, sarebbero stati tenuti all'esperimento della procedura funzionale al raggiungimento dell'accordo sindacale nei termini e nelle modalità previste dall'accordo regionale del territorio di competenza, quei datori che avessero chiuso o sospeso la loro attività per libera scelta, a seguito di una valutazione di convenienza economica, pur avendo la possibilità di continuare a svolgerla.

Con riferimento all'emendamento apportato dalla legge di conversione all'**art. 22 d.l. 18 del 2020** si poneva, in astratto, lo stesso problema della valenza *ex tunc* o *ex nunc* della sua efficacia innovativa, anche se gli effetti, in concreto, sarebbero stati fortemente ridimensionati dal "filtro" rappresentato dagli accordi quadro regionali. Ed invero, pur ritenendo preferibile la tesi dell'efficacia *ex tunc* dell'emendamento, avendo lo stesso natura soppressiva dell'obbligo di accordo per i datori di lavoro sopra individuati ²⁹, poiché l'individuazione dei requisiti di accesso alla Cassa integrazione in deroga, fermo restando quelli minimi previsti dal legislatore, sarebbe stata, comunque, rimessa agli accordi quadro delle Regioni o delle Province autonome ³⁰, fin quando questi ultimi non si fossero adeguati eventualmente alle nuove disposizioni di legge, l'accesso all'ammortizzatore sociale avrebbe continuato ad essere condizionato alla sottoscrizione

²⁸ Si tratta, in sostanza, delle imprese i cui codici ATECO non rientrano tra quelli di cui all'allegato 1 d.P.C.M. 22 marzo 2020 ovvero delle altre individuate dall'art. 1, comma 1, d.P.C.M. 22 marzo 2020.

²⁹ Cfr. Corte cost., 15 dicembre 2010, cit., che, chiamata a pronunciarsi in una fattispecie simile a quella oggetto di analisi di riduzione del campo di applicazione di una determinata disposizione, ha qualificato come sostitutivo del soppressivo l'emendamento contenuto nella legge di conversione, attribuendogli, dunque, efficacia *ex tunc*.

³⁰ Sulla valenza normativa dei requisiti per l'accesso alla cassa integrazione in deroga, richiesti dagli accordi quadro territoriali, cfr. G.I. VIGLIOTTI, *Note sulla cassa integrazione in deroga al tempo del diritto emergenziale*, cit., 8.

dell'accordo aziendale, quantomeno nelle Regioni in cui il relativo accordo quadro lo richiede espressamente come presupposto ³¹.

Anche in questo caso, tuttavia, il governo, con il medesimo atteggiamento incoerente e contraddittorio, con l'art. 70 del d.l. Rilancio è intervenuto sull'art. 22 del d.l. Cura Italia ³², neutralizzando la volontà parlamentare attraverso la soppressione proprio della locuzione introdotta dall'organo legislativo in sede di conversione, vale a dire le parole "né per i datori di lavoro che hanno chiuso l'attività in ottemperanza ai provvedimenti di urgenza emanati per far fronte all'emergenza epidemiologica da Covi-19". In sostanza, il governo ha irragionevolmente confermato l'opportunità di attribuire alle organizzazioni sindacali un potere di veto all'accesso all'ammortizzatore sociale anche nei confronti di quelle aziende che sono state costrette a sospendere l'attività per eseguire un ordine impartito dall'autorità.

³¹ Questa conclusione diviene ancor più ineludibile, qualora si condividesse, così come fatto nel presente contributo, la tesi secondo cui le disposizioni sulla Cassa integrazione in deroga, contenute nell'art. 22 in esame, e, dunque, anche il rinvio della relativa disciplina agli accordi quadro territoriali, rappresentano un corpus normativo autonomo e speciale, indipendente dalle regole previgenti.

³² Con il medesimo articolo, il governo ha esteso la durata della cassa in deroga con previsione analoga a quella riportata, per gli ammortizzatori sociali di cui all'art. 19 d.l. Cura Italia, alla nt. 17.

18.

Il superminimo alla prova dell'emergenza: la gestione (collettiva) dell'assorbimento

1. - Gestione dei livelli occupazionali e profili retributivi.

Con l'obiettivo di fronteggiare le note difficoltà connesse all'emergenza epidemiologica, il legislatore ha messo in campo misure temporanee per il sostegno alla liquidità delle imprese. Oltre ad individuare i requisiti soggettivi che le stesse devono possedere per accedere ad apposita garanzia, l'art. 1 d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (conv., con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 5 giugno 2020, n. 40), specifica una serie di condizioni, tra le quali spicca l'impegno dell'impresa beneficiaria a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali (comma 2, lett. l). Anche volendo adottare una lettura minimalista, atta ad evidenziare il carattere meramente promozionale della norma, non essendo essa assistita da alcuna sanzione, non sfugge un difetto di coordinamento con il divieto di licenziamento collettivo di cui agli artt. 4, 5 e 24, L. 23 luglio 1991, n. 223; a tale divieto si aggiungono la sospensione delle procedure previste dalla citata legge, se ancora pendenti, purché avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, nonché il generale divieto di recesso per giustificato motivo oggettivo, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati nell'impresa (art. 46 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia", modificato dalla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27 e, successivamente, dall'art. 80, comma 1, lett. a), d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. "Decreto rilancio"). Sebbene l'ordinamento offra a tutti i datori la possibilità di sospendere i rapporti di lavoro, con l'intervento di strumenti a sostegno del reddito dei prestatori, nel rispetto dei requisiti aggiornati con il d.l. 19 maggio 2020,

n. 34, resta da capire quale sia il concreto ambito operativo degli eventuali accordi sindacali di cui all'**art. 1 d.l. 8 aprile 2020, n. 23**. L'impresa, infatti, si vede inibita la possibilità di incidere in modo definitivo – per il periodo indicato dalla normativa emergenziale – sulla composizione quantitativa dell'organico aziendale e, al tempo stesso, per le finalità di cui al citato art. 1, le viene richiesto l'impegno a gestire collettivamente i livelli occupazionali.

In prima battuta colpisce l'**art. 88 d.l. 19 maggio 2020, n. 34**, il quale dispone che, al fine di consentire la graduale ripresa dell'attività dopo l'emergenza epidemiologica, per l'anno 2020 la contrattazione collettiva può realizzare specifiche intese di rimodulazione dell'orario di lavoro per mutate esigenze organizzative e produttive dell'impresa, con le quali parte dell'orario di lavoro viene finalizzato a percorsi formativi, con oneri a carico di un apposito Fondo denominato "Fondo Nuove Competenze", costituito presso l'ANPAL. Protagonisti sono i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operative in azienda, ai sensi della normativa e degli accordi interconfederali vigenti.

In realtà, opportunità di intervento per la contrattazione collettiva possono essere individuate anche e soprattutto attingendo al quadro normativo "non emergenziale". L'art. 2103 c.c., ad esempio, consente alla contrattazione collettiva di prevedere ipotesi – ulteriori rispetto a quelle individuate dalla stessa norma codicistica – di assegnazione dei lavoratori a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale (comma 4); in tal caso, il lavoratore avrà diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, con esclusione degli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. Inoltre, come in seguito si dirà, la "gestione delle crisi aziendali e occupazionali" è uno degli obiettivi che permette il ricorso alla contrattazione di prossimità (**art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138**).

Ad ogni buon conto, il ricorso ai due strumenti appena segnalati può prescindere dai requisiti e dalle finalità connesse all'accesso a misure temporanee per il sostegno alla liquidità, essendo essi attivabili, più in

generale, in risposta allo stato di sofferenza in cui attualmente versano le imprese appartenenti a determinati settori produttivi. Venendo, nello specifico, al tema del presente contributo, esposti ad eventuali modifiche peggiorative sono gli elementi che eccedono i minimi tabellari, come ad esempio il superminimo, sulla cui assorbibilità ha fornito un significativo contributo la più recente giurisprudenza.

2. - La clausola attributiva del superminimo.

Come noto, con il termine superminimo viene denominata quell'eccedenza della retribuzione rispetto ai minimi tabellari che sia stata individualmente pattuita tra datore di lavoro e lavoratore o unilateralmente riconosciuta dal datore. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, esso è normalmente soggetto al principio generale dell'assorbimento nei miglioramenti salariali contemplati dalla disciplina collettiva. Tale principio, tuttavia, non trova applicazione quando la contrattazione collettiva abbia diversamente disposto, o quando le parti del singolo contratto di lavoro abbiano attribuito all'eccedenza della retribuzione individuale la natura di superminimo "non assorbibile" e/o di compenso speciale strettamente collegato a particolari meriti o qualità o alla maggiore onerosità delle mansioni svolte dal dipendente. Se così fosse, il compenso speciale sarebbe sorretto da un autonomo titolo, alla cui dimostrazione, alla stregua dei principi generali sull'onere della prova, è tenuto lo stesso lavoratore (Cass., sez. lav., 3 dicembre 2015, n. 24643; Cass., 29 agosto 2012, n. 14689; Cass., 17 luglio 2008, n. 19750; Cass., sez. lav., 9 luglio 2004, n. 12788).

Quando la pattuizione individuale del superminimo si fonda realmente sull'*intuitus personae* e trae origine dal contratto individuale, essendo un preciso riconoscimento del particolare valore attribuito dalle parti alla prestazione fornita da un determinato lavoratore, quello stesso valore imporrebbe la conservazione dell'eccedenza anche in caso di aumento dei minimi retributivi dell'intero settore economico di riferimento. Esso, pertanto, non potrà essere ridotto in via unilaterale dal datore di lavoro quando le parti del singolo rapporto di lavoro abbiano attribuito all'eccedenza della retribuzione individuale un autonomo titolo. Le parti del

singolo rapporto, tuttavia, avranno la facoltà di porre in essere un accordo novativo ai sensi e per gli effetti degli **artt. 1230 ss. c.c.**, finalizzato, ad esempio, alla variazione dell'importo dell'incremento retributivo; nello specifico, in ragione della contingenza economica negativa, l'accordo potrebbe prevedere una riduzione temporanea dell'importo o una diversa modalità di erogazione. Benché non necessaria, la sottoscrizione di un accordo in sede protetta è auspicabile, trattandosi di una modifica peggiorativa per il lavoratore.

Quando invece la natura non assorbibile dell'emolumento è riconosciuta da espresse pattuizioni collettive, un nuovo accordo di pari livello può comunque modificare il precedente assetto degli interessi, in senso peggiorativo, in favore dell'assorbibilità. Utile allo scopo è altresì la contrattazione di prossimità che consente, tra l'altro, di derogare *in pejus* rispetto alla contrattazione collettiva di livello nazionale; inoltre, per sua naturale vocazione ha il vantaggio di essere dotata di efficacia *erga omnes*. Pur non rientrando esplicitamente nell'elenco delle "materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione" che possono costituire oggetto di un contratto di prossimità, gli aspetti retributivi sono comunque parte integrante della "disciplina del rapporto di lavoro" citata dalla lett. e), comma 2, **art. 8, d.l. n. 138 del 2011**.

2.1. - Il principio generale dell'assorbibilità.

Se si assume il meccanismo dell'assorbimento quale principio generale di immediata applicazione, esso sopperirà all'assenza di una specificazione circa la natura (assorbibile o meno) dell'emolumento in costanza di futuri adeguamenti contrattuali. Ne deriva che, ove non ricorra l'attribuzione di un titolo specifico all'eccedenza retributiva nei termini poc'anzi segnalati, tale da giustificare la sua "non assorbibilità", solo un accordo novativo tra datore di lavoro e lavoratore sarà idoneo a derogare il principio generale dell'assorbimento (Cass., sez. lav., 26 maggio 2016, n. 10945; Cass., sez. lav., 27 marzo 2013, n. 7685).

Tuttavia, qualche dubbio può sorgere quando, pur in presenza di una specifica previsione circa l'assorbibilità dei superminimi individuali all'interno della contrattazione collettiva di settore, tempo per tempo vigente, le

singole aziende abbiano consentito il cumulo del superminimo con gli aumenti salariali disposti in occasione dei vari rinnovi contrattuali susseguirsi nel corso degli anni. A ben guardare, il problema da affrontare è se l'erogazione del superminimo in concomitanza di aumenti retributivi configuri o meno una condotta astrattamente valutabile come comportamento concludente, cioè sintomatico della volontà del datore di lavoro di non dar luogo all'assorbimento.

Orbene, ad avviso di un orientamento giurisprudenziale (Trib. Milano, 5 settembre 2018, n. 2196) tale comportamento del datore induce a ritenere che nel rapporto contrattuale sorto tra questi e i suoi dipendenti si sia pacificamente consolidato un uso aziendale nel senso dell'esclusione dell'assorbibilità del superminimo retributivo. Di conseguenza, l'uso prevale (anche) sull'eventuale clausola espressa inserita nel contratto che riservi al datore, in qualunque momento, la possibilità di rendere il superminimo retributivo oggetto di riassorbimento futuro.

Secondo un diverso filone interpretativo, invece, l'assegno è suscettibile di una riforma *in pejus*, risultando così irrilevante il fatto che il pregresso comportamento datoriale sia stato nel senso dell'erogazione dell'emolumento aggiuntivo, pur in concomitanza di miglioramenti economici contrattuali e legali (Cass., sez. lav., 3 dicembre 2015, n. 24643, cit.; Cass., sez. lav., 9 luglio 2004, n. 12788, cit.). Si distinguono così i due profili dell'*assorbibilità*, intesa come mera possibilità di ridurre l'eccedenza riconosciuta, e dell'*assorbimento*, inteso come effettiva riduzione della stessa. Tale lettura suggerisce altresì che la scelta iniziale di rinunciare all'assorbimento in occasione di un determinato aumento collettivo dovrà ritenersi comunque reversibile: nulla impedirebbe al datore di optare, in occasione di un successivo rinnovo, per il riassorbimento (di recente, Trib. Roma, 30 gennaio 2020, n. 1008).

A corollario di quest'ultimo orientamento può essere richiamata quella giurisprudenza secondo cui la rinuncia all'assorbimento in occasione di un determinato aumento collettivo non esprime di per sé la volontà di riconoscere al superminimo la diversa natura di compenso speciale e di ricollegarlo a particolari meriti, qualità o onerosità della mansioni svolte dal dipendente (al riguardo, Trib. Bergamo, 24 gennaio 2019, n. 662). L'omesso riassorbimento in occasione dei successivi incrementi previsti

dalla contrattazione collettiva (senza limitazione alcuna in ordine al livello di contrattazione), pertanto, non consente affatto di interpretare la volontà datoriale come volta a riconoscere la non riassorbibilità dell'eccedenza negli incrementi retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva. Resta inteso che tale conclusione è valida in assenza di più pregnanti elementi e in difetto della prova circa la natura esclusivamente premiale del riconoscimento (Trib. Roma, 30 gennaio 2020, n. 1008, cit.; Trib. Bergamo, 24 gennaio 2019, n. 662, cit.; cfr. Cass., sez. lav., sent., 19 dicembre 2018, n. 32872). Ne discende che, sempre stando al principio generale già ricordato, solo un accordo novativo dell'intesa originaria sarà idoneo ad attribuire un diverso valore al riconoscimento dell'eccedenza retributiva. Siffatta lettura è in linea con quanto ribadito dalla Suprema Corte, la quale esclude l'esistenza di un diritto quesito del lavoratore al mantenimento dell'assegno *ad personam*; il lavoratore, pertanto, non potrà invocare un diritto al mantenimento, anche per il futuro, del trattamento di miglior favore (Cass., sez. lav., 3 dicembre 2015, n. 24643, cit.; Cass., sez. lav., 9 luglio 2004, n. 12788, cit.).

3. - Gestione dell'emergenza e assorbimento.

Come vuole la più recente giurisprudenza di merito (da ultimo, Trib. Roma, 30 gennaio 2020, n. 1008, cit.), neppure in assenza di espressa pattuizione è idonea ad integrare un comportamento concludente la progressiva condotta tenuta dal datore di lavoro in seguito al riconoscimento del superminimo e consistita nella rinuncia a far valere il generale principio dell'assorbimento. Ad ogni modo, anche laddove vi fosse un'espressa previsione collettiva di riassorbibilità, tale condotta dovrà essere valutata in senso relativo, ovvero facendo riferimento al complesso di norme, comprese quelle di origine collettiva, tempo per tempo vigenti.

In particolare, seguendo questa linea interpretativa, quando è la sola contingenza del tempo e del luogo dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro ad aver determinato l'attribuzione dell'emolumento è ragionevole ritenere che le difficoltà connesse alla gestione di una situazione emergenziale siano idonee a far venir meno le condizioni che ne hanno determinato l'attribuzione. Quelle stesse difficoltà potrebbero suggerire al datore

di lavoro un'inversione di rotta, consistente nell'assorbimento di un'eccedenza che sino a quel momento era stata mantenuta nonostante gli aumenti disposti dalla contrattazione collettiva.

In assenza di più pregnanti elementi, pertanto, e dovendo escludere il diritto dei lavoratori al mantenimento dell'eccedenza anche quando in occasione dei precedenti rinnovi contrattuali e dei rispettivi aumenti retributivi le aziende abbiano consentito il cumulo di questi con i superminimi individuali, l'intento negoziale delle parti, tanto a livello collettivo, quanto individuale, va valutato con riferimento al periodo di vigenza del singolo rinnovo del contratto collettivo ed al connesso aumento retributivo. In generale, infatti, il mutato contesto socio-economico può imporre una rivisitazione delle reciproche obbligazioni e far venir meno la volontà dei contraenti di mantenere, anche per il futuro, un determinato comportamento precedentemente osservato. In occasione di ogni rinnovo del contratto collettivo e del connesso aumento retributivo, la modifica degli assetti contrattuali è frutto di un nuovo punto di temperamento degli interessi in gioco e consente al datore di lavoro di aggiornare la riflessione in ordine all'opportunità di continuare a consentire il cumulo di superminimi ed aumenti retributivi, oppure di dare applicazione al generale principio dell'assorbimento. L'iniziativa unilaterale di un'impresa che rinuncia all'assorbimento in ragione di valutazioni di opportunità va dunque valutata in occasione di ciascun rinnovo contrattuale.

Tuttavia, se si volesse accostare ad un uso aziendale la reiterazione di un comportamento consistente nella (costante) erogazione del superminimo, fino ad un dato momento mai assorbito in occasione dei vari rinnovi contrattuali succedutisi nel corso degli anni, andrebbe necessariamente richiamato l'ormai consolidato orientamento della Suprema Corte (Cass., sez. un., 13 dicembre 2007, n. 26107), secondo il quale l'uso aziendale possiede la stessa natura di un contratto collettivo aziendale; inoltre, sulla scorta dei principi che regolano tale fattispecie ha allo stesso modo una validità *erga omnes*, attesa la sua finalità di tutelare un interesse per sua natura collettivo. Alla luce dei principi generali, un contratto collettivo sopravvenuto può derogare a quel comportamento che ha assunto la natura di uso aziendale, «purché, tuttavia, tale deroga sia espressamente prevista dalla fonte contrattuale collettiva» (Trib. Milano, 5 settembre

2018, n. 2196, cit.). Ciò vuol dire che i contratti aziendali, come del resto gli usi aziendali, sono sottratti alla disponibilità dell'autonomia individuale delle parti, non essendo suscettibili di deroga *in peius* da parte di un contratto individuale.

Orbene, la necessità di far fronte ad una situazione emergenziale potrebbe indurre le parti sociali a rivedere i trattamenti retributivi eccedenti i minimi tabellari di origine collettiva senza attendere la scadenza naturale del contratto collettivo. Tra l'altro, anche in presenza di una clausola collettiva di assorbibilità esse potrebbero comunque concordare la temporanea o definitiva riduzione o la sospensione dell'importo ancora da erogare a titolo di superminimo, fermo restando che è illegittimo "assorbire" i superminimi in relazione a precedenti aumenti retributivi già cumulati (Trib. Napoli, 31 gennaio 2014, n. 1227). L'origine collettiva (ad esempio aziendale) della natura non assorbibile dell'emolumento non impedirebbe la sottoscrizione di un nuovo accordo collettivo peggiorativo di pari livello finalizzato a mutarne il carattere nel senso della assorbibilità. Inoltre, la contrattazione di prossimità potrà essere attivata per consentire la "gestione delle crisi aziendali e occupazionali", nella misura in cui la riduzione del costo del lavoro sia strumentale alla tutela/gestione dei livelli occupazionali, al limite derogando alla clausola di non assorbibilità prevista dal contratto collettivo nazionale.

In sintesi, il raggiungimento di un accordo collettivo atto a rivedere in senso peggiorativo la concessione del superminimo può essere valutato proprio nell'ottica di una riduzione del costo del lavoro finalizzata a far fronte ad una congiuntura economica negativa; contestualmente, con esso l'impresa rispetterebbe l'impegno a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali nei termini di cui all'**art. 1d.l. 8 aprile 2020, n. 23**.

4. - Riferimenti bibliografici.

Tra i contributi più recenti in materia di prassi aziendali, usi normativi ed usi aziendali, I. INGLESE, *L'efficacia soggettiva e temporale della prassi aziendale*, in *Mass. Giur. lav.*, 6, 2016, 340; D. IARUSSI, *L'uso aziendale nella giurisprudenza*, 1-2, 2014, 4; P. LAMBERTUCCI, *Gli usi aziendali tra contratto individuale e assetti collettivi dell'impresa: il bilancio giurispruden-*

ziale, in *Lav. giur.*, 8-9, 2014, 827; ID., *Usi aziendali e rapporto di lavoro: brevi note*, in *Dir. merc. lav.*, 3, 2009, 425; S. P. EMILIANI, *Usi aziendali ed efficienza dell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2009, 366; M. MISCIONE, *Usi aziendali e diritti individuali (I)*, in *Lav. giur.*, 5, 2008, 445; ID., *Usi aziendali e diritti individuali (II)*, in *Lav. giur.*, 6, 2008, 543. Si segnalano, inoltre, L. VALENTE, *Gli usi aziendali nella giurisprudenza: un panorama e un bilancio*, in *Arg. dir. lav.*, 1, 2007, 281; S. LIEBMAN, *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 6, 2000, 594 (Cass., sez. lav., 27 novembre 1999, n. 13294; Cass., sez. lav., 17 febbraio 2000, n. 1773). In tema di diritti quesiti: S. CANDIANO, *I diritti quesiti nel mondo del lavoro*, in *Il diritto dei lavori*, 2014, 93; G. FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1995, 503.

19.

Le misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro

1. - La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro ai tempi del Covid-19.

La dilagante diffusione del virus Covid-19 ha reso indispensabili misure di contenimento e di distanziamento sociale; per contrastare i rischi sanitari derivanti dall'epidemia si sono susseguiti nel giro di pochi mesi decreti-legge, d.P.C.M., ordinanze del Ministero della Salute, protocolli di sicurezza, che via via hanno adeguato le misure urgenti per fronteggiare l'emergenza all'evoluzione del contagio.

Con **d.l. 25 marzo 2020 n. 19**, in corso di conversione alla data di redazione del presente contributo, si è autorizzata l'adozione sulla totalità o parti del territorio nazionale, per periodi predeterminati, reiterabili e modificabili, di misure straordinarie volte ad incidere su tutti i settori della vita personale, sociale, economica e lavorativa dei cittadini.

All'art. 1, comma 2, lett. z) di tale decreto, con una norma di chiusura, aggiuntiva rispetto a specifiche misure destinate ad una applicazione settoriale, si è disposta la limitazione o sospensione delle attività d'impresa o professionali, anche ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo, con possibilità di esclusione dei servizi di pubblica necessità.

Con il successivo **d.l. 16 maggio 2020 n. 33** si è previsto un notevole alleggerimento delle disposizioni eccezionali consentendo la mobilità in-

terregionale e la ripartenza graduale di tutte le attività economiche, produttive e sociali, a condizione che esse si svolgano – recita il comma 14 dell'art. 1 – «nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale».

Le misure contenitive che hanno riguardato il mondo del lavoro si sono rese necessarie per limitare, in generale, le occasioni di spostamento e contatto sociale, ma anche per ridurre il numero di contagi indotti dalle caratteristiche intrinseche delle varie attività lavorative.

È ormai patrimonio scientifico consolidato che il rischio di contrazione del virus sia molto più elevato laddove sono presenti contatti ravvicinati tra persone; indispensabile, dunque, definire degli standard generali di sicurezza e prevenzione dei luoghi di lavoro, ove quotidianamente questi contatti si moltiplicano, ed individuare poi misure calibrate sul diverso livello di rischio prevedibile nei vari settori professionali, che le specificità dei processi produttivi e delle modalità di organizzazione del lavoro contribuiscono a differenziare.

Nel nostro ordinamento, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, opera un corpus normativo molto articolato che trova il suo testo fondamentale nel **d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81** (che ha sostituito il **d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626**) e la sua sintesi nell'**art. 2087 c.e.**, norma elastica e aperta che in tema di tutela della salute dei lavoratori impone al datore di lavoro di adottare tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, siano necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro; non solo dunque regole d'esperienza e regole tecniche preesistenti e già collaudate, ma anche tutte quelle misure e cautele, cd innominate, che si rendano indispensabili in un determinato momento storico, in base alle conoscenze scientifiche e delle tecnologie disponibili.

Gli obblighi di prevenzione sul lavoro non operano limitatamente a rischi specifici, predeterminati, già analizzati e neutralizzati in prevenzione da disposizioni normative, ma si estendono anche a rischi nuovi, imprevisti,

rispetto ai quali non è stato ancora possibile intervenire con la previsione di norme di cautela calibrate, ma di cui si abbia comunque consapevolezza e conoscenza.

Un richiamo alle «disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno» è presente anche nel **d.lgs. n. 81 del 2008, all'art. 2, lett. n)**.

La prova della completezza ed esaustività del sistema vigente per la protezione dei luoghi di lavoro si rinviene indirettamente nel fatto che, pur a fronte di una emergenza pandemica imprevedibile, non si sono resi necessari interventi di modifica o integrazione della normativa vigente, ma è risultato sufficiente ricorrere ad indicazioni operative e mere raccomandazioni.

Il fulcro della tutela di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro è l'istituto della valutazione dei rischi; ci si è posti da subito il problema se il nuovo rischio sanitario, seppure generico e non collegato alla singola attività lavorativa, dovesse essere considerato in sede di valutazione dei rischi mediante un aggiornamento del relativo documento (Documento di Valutazione Rischi, c.d. DVR) ¹.

A sostegno di una risposta affermativa a tale quesito è sufficiente ricordare

¹ F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020; G. DE FALCO *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da Covid-19* Giustizia Insieme 22 aprile 2020; S. DÒVERE, *Covid -19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020; S. GIUBBONI, *Covid-19: Obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in corso di pubblicazione in *Lav. e prev.*, 1, 2020; R. GUARINIELLO, *La sicurezza del lavoro al tempo del coronavirus*, (e-book), Milano, 2020, 5; A. INGRAO, *C'è il Covid ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?* in *giustiziacivile.com*, 18.3.2020; C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Dir. sic. lav.*, 1, 2020, 136 e ss; M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, di prossima uscita in *Riv. it. dir. lav.*; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 413/2020; P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?* in *DSL*, 2, 2019, 107 ss.; ID., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *DSL*, 1, 2020, 129, 4; L.M. PELUSI *Tutela della salute dei lavoratori e Covid-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Riv. sic. lav.*, 2, 2019, 122 ss.; R. RIVERSO *Salute, lavoro e coronavirus, nella ricorrenza del 1° maggio*, in *Quest. giust.*, 1° maggio 2020; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. sic. soc.*, 2, 2020.

che l'**art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008** prevede l'applicazione del decreto a «tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio», che all'**art. 28, comma 2, lett. a)**, è presente il riferimento a «tutti i rischi per la sicurezza e la salute durante l'attività lavorativa»; che ai sensi dell'**art. 29, comma 3**: «La valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata ..., in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori».

Indubbio che l'emergenza sanitaria da Covid-19 imponga rilevanti modifiche dell'organizzazione di lavoro, sia di carattere generale che specifico, commisurate al rischio di esposizione a SARS-CoV-2, e che i **d.l. n. 19 e n. 33 del 2020** rimandino al datore di lavoro la definizione dell'assetto organizzativo in concreto adeguato a prevenire, o almeno mitigare, il rischio di contagio negli ambienti di lavoro; è tale esigenza di adeguamento a rendere necessario che si proceda ad un aggiornamento del DVR, con il coinvolgimento di tutte le figure della prevenzione nei luoghi di lavoro e, pertanto, anche del Responsabile per la prevenzione e protezione (RSPP), che coadiuva il datore di lavoro nell'attuazione delle misure.

2. - Le fonti dell'emergenza in materia di sicurezza sul lavoro.

L'emergenza sanitaria ha determinato la necessità di una sospensione di molte, ma non tutte le attività produttive, in alcuni settori si è infatti, sempre, continuato a lavorare in presenza (es. strutture socio-sanitarie, forze dell'ordine, forze armate e servizi essenziali della pubblica amministrazione, filiera alimentare, farmacie, trasporti, ecc.); nel passaggio alla cd Fase 2 è stata prevista una progressiva riapertura di quasi tutte le attività sospese e quindi una massiccia affluenza di persone nei luoghi di lavoro. Tra i provvedimenti legislativi rilevano i già richiamati decreti legge; l'**art. 1, comma 2, d.l. n. 19 del 2020**, alle lett. z) e gg), stabilisce che le attività non sospese si svolgano previa assunzione delle misure idonee a garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio e che i servizi di pubblica necessità debbano adottare, qualora non sia possibile far rispettare detta distanza, protocolli di sicurezza anti-contagio e strumenti di protezione individuale.

L'art. 1, comma 14, d.l. n. 33 del 2020 ha implementato la copertura normativa dei protocolli e delle linee guide di settore rendendone obbligatorio il rispetto all'atto della ripresa per tutte le attività economiche e produttive e non solo nel caso in cui non sia possibile il distanziamento interpersonale; prevista anche una sorta di decentramento, nel rispetto delle indicazioni nazionali, a favore delle regioni o della Conferenza delle regioni e delle province autonome.

Significativa la elevazione a norma della disposizione sanzionatoria già presente nei protocolli adottati dalle parti sociali: ai sensi del comma 15 "Il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicurino adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza".

Ebbene, il 14 marzo 2020 è stato sottoscritto fra il Governo e le parti sociali un protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, ulteriormente integrato il 24 aprile 2020; nella stessa data è stato sottoscritto un protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri, fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali; al 20 marzo 2020 risale il protocollo siglato nel settore del trasporto e della logistica.

Con riguardo alle attività pubbliche non differibili o ai servizi pubblici essenziali, sono stati stipulati dal Ministro per la pubblica amministrazione con le sigle sindacali maggiormente rappresentative nella pubblica amministrazione due protocolli di sicurezza analoghi a quelli del settore privato, in data 3 e 8 aprile 2020.

Diversi i d.P.C.M. che sono stati emanati in attuazione del **d.l. n. 19 del 2020**, in base all'evoluzione dell'emergenza sanitaria; il **d.P.C.M. 10 aprile 2020 all'art. 2**, comma 10, ha disposto che le imprese le cui attività non sono sospese rispettino "i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali", mentre all'art. 1, lett. ii), con riferimento alle attività professionali, che proseguono, raccomanda, tra l'altro, di assu-

mere protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione, “laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento”, di strumenti di protezione individuale, e di incentivare le operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro. Il **d.P.C.M. del 26 aprile 2020** contiene analoghe previsioni rispettivamente, all'art. 2, comma 6, con riferimento al Protocollo sottoscritto il 24 aprile 2020 per le attività produttive, di cui è stato anche disposto l'inserimento come allegato 6, ed all'art. 1, lett. 11), punto c), per le attività professionali.

Infine il d.P.C.M. del 16 maggio 2020 all'art. 2 impone sull'intero territorio nazionale e per tutte le attività produttive industriali e commerciali il rispetto del protocollo condiviso del 24 aprile 2020, che ne costituisce l'allegato 12, nonché, per i rispettivi ambiti di competenza, del protocollo per i cantieri, sottoscritto in pari data, che ne costituisce l'allegato 13, e del protocollo per il settore del trasporto e della logistica, che ne costituisce l'allegato 14; per le attività professionali il richiamo ai protocolli è all'art. 1, lett. 11, punto c).

Con particolare riferimento alla pubblica amministrazione rilevano la direttiva n. 2 del 12 marzo 2020 e la circolare n. 2 del 1° aprile 2020 del Ministro per la Pubblica Amministrazione, che hanno limitato al minimo indispensabile la presenza negli uffici, e adottato ogni idonea misura per la tutela della salute del proprio personale, ponendo come modalità ordinaria di lavoro quella del lavoro agile e mantenendo in presenza le attività non differibili e che riguardano l'effettuazione di servizi pubblici essenziali, cui si ispirano i protocolli sottoscritti per la pubblica amministrazione; il Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi del Ministero della Giustizia con circolare del 2 maggio 2020 ha invece dettato le misure di prevenzione per gli uffici giudiziari.

Tanto premesso, è possibile giungere alla conclusione che i provvedimenti innanzi menzionati assicurano ai Protocolli condivisi una sorta di copertura legislativa e che in ogni caso le misure ivi previste, rispecchiando sostanzialmente le raccomandazioni precauzionali fornite dall'OMS, si

integrano perfettamente con i principi e i precetti propri del sistema di prevenzione delineato dal **d.lgs. n. 81 del 2008** e dall'art. 2087 c.c. ².

Le norme adottate per la gestione dell'emergenza, in sinergia con i Protocolli, hanno codificato alcune misure precauzionali standard, valide per l'intero territorio nazionale, ed affidato ai datori di lavoro il compito di attuarle e di adeguarle alle specifiche esigenze della singola organizzazione aziendale; queste misure, seppure non esauriscono in termini assoluti le misure richieste ai fini all'adempimento dell'obbligo di sicurezza imposto dall'**art. 2087 c.c.**, che costituisce pur sempre un obbligo dinamico, sensibile all'evoluzione delle tipologie di rischi e delle tecniche note per prevenirli, individuano comunque, in termini ragionevoli e prossimi all'eshaustività, le misure precauzionali necessarie alla prevenzione del rischio da Covid-19 allo stato attuale delle conoscenze scientifiche conditise.

Alcune di queste prescrizioni risultano obbligatorie, altre solo raccomandate, in alcuni casi si cumulano, in altri sono alternative; ciò che rileva è che la loro adozione garantisca le condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative: la mancata attuazione del Protocollo che non assicuri adeguati livelli di protezione, oltre a comportare la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni richieste, espone il datore di lavoro alle conseguenze penali e civili connesse all'inadempimento.

3. - I Protocolli condivisi di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro.

Per consentire una ripresa progressiva di tutte le attività lavorative il

² In tale senso S GIUBBONI, *Covid-19: Obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., «Lo stretto rapporto con la fonte pubblicistica, a cui accede, attribuisce al Protocollo (ovviamente, già a quello del 14 marzo 2020) non soltanto quella estensione generale che scaturisce (indirettamente) dal rinvio in funzione integrativa del precetto di legge, ma – più ancora – efficacia “lato sensu normativa”. Non si può pertanto dubitare che le previsioni contenute nel Protocollo – ad integrazione di precetti che rinvergono fonte diretta nei decreti legge e nella normazione secondaria nel frattempo stratificatisi - condividano con questi ultimi la medesima natura di misure di tutela riconducibili alla nozione generale offerta dall' art. 15 del D.Lgs. n. 81/2008».

Governo e le parti sociali hanno concordato in data 14 marzo 2020, ed aggiornato il 24 aprile 2020, una serie di misure organizzative, di prevenzione e protezione; il Protocollo che le contiene, formalmente indirizzato ad imprese ed aziende private, è stato richiamato nell'analogo protocollo siglato per la pubblica amministrazione, non sussistendo ragioni ostative alla sua applicazione negli uffici pubblici ove sono analoghe le esigenze di tutela della salute.

L'attenzione è stata focalizzata sugli oneri di informazione, nei confronti dei lavoratori e di chiunque entri nei luoghi di lavoro, da assolvere anche mediante l'affissione di avvisi circa comportamenti e cautele da osservare, e sulle misure relative alle modalità di ingresso del personale e dei fornitori esterni, alla pulizia e sanificazione degli ambienti, alle precauzioni di igiene personale ed ai dispositivi di protezione individuale.

Altre disposizioni hanno natura tipicamente organizzativa, disciplinando la gestione degli spazi comuni, la turnazione aziendale, l'entrata e l'uscita dei dipendenti, gli eventi interni e le riunioni, il distanziamento delle postazioni di lavoro; si sollecita poi il ricorso al lavoro agile ed ai collegamenti a distanza, la fruizione di ferie, permessi ed ammortizzatori sociali. Sono date infine indicazioni per la gestione di una persona sintomatica, per l'incentivazione della sorveglianza sanitaria in azienda e la costituzione di un Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione.

Il Covid-19 viene classificato come un "rischio biologico generico" ed espressamente si prevede che le indicazioni operative ivi contenute sono finalizzate ad incrementare, negli ambienti di lavoro, non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento generale già adottate per tutta la popolazione al fine di contrastare l'epidemia, e che le stesse possono essere integrate con altre equivalenti, ovvero più incisive, tenendo conto della specificità di ogni singola realtà produttiva e delle situazioni territoriali, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali, "per tutelare la salute delle persone presenti all'interno dell'azienda e garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro."

La seconda misura individuata dal Protocollo, oggetto del presente contributo, attiene alle precauzioni da osservare in ordine alle modalità di ingresso nei luoghi di lavoro: essa prevede la possibilità di sottoporre il

personale al controllo della temperatura corporea prima dell'accesso al luogo di lavoro e quindi di impedirne l'ingresso nel caso in cui la temperatura risulti superiore ai 37,5°; le persone in tali condizioni, prescrive il documento, "saranno momentaneamente isolate e fornite di mascherine non dovranno recarsi al Pronto Soccorso e/o nelle infermerie di sede, ma dovranno contattare nel più breve tempo possibile il proprio medico curante e seguire le sue indicazioni."

La misurazione della temperatura non è indicata come obbligatoria, anche perché potrebbe risultare in alcuni contesti di complessa ed onerosa attuazione, ma è comunque raccomandata in modo specifico, quasi a volerne sottolineare l'efficacia, integrando sicuramente una delle misure necessarie secondo "l'esperienza e la tecnica".

Molto importante la nota 1) del Protocollo che suggerisce:

- di rilevare la temperatura e non registrare il dato acquisito;
- di identificare l'interessato e registrare il superamento della soglia di temperatura solo se necessario a documentare le ragioni che hanno impedito l'accesso ai locali aziendali;
- di fornire, anche oralmente, l'informativa sul trattamento dei dati personali, in cui è possibile omettere le informazioni di cui l'interessato è già in possesso;
- di indicare in tale informativa: quanto alla finalità del trattamento, la prevenzione dal contagio da Covid-19; quanto alla base giuridica, l'implementazione dei protocolli di sicurezza anti-contagio ai sensi dell'**art. 1, n. 7, lett. d) del d.P.C.M. 11 marzo 2020**; quanto alla durata dell'eventuale conservazione dei dati, la cessazione dello stato d'emergenza;
- di definire le misure di sicurezza e organizzative adeguate a proteggere i dati, individuando i soggetti preposti al trattamento e fornendo loro le istruzioni necessarie; a tal fine, si ricorda che i dati possono essere trattati esclusivamente per finalità di prevenzione dal contagio da Covid-19 e non devono essere diffusi o comunicati a terzi al di fuori delle specifiche previsioni normative (es. in caso di richiesta da parte dell'Autorità sanitaria per la ricostruzione della filiera degli eventuali contatti stretti di un lavoratore risultato positivo al Covid-19);
- di assicurare, in caso di isolamento momentaneo dovuto al superamento

della soglia di temperatura, modalità tali da garantire la riservatezza e la dignità del lavoratore.

I due protocolli sottoscritti per i dipendenti pubblici prevedono delle misure sostanzialmente analoghe dal punto di vista della prevenzione, organizzazione, sicurezza e tutela della salute; la misura del controllo della temperatura all'accesso non è richiamata in modo espreso, tuttavia al punto 4 è prevista l'implementazione delle azioni di sicurezza, "anche di misure analoghe a quelle riportate dal Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro". Risulta invece prevista come misura obbligatoria nell'analogo protocollo sottoscritto dalle parti sociali per il contenimento del contagio nel settore delle opere pubbliche e dei cantieri.

4. - Il controllo della temperatura corporea: natura giuridica.

La misurazione della temperatura corporea in tempo reale attraverso l'utilizzo dei cd. termo-scanner, in combinato disposto con l'allontanamento del soggetto che supera la soglia attenzionata dei 37.5°, può costituire un accorgimento estremamente utile ai fini del contenimento del contagio in quanto permette di verificare quotidianamente lo stato di salute di chi accede al luogo di lavoro, sia si tratti di dipendenti, che di pubblico o di fornitori, e sebbene non consenta di individuare i soggetti, spesso inconsapevoli e asintomatici, già portatori del virus, permette quanto meno di selezionare una parte dei potenziali contagiati.

Dal punto di vista tecnico risultano disponibili a tali fini diverse metodologie, da quelle più semplici del termometro manuale ad infrarossi o del termo-scanner portatile, posizionati in prossimità del soggetto da un operatore, a quelle più sofisticate che prevedono l'installazione fissa di termocamere o videocamere termografiche, collegate a PC con software in grado di elaborare velocemente i dati in tempo reale e di conservare nel tempo le rilevazioni.

I sistemi del primo tipo, offrono il vantaggio di essere poco costosi, di minore impatto ambientale e di non prevedere la conservazione dei dati, di contro però, richiedono una rilevazione più lenta, con possibile forma-

zione di code, e la presenza di un operatore, con tutti i rischi che per quest'ultimo possono derivare dal contatto ravvicinato con una molteplicità di persone; quelli più avanzati, che possono essere installati vicino ai varchi ed ai tornelli di ingresso, seppure più efficienti pongono maggiori problemi di gestione della privacy in quanto implicano una più elevata acquisizione di dati da trattare.

Quanto all'inquadramento di tale misura va innanzitutto escluso, per le caratteristiche strutturali, che ad essa trovi applicazione la disciplina dei dispositivi di protezione individuale (D.P.I.), dettata dal capo secondo del titolo terzo del **d.lgs. n. 81 del 2008**; ai sensi dell'art. 74 di tale decreto «si intende per dispositivo di protezione individuale...qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciarne la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo». Evidente, pertanto, che mentre costituiscono D.P.I. le mascherine, i guanti, gli occhiali protettivi, le cuffie, le tute, i camici che valgono a proteggere dal rischio di contagio, non rientra in tale definizione la misurazione della temperatura che non è individuale e non va indossata. Va però evidenziato che l'installazione di un termo-scanner, in quanto misura ulteriore ed efficace, può assumere indirettamente rilevanza ai fini di mitigare gli obblighi relativi all'utilizzo dei D.P.I. che, ai sensi dell'**art. 75 d.lgs. n. 81 del 2008**, «devono essere impiegati quando i rischi non possono essere evitati o sufficientemente ridotti da misure tecniche di prevenzione, da mezzi di protezione collettiva, da misure, metodi o procedimenti di riorganizzazione del lavoro».

Da escludere anche che il controllo della temperatura corporea costituisca una forma di controllo a distanza rientrante nel campo di operatività del divieto di cui all'**art. 4 L. 20 maggio 1970 n. 300**, pur con le modifiche introdotte dall'**art. 23 d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151**, c.d. Jobs Act, e in seguito dal **d.lgs. 24 settembre 2016 n. 185**.

I limiti al potere di controllo del datore di lavoro derivano dal contrapposto diritto dei lavoratori al rispetto della riservatezza, della dignità personale, della libertà di espressione e di comunicazione, nel segno degli **artt. 1, 2, 6, 13, 14 e 15 Cost.**; la normativa richiamata prevede un rigoroso divieto dei controlli lesivi dei diritti inviolabili ed è espressione di un

tendenziale sfavore per ogni tipo di controllo occulto, divieto attenuato solo in presenza di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e tutela del patrimonio aziendale e di un preventivo accordo sindacale o, in mancanza, di una autorizzazione amministrativa.

Al fine di bilanciare l'esigenza di tutela del lavoratore dai controlli odiosi del datore di lavoro e quella di quest'ultimo di sorvegliare il patrimonio aziendale nonché di controllare la prestazione del dipendente ai fini dell'esercizio del potere disciplinare, organizzativo e direttivo, l'art. 4 cit. ha previsto una procedura autorizzatoria che deve aver luogo o in sede sindacale o presso l'Ispettorato del lavoro.

A seguito delle modifiche apportate dall'**art. 23 del d.lgs. n. 151 del 2015**, tale procedura resta obbligatoria con esclusivo riferimento agli strumenti diretti al controllo del lavoratore e non anche agli strumenti di lavoro.

Con la modernizzazione delle tecniche lavorative e lo sviluppo tecnologico, si è assistito ad una implementazione delle forme dei controlli da remoto, in quanto il monitoraggio dell'attività lavorativa viene messo in atto non solo con l'utilizzo di impianti audiovisivi di video sorveglianza ma anche in modo occulto, mediante altri strumenti tecnologici, per i quali la verifica dell'adeguatezza della prestazione lavorativa costituisce una conseguenza indiretta e non lo scopo principale dell'installazione; ebbene è indubbio che la sola idoneità del sistema a condurre, di fatto, a un potenziale controllo a distanza del lavoratore, comporta la necessità per il datore di lavoro di ricorrere alle garanzie previste nell'art. 4.

Tanto premesso, il divieto di cui all'**art. 4 St.lav.** opera limitatamente a quelle forme di controllo messe in atto con strumenti tecnologici che consentono al datore di lavoro di monitorare l'attività del dipendente a prescindere dalla presenza in prossimità del lavoratore stesso; il termorilevatore della temperatura corporea, seppure effettuato a distanza e con strumenti tecnologici, non determina un controllo sulla correttezza e diligenza nell'adempimento della prestazione lavorativa bensì solo un monitoraggio dello stato di salute del dipendente e non rientra quindi nel campo di applicazione della norma suddetta.

Da verificare ancora l'operatività del divieto di accertamenti sanitari sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente, posto al datore di lavoro dall'**art. 5, comma 1, St.lav.**

La Corte costituzionale ha più volte affermato che la salute è un bene primario, costituzionalmente protetto, che assurge a diritto fondamentale della persona, che impone piena ed esaustiva tutela ³, tale da operare sia in ambito pubblicistico che nei rapporti di diritto privato ⁴, ma che lo stesso non si esaurisce in una situazione di pretesa, implicando anche l'assunzione di doveri.

Salvaguardata in ogni caso la dignità della persona, che comprende il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato, l'**art. 32 Cost.** prevede un contemperamento del diritto alla salute di ciascun individuo con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio.

Afferma la Consulta, nella sentenza 2 giugno 1994 n. 218 in tema di accertamenti dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV, che «In tal caso le attività che, in ragione dello stato di salute di chi le svolge, rischiano di mettere in pericolo la salute dei terzi, possono essere espletate solo da chi si sottoponga agli accertamenti necessari per escludere la presenza di quelle malattie infettive o contagiose, che siano tali da porre in pericolo la salute dei destinatari delle attività stesse».

Posta dunque la legittimità da un punto di vista costituzionale di tutti quegli accertamenti che, nel rispetto della dignità e del diritto alla riservatezza della persona che vi sia sottoposta, siano necessari, anche in ambito lavorativo, in correlazione con l'esigenza di tutelare la salute dei terzi o della collettività generale, nessun ostacolo sembra derivare dall'**art. 5 l. n. 300 del 1970**.

Tale norma è finalizzata a tutelare la libertà e la dignità del lavoratore e ad impedire che i datori di lavoro, per controllare l'idoneità o le ragioni dell'assenza per infermità del lavoratore ricorrano a medici di loro fiducia, anziché al servizio sanitario nazionale, potendo così strumentalizzare l'accertamento sanitario per fini impropri, che possono essere lesivi della dignità del lavoratore e propedeutici a provvedimenti illegittimi quali

³ Corte Cost., 22 giugno 1990 n. 307 e 16 ottobre 1990 n. 455.

⁴ Corte Cost., 7 maggio 1991 n. 202; 18 dicembre 1987 n. 559; 14 luglio 1986 n. 184.

sanzioni disciplinari o licenziamenti; la ratio della norma è dunque di garantire l'imparzialità del controllo sanitario sulla infermità del lavoratore dipendente a tutela della dignità di quest'ultimo.

La misura in esame mira, al contrario, a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro del lavoratore e di tutti coloro che con il lavoratore vengano a contatto nell'esercizio delle sue mansioni; costituisce attuazione degli obblighi di prevenzione e protezione gravanti sul datore di lavoro; non implica, in ogni caso, una diagnosi invasiva, e quindi un accertamento di natura sanitaria, ma solo la verifica di una alterazione febbrile, potenzialmente pericolosa, ma non classificabile e quindi non suscettibile di strumentalizzazioni future.

Del resto, ai sensi dell'**art. 20 d.lgs. n. 81 del 2008**, rientra tra gli obblighi dei lavoratori prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ed osservare le disposizioni e le istruzioni impartite ai fini della protezione collettiva e individuale.

234

Indubbio invece che la rilevazione in tempo reale della temperatura corporea all'atto dell'accesso nel luogo di lavoro costituisca un trattamento di dati personali, ed in particolare di dati sensibili, in quanto relativi allo stato di salute, cui risulta pertanto applicabile la disciplina della privacy vigente.

5. - La tutela dei dati personali del lavoratore.

Il diritto alla riservatezza e alla tutela della vita privata, nonché il diritto alla protezione dei dati personali, quali manifestazioni della dignità umana, costituiscono da anni oggetto di tutela sia in ambito nazionale che sovranazionale.

Pur in mancanza di una norma specifica, il diritto al rispetto di tali valori è stato riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sulla base della lettura sistematica di altre disposizioni nella nostra **Costituzione**: l'**art. 2**, per il richiamo ai diritti inviolabili della persona; l'**art. 3**, per l'affermazione della pari dignità sociale tra gli individui; l'**art. 14**

relativo alla protezione del domicilio, l'art. 15 sulla libertà e segretezza della corrispondenza, l'art. 13 sulla libertà personale, l'art. 21 sulla protezione della libertà di manifestazione del pensiero.

Più recente l'elaborazione del diritto alla privacy; a seguito della diffusione della tecnologia informatica e delle sue applicazioni è emersa sempre con maggior vigore la necessità di tutelare il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, quale diritto distinto e autonomo rispetto alla tutela della vita privata e alla sua riservatezza, al fine di garantire a ciascun soggetto la facoltà di controllare l'insieme delle informazioni che a lui si riferiscono e che costituiscono la manifestazione della sua persona e di proteggere tale identità dal trattamento altrui in innumerevoli attività, potenzialmente pericolose per i diritti della persona.

Tutelare la riservatezza ed il diritto alla protezione dei dati personali significa assicurare tutela alla libertà ed alla dignità del singolo, riconoscendogli il diritto di autodefinirsi e di controllare le informazioni che riguardano la sua persona.

Il diritto alla protezione dei dati personali è stato riconosciuto quale diritto fondamentale dall'**art. 16 del TFUE** e dall'**art. 8 della CDFUE**, che gli ha riconosciuto un collocamento autonomo accanto al tradizionale diritto al rispetto della vita privata e familiare (di cui all'art. 7).

L'art. 52, § 1, della Carta prevede tuttavia che anche diritti come quelli sanciti dagli artt. 7 e 8 della medesima possano essere limitati, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, ne garantiscano il contenuto essenziale e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano a finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La tutela dei dati personali è poi assicurata dal **regolamento (UE) 2016/679** (di seguito **GDPR**),⁵ e nel nostro ordinamento dal **d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196**, cd **Codice della Privacy**, così come modificato dal **d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101**, in attuazione del regolamento UE.

Ai sensi dell'**art. 4, comma 1, lett. d)**, **d.lgs. n. 196 del 2003** costituisce

⁵ F. COSTANTINI, *Il Regolamento (UE) 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *Lav. giur.*, 2018, 6, 545; D. POLETTI, *GDPR tra novità e discontinuità. Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 2777.

dato sensibile quello idoneo a rivelare informazioni, espressamente elencate, attinenti a differenti profili della persona, relativi a caratteristiche, stati, condizioni ovvero all'esercizio di libertà fondamentali, tra cui rientrano anche le condizioni di salute.

Ai sensi dello stesso articolo per trattamento si intende "qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati".

Anche nei confronti dei datori di lavoro trovano applicazione i principi base che disciplinano il trattamento dei dati personali fissati dagli artt. 5 e 6 del GDPR.

Il datore di lavoro deve dunque rispettare:

- il principio di necessità: il trattamento deve risultare necessario o indispensabile rispetto ad uno scopo determinato ed avere il carattere dell'eccezionalità, limitato nel tempo e nell'oggetto, mirato e mai massivo;
- il principio di finalità: i dati vanno trattati per finalità specifiche e legittime, tenendo in considerazione il principio di limitazione delle finalità, assicurando che i dati raccolti siano adeguati, pertinenti e limitati per la finalità prevista;
- il principio di trasparenza: il datore di lavoro deve informare preventivamente il dipendente in merito all'uso dei dati, ai limiti di utilizzo ed alle finalità delle tecnologie utilizzate;
- il principio di proporzionalità: il datore di lavoro deve adottare forme di trattamento strettamente proporzionate e non eccedenti lo scopo dello stesso;
- il principio di sicurezza: i dati raccolti devono essere protetti in modo adeguato da accessi non autorizzati e non conservati più a lungo del necessario.

In ambito lavorativo le basi giuridiche del trattamento sono:

- la necessità di esecuzione del contratto (nella specie di lavoro);
- la necessità di adempiere ad un obbligo legale del datore (ad es. gli

adempimenti in ambito previdenziale, assistenziale, amministrativo e tributario);

– la necessità di salvaguardare l'interesse vitale del dipendente o di altra persona fisica, specie nei luoghi di lavoro che presentano rischi particolari per la salute;

– il perseguimento del legittimo interesse del titolare (in tal caso va valutato preventivamente se il trattamento sia necessario e proporzionato per il perseguimento di una legittima finalità del datore di lavoro).

Nell'ambito del rapporto di lavoro tendenzialmente si esclude che il consenso possa essere invocato come base giuridica del trattamento da parte del datore di lavoro in quanto, data la disparità di posizioni tra le parti, difficilmente lo stesso può ritenersi liberamente prestato, e quindi genuino.

Il consenso è infatti definito come qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica e informata, con la quale l'interessato accetta che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di un trattamento; nel rapporto di lavoro, dato lo squilibrio delle posizioni contrattuali, la mancata espressione del consenso può tradursi in un effettivo o potenziale pregiudizio per il lavoratore o la sua manifestazione può essere conseguente all'assoggettamento a pressioni da parte del datore di lavoro.

237

Questa impostazione è stata condivisa dal WP29, il Gruppo di Lavoro costituito ai sensi dell'art. 29 della ora abrogata direttiva europea 95/46 e sostituito dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (European Data Protection Board) che, nel parere datato 8 giugno 2017, ha evidenziato come i lavoratori non siano quasi mai nella posizione di poter dare, rifiutare o revocare liberamente il proprio consenso, data la componente di dipendenza che caratterizza il rapporto con il datore di lavoro.

Di regola dunque il consenso non può essere considerato come una valida base giuridica per i trattamenti effettuati nell'ambito del rapporto di lavoro, salvo ipotesi eccezionali nelle quali, vista la totale assenza di conseguenze legate alla sua espressione o, al contrario, di un diniego, lo stesso potrebbe possedere i necessari requisiti.

In sintesi, tali principi impongono al datore di lavoro, in qualità di titolare dei dati del lavoratore, un trattamento che rispetti i principi di pertinenza e non eccedenza e quindi per finalità determinate, esplicite e legittime,

con modalità il meno invasive possibile, minimizzando i rischi di un loro trattamento illecito.

Con trattamento illecito, si intende un trattamento in violazione del principio di necessità, secondo cui i sistemi informativi e i programmi informatici devono essere configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi in relazione alle finalità perseguite, ed in violazione del principio di correttezza, secondo cui le caratteristiche essenziali dei trattamenti devono essere rese note ai lavoratori.

6. - La liceità del trattamento dei dati rilevati a seguito della misurazione della temperatura corporea.

Tanto premesso, la misura della temperatura corporea costituisce un dato attinente alla salute che rientra nel divieto generalizzato di trattamento di cui all'art. 9 GDPR; lo stesso art. 9 al § 2 prevede però una serie di casi in cui tale divieto non trova applicazione.

Esclusa l'utilizzabilità della lett. a), che fa riferimento al consenso, assumo rilevanza:

- la lett. b): secondo cui è ammesso il trattamento «necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato»
- la lett. i): secondo cui è ammesso il trattamento «necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale»
- la lett. h); secondo cui è ammesso il trattamento «necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale

ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al § 3.

Ai sensi del § 3, nei casi di cui alla lett. h) i dati vanno trattati «da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti o da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti».

Rileva ancora il § 4 dell'art. 9 che, in tema di dati relativi alla salute, consente agli Stati membri di mantenere o introdurre ulteriori condizioni e limitazioni, e l'art 88 del GDPR che, in attuazione del considerando n. 155, riconosce agli stessi Stati di prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Il nostro Stato ha esercitato questa facoltà con l'**art. 2-septies d.lgs. n. 196 del 2003** (inserito dal **d.lgs. n. 101 del 2018**), che ha rimesso al Garante il compito di prevedere delle specifiche “misure di garanzia” per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute.

Il Garante per la privacy non ha ancora individuato tali misure, per cui trova applicazione la disciplina transitoria dettata dall'art. 21 dello stesso decreto che rinvia alle autorizzazioni generali vigenti; ad oggi il punto di riferimento è costituito dal Provvedimento generale del Garante del 13 dicembre 2018, secondo il quale un dato particolare idoneo a rivelare lo stato di salute, può esser trattato solo se necessario «per adempiere o per esigere l'adempimento di specifici obblighi o per eseguire specifici compiti previsti dalla normativa dell'Unione europea, da leggi, da regolamenti o da contratti collettivi anche aziendali, ai sensi del diritto interno».

Sollecitato da numerose richieste nel parere del 2 marzo 2020, il Garante ha precisato che «I datori di lavoro devono [...] astenersi dal raccogliere, a priori e in modo sistematico e generalizzato, anche attraverso specifiche richieste al singolo lavoratore o indagini non consentite, informazioni

sulla presenza di eventuali sintomi influenzali del lavoratore e dei suoi contatti più stretti o comunque rientranti nella sfera extra lavorativa», in quanto l'accertamento e la raccolta di informazioni concernenti i sintomi tipici del suddetto virus e le informazioni sui recenti spostamenti di ogni individuo sono di competenza degli operatori sanitari e della protezione civile.

Il Garante ha quindi invitato «tutti i titolari del trattamento ad attenersi scrupolosamente alle indicazioni fornite dal Ministero della salute e dalle istituzioni competenti per la prevenzione della diffusione del Coronavirus, senza effettuare iniziative autonome che prevedano la raccolta di dati anche sulla salute di utenti e lavoratori che non siano normativamente previste o disposte dagli organi competenti»; l'adozione dei Protocolli innanzi descritti è stata vista come una risposta alle sollecitazioni del Garante.

Il gruppo dei Garanti Europei, l'European Data Protection Board, infine, con una dichiarazione del 16 marzo 2020 ha indicato una soluzione nella possibilità di utilizzare come base giuridica del trattamento l'art. 9, par. 2, lett. i) o h) del GDPR che, per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità o di finalità di medicina preventiva, non richiedono il consenso dell'interessato.

7. - Osservazioni conclusive.

Il rilevamento della temperatura corporea non costituisce un D.P.I. ex **d.lgs. n. 81 del 2008**, né una forma di controllo a distanza ex **art. 4 st. lav.**, né un accertamento vietato ex **art. 5 st. lav.**, ma implica necessariamente il trattamento di dati sensibili, in quanto personali ed attinenti alla salute, vietato ma possibile secondo le prescrizioni di cui all'art. 9 del GDPR.

Lo strumento risulta certamente conforme ai principi di necessità, finalità e trasparenza di cui all'art. 5 del GDPR: siamo in presenza di una misura estremamente utile, raccomandata ed efficace ai fini del contenimento del contagio da Covid-19 negli ambienti di lavoro, ed in particolare negli uffici che si caratterizzano per una indiscriminata affluenza di pubblico, la sua finalità è e deve essere limitata al periodo dell'emergenza epidemiologica, il suo utilizzo non avviene in maniera occulta ed è possibile una preventiva informativa sulle sue modalità di utilizzo.

La base giuridica del trattamento, *ex art. 6 del GDPR*, va individuata nella necessità di salvaguardare l'interesse vitale del dipendente nel luogo di lavoro, e di tutte le altre persone fisiche che ad esso vi accedono, alla protezione dal rischio di contagio, intensificando le misure idonee a prevenire il contatto con soggetti portatori del virus Sars-CoV-2.

Il trattamento, a prescindere dal consenso dell'interessato, che nella specie potrebbe essere pregiudicato dal rapporto lavorativo in atto, va ritenuto lecito secondo i parametri di cui all'art. 9 del GDPR per un triplice ordine di ragioni:

- ai sensi della lett b), in quanto: necessario al datore di lavoro per assolvere gli obblighi di tutela dell'incolumità fisica del lavoratore e per adempiere gli obblighi in tema di sicurezza sul lavoro; autorizzato dal diritto nazionale, alla stregua dei testi normativi innanzi richiamati, nonché da un contratto collettivo, potendo qualificarsi come tali i Protocolli condivisi sottoscritti da tutte le parti sociali sia per il lavoro pubblico che privato;
- ai sensi della lett. i), in quanto rispondente all'interesse generale per la sanità pubblica di proteggere da una grave minaccia per la salute il maggior numero di cittadini, al fine di poter garantire parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria;
- ai sensi della lett h), in quanto necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro e per una gestione efficiente del servizio sanitario nazionale.

Posta la legittimità e liceità della misura, ai fini del rispetto «delle garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato», richiesto dalla lett b) cit., nonché dei principi di proporzionalità e sicurezza del trattamento dei dati andrebbe prestata una particolare attenzione alle modalità di attuazione del controllo.

Lo sviluppo tecnologico a disposizione consente l'utilizzo di sistemi diversamente invasivi sotto il profilo della privacy: al fine di contenere gli oneri di gestione, conservazione e sicurezza dei dati andrebbero preferite quelle metodiche che prevedono l'identificazione nominativa limitata ai soggetti che risultino eventualmente positivi al controllo, in quanto affetti da uno stato febbrile superiore al livello soglia, nonché un'anonimizzazione dell'acquisizione del dato, non associata cioè a rilievi fotografici o riprese video o alla rilevazione della presenza mediante badge.

Si ricorda che ai sensi dell'art. 25 del GDPR la protezione dei dati va garantita sin dalla progettazione (cd *privacy by design*) e per impostazione predefinita (cd *privacy by default*), nel rispetto del principio di minimizzazione, secondo cui il trattamento deve riguardare soltanto i dati necessari alle specifiche finalità previste.

L'attivazione del controllo dovrebbe essere preceduta da una proceduralizzazione delle misure di conservazione e sicurezza dei dati che sarà necessario raccogliere, quanto meno nei casi di positività.

Sintetizzando:

- l'acquisizione e la conservazione dei dati va limitata al periodo dell'emergenza;
 - se richiesto, ai sensi dell'art. 37 GDPR, deve essere individuato e nominato il responsabile del trattamento dei dati nonché il responsabile della protezione dei dati;
 - se risulta necessaria una rilevazione manuale, vanno individuati gli operatori addetti a tale operazione, i cui nominativi andranno portati a conoscenza dei lavoratori; a tali addetti dovrà essere fornita una adeguata formazione, gli stessi vanno dotati di tutti i D.P.I. indispensabili per espletare tale mansione in sicurezza; va verificata la riconducibilità di tali compiti tra quelli oggetto di un capitolato di appalto dei servizi di vigilanza, se già in atto, o la possibilità di assegnazione di tale incombenza a personale interno;
 - anche in caso di strumentazione che consenta il rilievo a distanza va comunque assicurata la presenza di un operatore competente ad assolvere gli oneri di informazione e ad intervenire in caso di positività per le procedure consequenziali;
 - va istituito il registro del trattamento, in presenza di un dato che rientra nella previsione di cui all'art. 9, § 1 GDR (art. 30 GDPR);
 - va garantito l'utilizzo dei dati solo per le finalità specifiche di prevenzione anti-contagio e proibita la diffusione a terzi, salvo nei casi autorizzati;
 - va attivato un sistema di protezione dei dati da eventuali accessi abusivi.
- Una particolare attenzione dovrebbe essere prestata all'informativa preventiva: nel luogo di allocazione dello strumento di rilevazione, e negli ambienti antecedenti e vicini, è necessario mettere a disposizione degli interessati sotto forma di brochure o volantini, o anche mediante semplice

affissione di avvisi, un'informativa dettagliata relativa alle modalità di raccolta, alle finalità del trattamento, ai titolari ed ai tempi di conservazione dei dati.

Gli operatori vanno istruiti in merito a tali informazioni e va sollecitata la loro disponibilità a fornire le informazioni anche oralmente.

Poiché la rilevazione della temperatura non costituisce un trattamento sanitario obbligatorio, va riconosciuto a chiunque il diritto di rifiutare di sottoporsi alla misurazione. In tale ipotesi, al fine di non pregiudicare l'utilità ed efficacia della misura, dovrà essere impedito l'accesso del soggetto che ha rifiutato la misurazione, senza alcun onere di identificazione; l'assenza dal lavoro non potrà in tal caso ritenersi giustificata, salvo ulteriori verifiche sulle ragioni eventualmente addotte come motivazione del rifiuto.

Il superamento della soglia di temperatura costituisce un impedimento all'accesso per il soggetto controllato che, con modalità che ne assicurino la tutela della dignità e riservatezza, dovrà essere posto in una condizione di isolamento momentaneo e dotato di mascherina protettiva.

All'uopo si richiede la preventiva individuazione di un locale idoneo ove espletare le formalità essenziali alla identificazione; l'identificazione appare necessaria per la conservazione del dato posto a fondamento del divieto di accesso, tanto sia al fine di consentire all'interessato eventuali contestazioni sia per predisporre a richiesta una certificazione dell'impedimento, necessaria per documentare le ragioni giustificative che hanno impedito l'accesso al luogo di lavoro (ad es. per giustificare l'assenza sul lavoro).

Nei confronti del soggetto in stato febbrile saranno maggiori gli oneri di informazione che dovranno includere l'invito a non recarsi al Pronto Soccorso e/o nelle infermerie di sede, ma a contattare nel più breve tempo possibile il proprio medico curante e seguire le sue indicazioni.

In conclusione: il controllo della temperatura corporea costituisce una misura idonea ed efficace rispetto alle esigenze di prevenzione e sicurezza negli ambienti di lavoro nel periodo dell'emergenza da pandemia Covid-19; seppure non obbligatoria, va ritenuta doverosa nell'ambito di una valutazione complessiva dell'adeguatezza delle misure di contenimento del contagio in quanto la normativa vigente in tema di sicurezza sul lavoro

richiede un adeguamento delle misure in atto, a fronte di rischi imprevisti, ma prevedibili sulla base delle conoscenze scientifiche e tecnologiche del momento storico.

Pur comportando il trattamento di dati sensibili, la misura va ritenuta legittima e lecita nel contesto emergenziale, purché attuata con modalità che rispettino i principi di pertinenza e proporzionalità e minimizzino i rischi di un trattamento illecito dei dati raccolti.

20.

Emergenza sanitaria e piattaforme conciliative: una proposta per gestire le transazioni da remoto

1. - Uno sguardo al di là del quadro normativo emergenziale.

Tra i molti profili del diritto del lavoro toccati dalla normativa emergenziale delle ultime settimane non rientrano i tentativi facoltativi di conciliazione.

Nonostante le misure disposte in materia di licenziamenti economici dall'**art. 46 d.l. 17 marzo 2020, n. 18**, il c.d. "Cura Italia" (il divieto di avvio delle procedure di licenziamento collettivo di cui agli **artt. 4, 5 e 24 l. 23 luglio 1991, n. 223**; la sospensione delle procedure previste dalla citata legge, se ancora pendenti, purché avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020; il generale divieto di recesso per giustificato motivo oggettivo, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati nell'impresa), spazi significativi restano potenzialmente aperti a soluzioni stragiudiziali; ciò, sia per il carattere temporaneo di tali misure (vigenti per sessanta giorni dall'entrata in vigore del Decreto), sia perché molte altre sono le materie che potrebbero essere oggetto di un accordo conciliativo. L'intento del legislatore di incentivare l'adozione di soluzioni alternative al licenziamento emerge tanto dal contenuto del citato art. 46, quanto dagli strumenti organizzativi e contrattuali attivati da altre disposizioni normative; si pensi, in particolare, al lavoro agile, alla fruizione delle ferie, ai permessi, agli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro. Proprio nella prospettiva di incoraggiare la scelta di strade diverse rispetto al licenziamento può essere valutato l'ampio margine di manovra offerto, in materia di mansioni, dall'**art. 2103, sesto comma, c.c.**, che dispone:

«Nelle sedi di cui all'articolo 2113, ultimo comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita». Specie rispetto all'obiettivo della "conservazione dell'occupazione", la valorizzazione dello strumento previsto dalla norma codicistica sarebbe comprensibile in una situazione di emergenza sanitaria, in quanto destinata ad avere inevitabili risvolti economici. Lo strumento, peraltro, costituirebbe una sponda contro la tentazione del datore di lavoro di invocare quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene giustificata la sospensione unilaterale del rapporto di lavoro **da parte del datore di lavoro ed esonera il medesimo dall'obbligazione retributiva, laddove la sospensione «non sia imputabile a fatto dello stesso, non sia prevedibile ed evitabile e non sia riferibile a carenze di programmazione o di organizzazione aziendale ovvero a contingenti difficoltà di mercato»** (La legittimità della sospensione, in ogni caso, va verificata in riferimento alla specifica situazione di temporanea impossibilità della prestazione lavorativa e richiede il duplice profilo dell'impossibilità della prestazione lavorativa svolta dal lavoratore e dell'impossibilità di ogni altra prestazione lavorativa in mansioni equivalenti (così Cass. civ., sez. lav., 27 maggio 2019, n. 14419 ord.; si rinvia altresì a Cass. civ., sez. lav., 9 agosto 2004, n. 15372).

L'esigenza di soddisfare gli altri due obiettivi individuati dall'art. 2103 c.c., quello dell'"acquisizione di una nuova professionalità" e quello del "miglioramento delle condizioni di vita", può evidenziarsi anche in un periodo di emergenza sanitaria. Ma, a ben guardare, molte altre sono le situazioni che, nonostante la fase emergenziale, potrebbero essere gestite sul piano stragiudiziale. A mero titolo esemplificativo, va ricordato che, ad oggi, le disposizioni governative di divieto e sospensione dei licenziamenti non intervengono in materia di licenziamento disciplinare e di recesso del datore dal contratto a termine. Inoltre, quale possibile oggetto di accordi conciliativi, vanno indubbiamente citate le controversie legate ai profili retributivi e, ancora, le dimissioni e le risoluzioni consensuali. Proprio nell'ambito degli accordi di risoluzione consensuale sono gestibili, tra

l'altro, situazioni di accesso anticipato al trattamento pensionistico; si pensi, ad esempio, alla misura che va sotto il nome di "pensione quota 100", modalità, temporanea e sperimentale che si differenzia dalle altre misure di accesso anticipato per la platea dei destinatari (dipendenti privati e pubblici), assolutamente indifferenziata, ferma restando la specifica condizione consistente nella rigida sommatoria del requisito anagrafico e di quello dell'anzianità contributiva, purché conseguiti entro

2. - Dalla procedura telematica per dimissioni e risoluzioni consensuali...

Individuati, ancorché in modo sommario, i possibili margini di intervento per eventuali accordi da sottoscrivere in sede stragiudiziale, si tratta ora di entrare nel merito di "come" tali accordi possano essere materialmente sottoscritti quando la preminente esigenza di tutela della salute, individuale e collettiva, impone rigide misure di distanziamento sociale, limitando al contempo gli spostamenti. In altri termini, il problema è garantire, anche in una situazione di emergenza sanitaria, la gestione stragiudiziale di controversie legate allo svolgimento del rapporto di lavoro o alla sua conclusione, assecondando altresì la volontà delle parti di un rapporto di lavoro di disporre dei propri diritti, nei limiti e nelle forme stabiliti dalla legge. Fonte di ispirazione è senza dubbio la filosofia che anima molte delle recenti misure governative e che suggerisce l'uso della tecnologia e lo svolgimento da remoto di situazioni del vivere quotidiano normalmente gestite alla presenza fisica dei soggetti coinvolti.

Ancorché emanato per ragioni comprensibilmente diverse, già l'**art. 26 d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151**, integrato dal successivo decreto ministeriale attuativo (d.m. 15 dicembre 2015), ha previsto che le dimissioni e la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro siano comunicate dal lavoratore, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche, grazie all'utilizzo di un apposito modulo, valido su tutto il territorio nazionale e dotato delle necessarie caratteristiche di non contraffabilità e non falsificabilità.

Il lavoratore potrà comunicare il recesso dal rapporto di lavoro senza ricorrere a soggetti abilitati dalla norma, oppure scegliendo di rivolgersi ad

essi. Per accedere al sistema e compilare il modello, nel primo caso avrà bisogno del codice personale INPS (PIN INPS) o dell'identità digitale (SPID). Nel caso di comunicazione resa per il tramite di uno dei soggetti abilitati dalla norma, invece, il sistema permette l'accesso anche in assenza del codice personale, con le sole credenziali che tali soggetti possiedono per l'accesso all'apposito portale del Ministero del lavoro. Soggetti "intermediari" abilitati sono i patronati, le organizzazioni sindacali, i consulenti del lavoro, le sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro, gli enti bilaterali e le commissioni di certificazione (art. 2 d.m. 15 dicembre 2015; **art. 26, comma 4, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151**).

Tra le ipotesi in cui la disciplina telematica non trova applicazione vi sono le dimissioni e le risoluzioni consensuali intervenute nelle sedi di cui all'**art. 2113, comma 4, c.c.**, o presso le commissioni di certificazione. Le parti, peraltro, ricorrono frequentemente a queste sedi, a prescindere dalla modalità con cui avviene l'uscita del lavoratore (dimissioni o risoluzione consensuale), per disciplinare anche aspetti ulteriori, come ad esempio, a mero titolo esemplificativo, rinunce reciproche, riconoscimento al lavoratore di somme a titolo di transazione generale e novativa, patti di non concorrenza, ecc.

In tempi di emergenza sanitaria potrebbe però essere utile individuare un meccanismo che, sulla falsariga di quello telematico di cui all'**art. 26 d.lgs. n. 151 del 2015**, e grazie al supporto della tecnologia, consenta alle sedi competenti di espletare una procedura idonea a gestire in via stragiudiziale e da remoto specifiche situazioni connesse allo svolgimento o alla conclusione del rapporto di lavoro.

3. - ...ad una piattaforma conciliativa gestita dalle Commissioni di certificazione.

A ben vedere, il ricorso a procedure telematiche a distanza per l'espletamento dell'attività conciliativa è contemplato nei Regolamenti di talune Commissioni di certificazione. Normalmente esse si avvalgono di applicazioni informatiche che permettono collegamenti a distanza audio-video e la contestuale condivisione di un verbale che dovrà poi essere sottoscritto dai soggetti coinvolti: il commissario-conciliatore, che certificherà la vo-

lontà delle parti, datore di lavoro e lavoratore. Quelle procedure telematiche consentono, in tempi di rarefazione sociale in cui risulta prioritario evitare le occasioni di contagio, di raggiungere lo stesso risultato che verrebbe ottenuto “in presenza”. Ipotizzando che commissario, datore e lavoratore siano collegati da tre diverse postazioni, si dovrà procedere alla sottoscrizione manuale del verbale. Pertanto, una delle parti dovrà dapprima apporre sigle e/o firme su ciascun foglio del verbale precedentemente stampato e successivamente trasmetterne la scansione via e-mail alla controparte; quest’ultima, a sua volta, procederà a siglare e firmare il documento ricevuto per poi inviarlo al Commissario per l’espletamento delle medesime operazioni. Seguendo lo stesso ordine, dovranno essere recapitati a mezzo posta gli originali del verbale che, inevitabilmente, saranno siglati e firmati in momenti differenti; gli originali cartacei completi saranno poi recapitati dalla Commissione a ciascuna delle parti. Nel complesso, la procedura risulterebbe più articolata, tanto nel corso dell’audizione, quanto nella fase successiva di circolazione del cartaceo, nell’ipotesi di partecipazione a distanza di professionisti abilitati, rappresentanti delle associazioni datoriali o delle organizzazioni sindacali, se collegati da un luogo fisico diverso da quello dei propri assistiti. Tuttavia, il ricorso al cartaceo, che presuppone la disponibilità di scanner e/o fotocopiatrici, potrebbe essere evitato attraverso l’impiego della firma digitale. Dal momento che la firma digitale non ha ancora un’ampia diffusione, specie tra i lavoratori, e sempre nell’ottica del superamento della versione cartacea del verbale, la riflessione dovrebbe spingersi verso l’individuazione di altre soluzioni. Nel pieno rispetto della *privacy* dei soggetti coinvolti e di ogni precauzione necessaria contro il rischio di contraffabilità, si potrebbe prevedere una comunicazione inviata dal Commissario all’indirizzo di posta elettronica delle parti, con l’invito ad accedere ad un *link*. Esse, una volta collegate, procederanno all’inserimento dei propri dati identificativi, all’esito del quale riceveranno sia le credenziali per accedere alla piattaforma nel giorno e all’orario stabiliti per l’audizione, sia un codice PIN, dotato di marcatura temporale e di validità limitata al giorno della conciliazione, da utilizzare per la firma del verbale. Il Commissario e le parti accederanno, ciascuno utilizzando le proprie credenziali, ad un luogo virtualmente configurato per lo svolgimento del-

l'audizione ("stanza virtuale"). Dopo aver identificato i partecipanti, il Commissario procederà alla lettura del verbale che le parti visualizzeranno su una sorta di "lavagna virtuale", potendo suggerire eventuali modifiche che solo il Commissario sarà abilitato ad apportare. Sulla versione definitiva e non modificabile dello stesso prima le parti e, infine, il Commissario apporranno il proprio PIN personale, ottenuto in fase di registrazione. La versione del verbale così firmata potrà essere trasmessa dal Commissario agli indirizzi di posta elettronica delle parti e ai soggetti pubblici competenti, per ragioni strettamente correlate alle finalità della transazione. Con le stesse modalità appena illustrate potranno partecipare all'audizione da remoto anche gli eventuali rappresentanti di ciascuna parte.

Orbene, qualche riflessione può meritare la possibilità che una procedura ispirata al modello proposto venga messa a punto dalla singola Commissione, in virtù della propria autonomia regolamentare, anche in assenza di un intervento legislativo al riguardo. In qualche misura significativo è il fatto, già richiamato, che la procedura telematica per le dimissioni e la risoluzione consensuale non trovi applicazione proprio quando esse intervengano, ad esempio, presso una Commissione di certificazione. Ciò conferma la fiducia accordata dal legislatore nei confronti di quei soggetti che, nella veste di commissari-conciliatori, sono nelle condizioni di fornire alle parti esaustiva informazione rispetto al contenuto dell'accordo che si accingono a sottoscrivere, al significato delle clausole e alle espressioni in esso contenute, nonché agli effetti derivanti dalla sottoscrizione dello stesso. Inoltre, essi sono nelle condizioni di valutare la capacità ed il potere delle parti di conciliare una specifica controversia.

Ammesso che in futuro il legislatore possa manifestare interesse nei confronti di un sistema uniforme di sottoscrizione elettronica di un accordo conciliativo, allo stato attuale, qualora una Commissione di certificazione volesse attivare una procedura simile a quella proposta, sarebbe comunque opportuna una previa condivisione della stessa con i competenti organi pubblici, se non altro al fine di rendere conoscibili, in un'ottica di trasparenza, le proprie modalità di funzionamento. Del resto, se si pensa alle Commissioni istituite presso un Ateneo e sempre in un'ottica di condivisione delle prassi seguite, sono già previste delle comunicazioni periodiche nei confronti del Ministero del lavoro (**art. 76, c. 2, d.lgs. n.**

276/2003). Nel caso concreto, l'esigenza di condivisione si apprezza in quanto, con ogni probabilità, tali organi non hanno esplicitato la procedura applicabile alle conciliazioni da remoto all'interno del proprio Regolamento istitutivo. L'auspicabile omogeneità delle prassi seguite deve altresì tenere in debita considerazione che la competenza delle Commissioni istituite presso un Ateneo si estende a tutto il territorio nazionale. Essa, inoltre, può stimolare l'elaborazione di codici di buone pratiche per l'attività conciliativa, andando ad integrare le indicazioni già fornite in tal senso dal legislatore in materia di certificazione (**artt. 78**, comma 4, e **84, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003**; art. 4 d.m. 14 giugno 2004).

Indubbiamente, la straordinarietà di una determinata fase storica può operare come una sorta di vettore di comportamenti virtuosi da implementare anche in contesti diversi da quelli nei quali hanno visto la luce, contesti in cui la necessità di garantire il distanziamento sociale, auspicabilmente, cede il passo ad una "normalità" più consapevole ed attenta ad assecondare altre esigenze come la tutela dell'ambiente che può trarre beneficio tanto dall'eliminazione del supporto cartaceo, quanto dalla riduzione degli agenti inquinanti immessi nell'atmosfera dai soggetti costretti a spostarsi per poter raggiungere fisicamente la sede istituzionale dell'ente presso il quale intendono sottoscrivere una transazione.

4. - Riferimenti bibliografici.

O. DESSÌ, *La nuova disciplina sulle dimissioni e sulla risoluzione consensuale del contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, 641; C. DI CARLUCCIO, *Dimissioni: problemi esegetici e soluzioni interpretative. Nuove prospettive schiuse dal d.lgs. n. 151/2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 189; G. PROIA, *La nuova disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale*, in *Riv. it. dir. lav.* 2017, I, 3.

21.

Prevenire i rischi psicosociali del lavoro (fr-)agile da COVID-19. Riflessioni operative dal modello spagnolo

1. - Premessa.

Nel quadro dell'emergenza sanitaria e socioeconomica in atto, lo *smart working* (*rectius*, il lavoro agile) ha, come noto, assunto i contorni della «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa», nella Pubblica Amministrazione, ma anche nelle imprese private, la cui attività può, almeno in parte, essere svolta da remoto, nonostante la generalizzata sospensione del sistema produttivo e commerciale (d.P.C.M. 22 marzo 2020).

Attraverso il presente contributo non si intende richiamare la disciplina sul punto dettata dai vari D.P.C.M. tempo per tempo intervenuti [in specie art. 2, comma 1, lett. r), d.P.C.M. 8 marzo 2020 e art. 1, n. 7), lett. a), d.P.C.M. 11 marzo 2020] e, almeno in parte, dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18; né si ambisce a fornire una trattazione esaustiva in punto di salute e sicurezza sul lavoro svolto con modalità agili.

In questa sede, si vuole piuttosto proporre alcuni spunti di riflessione e delle mirate considerazioni operative, attorno ai profili di prevenzione e gestione dei rischi psicosociali intrinsecamente connessi allo *smart working*, praticato in un contesto “fragile”, ad elevata criticità diffusa, qual è quello di una pandemia, che costringe al distanziamento sociale.

Il ragionamento prende le mosse dalla presa di coscienza circa l'utilità (se non la necessità) di riferimenti e linee-guida, che accompagnino il datore

di lavoro (ma anche il lavoratore) nell'efficace attuazione di modalità di lavoro agili, attivate per far fronte all'emergenza da COVID-19. Ebbene, proprio in tale peculiare contesto pandemico, interessanti spunti di riflessione paiono offerti dalla documentazione prodotta dall'Istituto Nazionale Spagnolo per la Salute e la Sicurezza sul Lavoro, disponibile in *open access* sul sito www.insst.es, intitolata: "*Prevención de riesgos psicosociales en situación de trabajo a distancia debida al covid-19. Recomendaciones para el empleador*". Attraverso l'apertura di un piccolo scorcio sull'esperienza spagnola, possono essere invero colti utili elementi di ispirazione – per così dire "traslabili" anche nell'ordinamento italiano – che possano auspicabilmente orientare il datore di lavoro nell'implementazione di un modello di *smart working* emergenziale, efficace e sostenibile.

2. - Le linee-guida offerte dal modello spagnolo.

Nel quadro della dilagante pandemia da coronavirus, l'Istituto Nazionale Spagnolo per la Salute e la Sicurezza sul Lavoro (INSST) ha stilato un insieme di puntuali raccomandazioni rivolte ai datori di lavoro, tese a prevenire e gestire i rischi psicosociali connessi alla situazione emergenziale di lavoro a distanza, dovuta al COVID-19.

L'Istituto presenta, anzitutto, un elenco di comportamenti di base, che dovrebbero costantemente ispirare il datore di lavoro nel suo rapportarsi ai propri dipendenti "distanti": sviluppare una certa consapevolezza e conoscenza del fenomeno; essere gentili ed empatici nei confronti dei lavoratori, cercando di "proteggerli" (per quanto possibile) "dalla paura e dall'incertezza del lavoro", mantenendo un costante canale di comunicazione con loro, informandoli in modo preciso e aggiornato, senza "stigmatizzare" e colpevolizzare i lavoratori eventualmente contagiati.

Condotte queste molto elementari che, *prima facie*, possono financo apparire pleonastiche o non degne di nota, ma che, in un contesto emergenziale di distanziamento fisico, paiono invece non scontate e meritevoli di considerazione, nell'ottica della virtuosa gestione dello *smart working*.

Con riferimento, poi, alla dimensione propriamente organizzativa del lavoro, l'INSST procede ad individuare una serie di circostanze fattuali proprie della specificità del momento, che risultano idonee a limitare il

concreto svolgimento della prestazione di lavoro a distanza. Si pensi, invero, alla “novità” dell’ambiente di lavoro, alle criticità derivanti dall’isolamento e dal distanziamento sociale, dal timore delle incertezze lavorative socioeconomiche, nonché a quelle connesse alla condivisione degli spazi e delle risorse tecnologiche tra più persone, con esigenze e bisogni, in parte, sovrapponibili e, in altra parte, fortemente discordanti (si pensi al caso di famiglie con figli minori o con persone anziane a carico).

Ebbene, tutti questi elementi – che, di per sé, potrebbero financo essere considerati secondari – nel loro insieme e nel contesto emergenziale di specie, sono evidenziati dall’Istituto, in funzione del particolare sforzo datoriale che richiedono, in termini di comprensione, flessibilità e informazione ai lavoratori.

E invero, proprio l’instaurazione e l’alimentazione di un efficace canale di comunicazione con i lavoratori rappresenta una priorità assoluta per i datori di lavoro, chiamati a condividere con i propri dipendenti a distanza, i cambiamenti generali in atto, la pianificazione degli “incontri” e la calendarizzazione delle *call*, le modifiche organizzative e le procedure interne mutate per effetto dell’emergenza, l’evoluzione della specifica posizione contrattuale del singolo lavoratore.

In altri termini, l’Istituto Nazionale Spagnolo per la Salute e la Sicurezza sul Lavoro suggerisce ai datori di mantenere un approccio inclusivo e interattivo nei confronti dei lavoratori, informandoli, sebbene senza eccessi, dosando il flusso di notizie, sollecitando anche l’espressione di opinioni e punti di vista, nonché rispondendo con chiarezza e trasparenza ad eventuali dubbi posti dai lavoratori.

Affianco al “pilastro” della comunicazione e dell’informazione, l’Istituto fornisce, poi, un decalogo di azioni strategiche, sotto il profilo prettamente organizzativo del lavoro: il datore di lavoro è, invero, chiamato a provvedere alla dotazione degli strumenti tecnologici necessari al lavoro a distanza, a razionalizzare i carichi di lavoro (stabilendo anche termini e scadenze ragionevoli), selezionando e assegnando – specificamente e tempestivamente – le attività da svolgere, ordinandole in base ad un criterio di essenzialità (rinviando ciò che non lo è). E ancora: vengono considerate azioni essenziali – tra le altre – la facilitazione delle comunicazioni tra i lavoratori (individuali e/o di gruppo, anche per il tramite di *social network*),

la fissazione di un orario di disponibilità nel quale poter essere raggiunto dai lavoratori, ai quali è auspicabile che sia riconosciuta la possibilità di organizzare il proprio lavoro e il proprio tempo, in modo da conciliare le proprie necessità.

Un dato significativo che traspare sul punto è quello della motivazione e dell'empatia: l'Istituto suggerisce espressamente ai datori di lavoro di fare in modo che i lavoratori non si sentano soli, anche e soprattutto attraverso un marcato orientamento al *problem solving*, il riconoscimento e la valorizzazione del lavoro svolto (con *feedback* accurati), nonché attraverso l'attivo coinvolgimento delle figure dirigenziali che, in concreto, provvedono a specificare la prestazione di lavoro.

Può, dunque, ben dirsi che, in un simile momento di criticità, il datore di lavoro è chiamato a "prendersi cura" dei propri lavoratori. Tale profilo si coglie, del resto, anche nella previsione di un'ulteriore sollecitazione: quella ad "occuparsi" della salute psicosociale dei lavoratori, fornendo loro raccomandazioni e norme comportamentali di carattere sanitario (provenienti da fonti sicure, ufficiali e istituzionali), promuovendo la consapevolezza degli *smart workers* circa l'impatto emotivo e il benessere emotivo della situazione, favorendo la "sopportazione" del confinamento, la conoscenza e la gestione dello stress, nonché la pianificazione di una *routine* con una pianificazione oraria di massima. Ulteriore aspetto nevralgico, valorizzato nella documentazione dell'Istituto Spagnolo risiede nella promozione di una corretta ergonomia, sia nell'allestimento che nell'organizzazione della postazione di lavoro: si pensi all'illuminazione e alla postura, nonché all'esercizio fisico da svolgere, al rilassamento (anche mediante il ricorso a tecniche di respirazione e meditazione), alla corretta alimentazione, alle misure di prevenzione dello stress in generale, etc.

L'Istituto sollecita, quindi, i datori di lavoro a somministrare informazioni, istruzioni, raccomandazioni sanitarie, al fine di alimentare quella comunicazione sopra accennata e, soprattutto, al fine di conseguire lo sviluppo, da parte dei prestatori di lavoro, di un fondamentale senso di consapevolezza nella gestione di questo delicatissimo passaggio della vita, personale e professionale.

In un certo qual modo, attraverso le azioni, gli accorgimenti e i comportamenti sin qui considerati, si auspica che – almeno nel rapporto lavori-

stico a distanza – il datore di lavoro e il lavoratore possano colmare o, quantomeno, accorciare quel distanziamento sociale, riducendolo ad un solo distanziamento fisico. La componente relazionale e sociale, che passa anzitutto da un'informazione consapevole e corretta, riemerge dall'isolamento che caratterizza questa fase “sospesa” dell'esistenza, attraverso un insieme di azioni pro-attive: l'attivo coinvolgimento del datore di lavoro nell'accompagnare il lavoratore nel lavoro a distanza, facilitando lo sviluppo di consapevolezza circa i rischi connessi alla specifica modalità e allo specifico contesto di riferimento, la trasmissione ai lavoratori dell'importanza di essere positivi, di sostenersi gli uni con gli altri, di compiere piccoli gesti di solidarietà, di rimanere attivi (focalizzandosi su ciò che può essere fatto), di riconoscere e accettare le emozioni (senza, però, risultare sopraffatti dalle stesse), e, ove possibile, assicurando anche forme di supporto psicologico.

3. - Riflessioni conclusive.

Molteplici sono gli spunti di riflessione che scaturiscono dal sintetico esame delle linee-guida offerte dall'Istituto Nazionale Spagnolo per la Salute e la Sicurezza sul Lavoro: come detto in apertura, esse paiono integralmente traslabili, senza neppure bisogno di particolari adattamenti, al contesto italiano, con riferimento al quale – ad avviso di chi scrive – si registra un “*gap* informativo” di non trascurabile rilievo.

E invero, come disposto dall'**art. 2, comma 1, lett. r), d.P.C.M. 8 marzo 2020**, in materia di sicurezza del lavoro agile, «gli obblighi di informativa di cui all'**art. 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81**, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro».

A ben vedere, però, le indicazioni fornite in tale documentazione INAIL (www.inail.it) presentano ampi margini di integrabilità, in ragione di ciò, che, se si presta attenzione alla struttura e ai contenuti dell'informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile fornita dall'Istituto Italiano, non può che registrarsi la sostanziale assenza di considerazione per quelli che sono i rischi psicosociali derivanti dal ricorso alle modalità agili di svolgimento della prestazione.

Richiamati a tratto generale alcuni principi sistematici del sistema della sicurezza sul lavoro *ex d.lgs. n. 81 del 2008*, l'informativa si focalizza piuttosto sui «comportamenti di prevenzione generale richiesti allo smart worker», su alcune raccomandazioni generali per i locali, l'illuminazione, l'aerazione, il rischio incendi, l'impianto elettrico e l'utilizzo delle attrezzature di lavoro (in specie, *notebook* e *smartphone*).

Tale *gap* pare meritevole di integrazione, in specie, a fronte della molteplicità di fattori stressogeni che scaturiscono dall'eccezionale contesto di emergenza, nel quale il lavoro agile viene ad essere reso, nell'isolamento domiciliare imposto dall'esigenza di contenimento della diffusione del virus.

E invero, se è vero, come è vero, che l'impianto generale del sistema di salute e sicurezza sul lavoro di cui al *d.lgs. n. 81 del 2008* necessita di essere calato nello specifico contesto del lavoro agile (cfr. *art. 22, l. n. 81 del 2017* e, in generale per i "lavoratori a distanza", v. *art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81 del 2008*), è altrettanto vero che un'ulteriore opera di adattamento pare necessaria, con riferimento alla fattispecie emergenziale del lavoro agile da COVID-19.

Pare, cioè, necessario adeguare l'informativa sulla sicurezza all'emergenza, considerando anzitutto i rischi psicosociali connaturati allo svolgimento in casa della prestazione di lavoro, con i vari profili di criticità e "fragilità" derivanti: si pensi, a mero titolo d'esempio, al totale isolamento o, per contro, alla coabitazione forzata con persone, pur appartenenti al medesimo nucleo familiare, portatrici di interessi ed esigenze tra loro anche molto distinte; alle complessità derivanti dalla chiusura delle scuole di ordine e grado, che comporta a cascata esigenze di cura dei figli minori, da conciliare con l'attività lavorativa; alla fisiologica apprensione derivante dalle notizie circa la diffusione della pandemia; all'impatto emotivo prodotto dall'assenza di relazioni sociali; alle possibili problematiche derivanti dalla sperimentazione di nuove modalità di svolgimento della prestazione lavorativa; etc.

Ebbene, considerare tali elementi di criticità, specifici del quadro emergenziale in atto, integrando l'informativa *ex art. 22 l. n. 81 del 2017*, parrebbe molto significativo, nell'ottica di supportare i datori di lavoro e fornire ai lavoratori un'informazione più esaustiva, funzionale a far fronte

all'eccezionalità del momento storico; e ciò nel fermo convincimento che solamente la consapevolezza e, auspicabilmente, la resilienza potranno far sì che il lavoro agile dell'emergenza non si tramuti in un lavoro (fr-)agile.

4. - Riferimenti bibliografici.

Al fine di non appesantire il presente contributo, per sua natura snello e auspicabilmente di agevole fruizione, si preferisce circoscrivere i richiami bibliografici, entro il perimetro dei seguenti brevi cenni: S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; R. DOMINICI, *Valutazione e prevenzione dello stress lavoro-correlato*, Milano, 2011; M. MARAZZA-F. SCARPELLI-P. SORDI, *I giuslavoristi di fronte all'Emergenza COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; A. ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 165 ss.; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2020; M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 19 marzo 2020.

22.

Contact tracing e protezione dei dati nella fase 2 dell'epidemia da Covid-19 (anche nel rapporto di lavoro)

1. - Sicurezza sul lavoro e privacy: un binomio possibile?

L'individuazione delle misure di prevenzione del contagio del rischio Covid-19 che tutte le imprese dovranno adottare, sia quelle che sono in procinto di riaprire, sia quelle che non hanno sospeso le attività, è tema di discussione tra i giuslavoristi [v. gli Autori indicati in bibliografia], ma ad esso rivolge attenzione pure la stampa quotidiana attratta da qualche grande azienda che ha già messo in campo alcuni interessanti modelli di sicurezza.

Pioniere sono le case automobilistiche Ferrari e Fiat Chrysler con la scelta di progetti **testing-tracking**, basati su *test* sierologici rapidi e su sistemi di tracciamento digitale dei contatti, insieme alle linee guida “condivise tra le Parti per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio” contenute nel **Protocollo per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro** (con riferimento specifico a quelli non sanitari) siglato dalle organizzazioni sindacali su impulso del Governo lo scorso 14 marzo 2020 [Dagnino 2020] e **integrato il 24 aprile 2020** (<https://www.uilmnazionale.it/wp-content/uploads/2020/04/20200424-DOCUMENTO-PROTOCOLLO-SICUREZZA-Cgil-Cisl-Uil-Mise-e-M-Salute-Min-Lav.pdf>).

Non ci si sofferma sui contenuti del Protocollo ma si apre solo una brevissima parentesi per mettere in risalto che *sia* le regole per consentire

l'ingresso in azienda (fra le varie spicca il punto 2: misurazione della temperatura corporea) *sia* gli strumenti *testing* (*test* sierologici rapidi), danno luogo ad accertamenti sanitari che si pongono in deroga con l'**art. 5 dello Statuto dei lavoratori** giacché saranno effettuati direttamente dal datore di lavoro che li eseguirà tramite il medico competente [Carinci 2020, 8 ss.], come infatti è preannunciato tra le nuove integrazioni dell'accordo sindacale ove si evidenzia una intensificazione significativa dei compiti spettanti a tale figura.

Riguardo alle menzionate aziende automobilistiche ci si limita ad evidenziare che mentre Fiat Chrysler ha già firmato un accordo con le organizzazioni sindacali nazionali (Fca, fim, Uilm, Fismic, Uglm, Aqcfr, fiom, 9 aprile 2020) che contiene indicazioni in linea con le linee guida del Protocollo dello scorso 14 marzo, – e che dovrà aggiornare alla luce delle integrazioni appena apportate dalle parti sociali – Ferrari, invece, si è spinta oltre l'applicazione delle regole concertate in sede sindacale, prevedendo *screening* sulla salute dei lavoratori attraverso la somministrazione di *test* sierologici rapidi, che sembrano idonei a rivelare i cd. portatori asintomatici, e modalità di tracciamento dei dipendenti medesimi per contenere l'espansione del virus.

Da quanto si apprende dalle testate giornalistiche (le fonti di informazione sono varie, non sempre univoche e in continuo aggiornamento, con tutti i limiti che ne derivano in termini di attendibilità), la casa automobilistica sarebbe dell'idea di privilegiare un'**applicazione digitale**, forse **Immuni**, quellache il governo italiano ha selezionato per l'avvio della faticosa fase 2, almeno così pare (non a caso la società proponente sembra essere Bending Spoons, la stessa). Lo scopo, a dire dell'azienda, sarebbe di monitorare nei mesi prossimi l'evoluzione del virus in azienda e fornire supporto medico sia ai lavoratori che ai loro familiari e anche al personale fornitore dell'azienda.

È sull'app Immuni e, prima ancora, sul *tracking*, che concentriamo l'attenzione, dopo aver premesso che il tracciamento digitale sul luogo di lavoro comprende una vasta gamma di tecnologie che si risolvono in forme di controllo a distanza dei lavoratori attuabili con sistemi *wearable device*, quali *smartwatch* o altri *smart sensor*, braccialetti elettronici o, appunto, con app scaricabili sul *smartphone*. Le quali si ritiene possano trovare colloca-

zione nell'art. 4, dello Statuto, in particolare al comma 1, nell'ambito della categoria degli "altri strumenti" che possono essere impiegati, al fianco degli impianti di videosorveglianza e degli strumenti di lavoro, per finalità di "sicurezza del lavoro", naturalmente previa mediazione sindacale e/o amministrativa.

È necessario, tuttavia, avere contezza che dietro tali strumentazioni tecnologiche si insinuano forme inedite di controllo, non solo all'interno dell'ambiente di lavoro ma, prima ancora, al di fuori di esso.

Per questa ragione analizziamo il fenomeno del *contact tracing*, con riferimento specifico alle conseguenze della sua implementazione sulla disciplina del trattamento dei dati personali, anche in considerazione, nel prossimo futuro, di un possibile effetto emulativo, da parte di altre realtà aziendali, delle scelte manageriali oggi compiute in casa Ferrari con l'uso, probabilmente, come si è detto, dell'applicazione Immuni.

2. - Il contact tracing: come e quando.

La premessa da cui partire, nella prospettiva che si intende illustrare, è la seguente: se rallentare la diffusione di un *virus* epidemico è un esercizio di democrazia, l'audacia restrittiva delle misure limitative delle libertà personali costituzionalmente garantite va rispettata nei limiti di quella temporaneità dovuta all'emergenza, che ogni Stato di diritto è tenuto ad assicurare per "non (...) consolidare compressioni definitive di alcun diritto" [Epidiando 2020, 5].

L'esigenza di tutela della salute pubblica, quale diritto individuale e interesse collettivo, nella geometria dei valori costituzionali, ha prevalso, nel contesto della crisi sanitaria in corso, sulle prerogative di salvaguardia della società nei suoi aspetti economici, civili, politici, almeno fino ad ora. Ma la dialettica tra i diritti fondamentali della persona è in procinto di scatenarsi, compatibilmente con la prefigurazione, da parte degli esperti, dell'attenuarsi dell'epidemia in ambito nazionale, perché diventa indispensabile stabilire i parametri della convivenza con il virus Covid-19, almeno in attesa della soluzione vaccinale.

Il *contact tracing* è una delle misure previste per l'avvio della cosiddetta fase 2 della epidemia che consiste nella georeferenziazione dei contagiati e

di coloro con cui si sono avuti possibili contatti. In pratica, un'applicazione digitale, sfrutta i dati di geolocalizzazione presenti sugli *smartphone* e attraverso un sistema di intelligenza artificiale riesce ad individuare gli spostamenti delle persone, i luoghi frequentati da chi è stato contagiato, permettendo di risalire ai cittadini oggetto di contatto. Così, sappiamo, si è fatto in Cina, Corea del Sud, Singapore, poi anche Israele e da ultimo persino in Albania, ma sul piano civile e politico si registrano alcune perplessità riguardo all'implementazione italiana, in parte dovute alle nostre differenze con quei regimi di governo [Cuocolo 2020, 5-7; 12 ss.], specie quello cinese e coreano.

Nel vantaggio, infatti, di ripristinare, *medio tempore*, la produttività economica e sociale del Paese, risiede anche il pericolo che venga "messa a nudo" la persona e la sua sfera d'azione, il che significa, sul piano giuridico, che può essere scalfito il modello di tutela dei dati personali da poco in vigore in Italia – e negli altri paesi d'Europa – contenuto nel **Regolamento Ue 2016/679 e nel d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. n. 101/2018.**

264

A ciò si potrebbe obiettare che i nostri dati sono già in possesso delle multinazionali digitali, che siamo geolocalizzati tramite la segnalazione della posizione su Google, difatti la mappa degli spostamenti è già ora ricostruibile utilizzando i dati forniti da Google, Facebook, Apple. Benché sia pure vero che con la semplice disattivazione della posizione si interrompe la tracciabilità e di conseguenza viene meno il rischio di un trattamento indebito delle informazioni sui nostri spostamenti.

Il problema, allora, è di capire se il tracciamento digitale che allo stato si prevede di adottare tramite l'applicazione Immuni, e che sarà scaricabile su base volontaria sfruttando la tecnologia *bluetooth* in grado di rilevare la vicinanza tra due *smartphone* nell'arco di un metro di distanza, così da poter rintracciare i possibili contagiati e isolarli, possa configurarsi come una misura idonea a controllare la dimensione evolutiva del fenomeno virale anzitutto dal punto di vista della sua legittimità giuridica nel nostro ordinamento.

3. - Contact tracing e dati personali.

In sostanza, l'adozione dello strumento del *contact tracing* comporta una limitazione della nostra sfera personale, non palpabile nell'immediato, ma molto pervasiva, ovvero il monitoraggio, da parte delle multinazionali digitali (compagnie telefoniche e/o anche *social network*), delle nostre azioni e di tutto quel che riguarda la nostra persona, che rientra nel concetto di "diritto di protezione dei dati personali".

Ricordiamo che il *right to protection of personal data* [Lattanzi 2014, 10] risponde all'idea, che è stata per prima dell'Europa e successivamente dei singoli Stati, di dare fondamento giuridico a quel concetto di riservatezza (*privacy*), diffuso da largo tempo e poi diventato d'uso comune, spesso in maniera anche smodata. Un diritto soggettivo che ha ad oggetto la tutela del dato personale, che il **Regolamento (Ue) 2016/679** identifica in "qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile, ove per "identificabile" si intende "la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente" (art. 4). Come sia possibile l'identificazione ovvero la riconducibilità ad una persona è spiegato efficacemente nel **Considerando 30**: «Le persone fisiche possono essere associate a identificativi online prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, marcatori temporanei (cookies) o identificativi di altro tipo, quali i tag di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle».

Basta questo per rendersi conto di quanto sia facile, per chi pone in essere un'attività di tracciamento con strumenti digitali, travalicare la soglia della tutela del dato personale. Occorre, perciò, affrontare la questione da una duplice angolazione, verificando, in primo luogo, la **legittimità** del *contact tracing* nel quadro normativo delle fonti, con riferimento particolare alla disciplina sulla protezione dei dati, al fine di accertare, subito dopo, i limiti di una eventuale "**comprimibilità**" della **legislazione sui dati personali**.

Riguardo al primo aspetto, sul versante della protezione dei dati, il **Regolamento (Ue) 2016/679** autorizza il trattamento di dati particolari (sensi-

bili), in via derogatoria, al ricorrere di precise condizioni elencate all'art. 9, paragrafo 2: "per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica" (lett. *g-i*), "diagnosi, (...) terapia sanitaria (...) gestione dei (...) servizi sanitari o sociali" (lett. *h*). Sulla stessa scia, il novellato **d.lgs. n. 196/2003**, che considera di "rilevante interesse pubblico" i trattamenti eseguiti dal servizio sanitario nazionale e dai soggetti operanti in ambito sanitario, per la "sicurezza e salute della popolazione, protezione civile, salvaguardia della vita e incolumità fisica" (art. 2-*series*, comma 2, lett. *t-u*).

Da questa stessa angolazione va esaminata anche la **decretazione d'urgenza del 9 marzo 2020, n. 14**, emanata nell'ambito della crisi sanitaria *in itinere*, sul tema del potenziamento del Servizio sanitario nazionale come simbolo dell'"intervento del potere pubblico in funzione di mediatore del conflitto all'interno dei confini costituzionali" [Caruso 2020], ora abrogata per effetto della **conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18**. Il testo del **disegno di legge approvato dal Senato il 9 aprile 2020** prevede l'inserimento di un nuovo **art. 17-bis**, in tema di trattamento di dati personali nel contesto emergenziale, che nella sostanza riproduce il contenuto dell'art. 14, d.l. n. 14/2020. Dal provvedimento, nel complesso, emerge che l'autorità politica ha mostrato particolare sensibilità nei confronti della disciplina sulla protezione dei dati personali, avendo disposto che i trattamenti di dati personali in genere, compresi quelli sanitari, devono essere eseguiti nel rispetto delle disposizioni del Regolamento sulla tutela dei dati appena menzionate. In modo particolare, che gli stessi possono essere considerati legittimi limitatamente alla "durata dell'emergenza sanitaria", quando sono svolti da talune, specifiche, categorie di soggetti (operanti nei settori della sanità, della protezione civile, della pubblica sicurezza), infine, se sono ritenuti necessari per la difesa della salute pubblica. Peraltro, ha anche consentito "la comunicazione dei dati personali a soggetti pubblici e privati diversi da quelli di cui al comma 1, nonché la diffusione dei dati personali (...) di genere comune ove risulti "indispensabile ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria in atto".

Dunque, stando alla ricostruzione del dato normativo, sembra di poter convenire sulla ammissibilità di un trattamento di dati nella forma del

controllo digitale della persona e dell'intera società, se è in gioco la salute pubblica. D'altra parte è la coesistenza tra i diritti stessi ad imporne la rivalutazione nell'ottica di una ponderazione equilibrata quando si verificano situazioni di conflittualità. Ce lo ricorda la Corte costituzionale nella pronuncia sul caso Ilva quando afferma che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (...). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. it.*, 2013, 3, 1424, con nota di Sereno; Bin; Pulitanò; Onida). Sicché è condivisibile ritenere che «Queste affermazioni, pronunciate allora per postergare il diritto alla salute al diritto al lavoro e alla libera iniziativa economica, vanno tenute a mente oggi, in un contesto assai diverso che vede rovesciata quella particolare relazione di precedenza» [Caruso 2020], attraverso la postergazione del diritto alla protezione dei dati personali al diritto e interesse collettivo della salute.

4. - L'app Immuni e la limitazione del diritto di tutela dei dati al vaglio del test di proporzionalità.

Da questa seconda angolazione, occorre verificare fino a che punto si può comprimere il diritto di ciascuno alla tutela delle proprie informazioni per il bene della salute pubblica, muovendo dai principi generali applicabili ai trattamenti di dati, stabiliti dall'**art. 5 del Regolamento (Ue) 2016/679**, i quali impongono che ogni raccolta di informazioni persegua obiettivi determinati, coincida con il tempo del loro raggiungimento e, soprattutto, risulti a ciò necessaria (“limitazione delle finalità”, “limitazione della conservazione” e “minimizzazione dei dati”). Ne consegue, che, una volta tracciate le informazioni utili a contenere l'espansione della malattia virale, queste non possono essere conservate oltre il tempo necessario alla salvaguardia della salute collettiva, che, come si è detto all'inizio, si deve

presumere possa limitarsi all'attesa della risposta farmacologica di natura prevenzionale.

Più precisamente, vuol dire che il trattamento di raccolta deve soddisfare il principio di proporzionalità, valutazione, quest'ultima, che è stata affrontata in varie occasioni dai giudici comunitari, sebbene con operazioni di bilanciamento tra diritti fondamentali non sempre sufficientemente argomentate secondo una logica precisa (C. giust. UE, grand. sez, 24 settembre 2019, C-507/17 e 24 settembre 2019, C-136/17, entrambe in *Foro it.*, 2019, 12, IV, 572; C. giust. UE, grand. sez, 13 maggio 2014, C-131/12, in *Dejure*; C. giust. UE, sez. III, 11 dicembre 2019, C-708/18, in *Dejure*).

Sul punto, parte autorevole della dottrina *giusfilosofica* ha enucleato la teoria del “**test di proporzionalità**” in tre passaggi: “idoneità”, “necessità”, “proporzionalità o bilanciamento in senso stretto” [Pino 2011, 204 ss.], spiegando che la **proporzionalità** e il **bilanciamento** sono ambedue tecniche del giudizio di **ragionevolezza** (Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 467, in *Giur. cost.*, 1991, 6; Corte cost. 22 dicembre 1988, n. 1130, in *Foro it.*, 1990, I, 67), e che quest'ultimo è «parte interna, (...) fase del più ampio *test* di proporzionalità».

268

Percorrendo il filo di questo ragionamento si tratta di verificare se: 1) il *contact tracing* risulta “idoneo” a tutelare la salute della collettività sulla base di un giudizio (reso in negativo) di “palese non idoneità”; 2) è una misura “necessaria” in termini di minore invasività tra quelle disponibili (ci si riferisce alle attuali restrizioni alla libertà personale e alle sue molteplici modalità di manifestazione, dalla libertà di circolazione, di associazione e riunione, etc.), il che ne implica obbligatoriamente la comparazione; 3) è in grado di assicurare la piena tutela, generale, del diritto alla salute, il che presuppone uno spostamento del raggio di valutazione sul peso dell'obiettivo, il quale deve trovare massima realizzazione nella riduzione del diritto alla tutela dei dati, ovvero, quest'ultima, in una prospettiva rovesciata, non deve risultare eccessiva per il raggiungimento del massimo grado di tutela della salute collettiva.

A noi pare che il tracciamento digitale trovi un ostacolo negli ultimi due passaggi ora descritti. Nel bilanciamento con gli altri diritti fondamentali sopra menzionati, esso non si configura come misura meno invasiva, perché dà luogo ad un controllo della sfera d'azione della persona non

meno forte, nella sostanza, di altre limitazioni della libertà personale. In secondo luogo, non è certo che, così facendo, si riesca effettivamente a dare massima copertura al bene pubblico della salute anzitutto perché esulano dal raggio d'azione del controllo i portatori cd. sani del *virus*, che restano il più pericoloso veicolo di trasmissione. Inoltre, la modalità di funzionamento dell'applicazione Immuni, con *bluetooth*, alla distanza di intervento di un metro, se consente di individuare coloro che l'hanno scaricata sul proprio *smartphone* tramite codici identificativi, affida ad algoritmi il calcolo della vicinanza di ogni contatto e il relativo tempo di esposizione al virus, generando, come prima funzione, una lista di presunti contagiati che non è detto che contraggano il virus, così come non è detto che tutti i presunti contagiati abbiano scaricato l'applicazione. Difatti è probabile che tra i contatti dell'ammalato risultino contagiate persone che non sono in possesso dell'app, le quali continuerebbero a favorire la diffusione della malattia. Il rischio, dunque, può essere duplice, di non riuscire a contenere l'epidemia nazionale e di mettere in moto meccanismi di intelligenza artificiale, da un lato, non necessari e sproporzionati, dall'altro, inefficaci.

Va detto che l'applicazione in questione sarebbe stata selezionata a seguito del parere reso dal Comitato dei Garanti europei (e redatto dal Garante italiano) (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9316030>), secondo il quale la logica *bluetooth* soddisfa criteri di maggiore selettività e dunque può avere minore impatto sulla *privacy* perché basata su meccanismi volontari di adesione e sulla trasparenza del sistema di funzionamento dell'app, quest'ultima dovuta al rilascio del codice sorgente di sviluppo con licenza "open source" che ne garantirebbe pubblica accessibilità. Ciò può contribuire a fugare i nostri dubbi, almeno in parte, per adesso, e del tutto, forse, non appena avremo certezza che l'applicazione di tracciabilità sarà stata predisposta in adeguamento delle linee guida in materia di tracciamento dei contatti e di geolocalizzazione adottate dall'Organo di controllo europeo il 21 aprile scorso.

Su queste ci soffermiamo brevemente nel tentativo di fare un po' di luce sulle caratteristiche del funzionamento del *contact tracking*, ma non prima di aver detto, per chiudere il cerchio del vaglio di proporzionalità,

che la sua implementazione nella fase 2 dell'epidemia, ormai alle porte, deve avvenire, opportunamente, in costanza delle limitazioni delle altre libertà fondamentali già in vigore.

In questa prospettiva può ritenersi accettabile una **compressione della tutela del dato personale** per effetto di un'attività di tracciamento digitale, nei limiti in cui venga considerata **relativamente necessaria** all'esito di una ponderazione con le odierne restrizioni ai diversi altri diritti della persona. Nella logica del giudizio di proporzionalità significa che la soddisfazione di una tutela piena del bene primario della salute pubblica può essere garantita *anche* dalla limitazione del dato personale, nel senso, cioè, che la riduzione delle sue forme di tutela non può essere esclusiva ma deve essere contemperata con esigenze altrettanto fondamentali della persona. La seconda ragione sottesa al giudizio relativistico ha carattere operativo ma è tutt'altro che secondaria: il tracciamento digitale raccoglierà una mole di informazioni tale da chiedersi se l'apparato sanitario sarà pronto a fornire una adeguata risposta attraverso la possibilità di effettuare assistenza a domicilio per la somministrazione di tamponi o altri *test* sierologici comunque efficaci, così come di supportare i malati con le relative cure, al fine di dare respiro alle strutture ospedaliere che, fra l'altro, devono garantire la salute dei singoli per motivi anche diversi dal Coronavirus. Per non parlare, poi, della disponibilità dell'uso delle mascherine protettive, rilievo affatto banale vista la perdurante carenza sin dall'inizio della diffusione dell'infezione. In altre parole, occorre un approccio integrato di interventi per la prevenzione della trasmissibilità della malattia, la cui predisposizione, nell'immediato, deve essere accelerata, non potendosi ritenere che sia meno impellente dell'"incorporazione" di un'app. Diversamente qualunque tecnologia d'avanguardia resterà una goccia d'olio in un mare d'acqua.

Quanto, infine, ai tempi successivi alla fase 2, sarà senza dubbio necessario sottoporre a **ri-valutazione** di proporzionalità il *contact tracing* per decidere della sua applicabilità in termini di ragionevolezza, del tutto compatibilmente, del resto, con l'evoluzione del Coronavirus. Ci si riferisce soprattutto al momento in cui si assisterà alla ripresa di tutte le attività lavorative e sociali con il presumibile, pressoché totale, allentamento delle

attuali restrizioni, sempre che non arrivi prima il vaccino oppure mutazioni genetiche che ne diminuiscano l'aggressività.

5. - Rilievi sul tracciamento dei contatti con riferimento alle Linee-guida dell'Edpb (European Data Protection Board) del 21 aprile 2020.

Tornando al funzionamento del *contact tracing* e in generale alle sue peculiarità tecniche, ci si attende che l'app Immuni (o qualsiasi altro modello che il Governo decidesse di implementare) venga approvata in via definitiva sul piano legislativo conformemente alle Linee-guida 4/2020 “sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19, adottate il 21 aprile 2020 dal Comitato europeo dei Garanti (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9322516>).

Nel documento si sottolinea, sotto il profilo dell'“analisi giuridica generale” (§ 3.1., 6 ss.) che «il monitoraggio sistematico e su larga scala dell'ubicazione e/o dei contatti tra persone fisiche costituisce una grave interferenza nella vita privata (...)» che “può essere legittimata solo facendo affidamento su un'adozione volontaria degli utenti” e che “le persone che non intendono o non possono utilizzare tali applicazioni non dovrebbero subire alcun pregiudizio». Inoltre si precisa che «tali app non possano sostituire, ma solo supportare, il tracciamento manuale dei contatti effettuato da personale sanitario pubblico qualificato».

In secondo luogo, deve essere garantito il rispetto del “principio di responsabilizzazione”, relativamente al quale si dispone «le autorità sanitarie nazionali possano essere i titolari di tale trattamento» sebbene non si debba escludere la configurazione di “altri titolari del trattamento” per il tracciamento dei contatti purché «si proceda a definirli con chiarezza e fin dall'inizio nell'ambito dei rispettivi ruoli e responsabilità, sul presupposto, imprescindibile, che di ciò sia data adeguata informazione a tutti gli utenti».

Il Comitato non omette di rilevare «la possibilità del verificarsi di falsi positivi». Evenienza, questa, in cui “è indispensabile poter effettuare correzioni dei dati e/o dei risultati delle analisi successive», ciò in ragione «del

forte impatto che può avere sui singoli individui l'identificazione per rischio di infezione e il conseguente obbligo di autoisolamento fino a negativizzazione del test». Pertanto sottolinea l'importanza che «il trattamento e la conservazione dei dati» siano «configurati in modo da permettere tecnicamente di apportare le correzioni suddette», a tale riguardo specificando che il funzionamento degli algoritmi dovrebbe svolgersi «sotto la stretta sorveglianza di personale qualificato al fine di limitare il verificarsi di falsi positivi e negativi».

Quanto alle modalità di esecuzione della tracciabilità dei contatti, viene considerato di prioritaria importanza il principio della limitazione delle finalità, a norma del quale «le finalità devono essere sufficientemente specifiche così da escludere trattamenti ulteriori per scopi non correlati alla gestione della crisi sanitaria causata da COVID-19 (ad esempio, per fini commerciali o per le attività di contrasto di matrice giudiziaria o di polizia)». Sicché, una volta individuate in modo predeterminato le finalità, sarà anche possibile garantire che «l'uso dei dati personali sia adeguato, necessario e proporzionato».

272

In questa ottica l'Organo di controllo europeo auspica «una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati prima di implementare le app in questione, in quanto il trattamento configura una probabilità di rischio elevato». Successivamente detta alcune raccomandazioni relative alla individuazione di precisi requisiti di carattere funzionale che le app devono possedere (§ 3.2, 8 s.).

Le informazioni da raccogliere devono risultare necessarie (non si reputano necessari, per esempio, dati anagrafici, identificativi di comunicazione, voci di directory del dispositivo, messaggi, registrazioni di chiamate, dati relativi all'ubicazione, identificativi del dispositivo, ecc.). Specificatamente la raccolta deve essere effettuata utilizzando «identificatori univoci e pseudonimi, generati dall'app e specifici di tale app», che devono «essere rinnovati regolarmente» per «limitare il rischio di identificazione e di localizzazione fisica delle persone». Per questo motivo il Comitato suggerisce l'attivazione di modalità corrette per il trattamento dei dati sin dalla fase di progettazione e per impostazione predefinita (*by design e by default*) conformemente al principio di minimizzazione del trattamento.

L'Edpb non vieta il trasferimento delle informazioni in un database centralizzato purché «siano in vigore adeguate misure di sicurezza» e comunque andrebbe previsto nella fase di progettazione e ponderato con l'approccio decentrato, nell'ottica di poter valutare l'impatto di entrambi sui diritti delle persone. Fermo restando – si sottolinea – che «ogni server coinvolto nel sistema di tracciamento dei contatti deve raccogliere soltanto la cronologia dei contatti o gli identificativi pseudonimizzati di un utente diagnosticato come infetto a seguito di un'adeguata valutazione effettuata dalle autorità sanitarie e di un'azione volontaria dell'utente stesso». In questa ottica le sole tecniche da utilizzare validamente sono quelle «crittografiche di ultima generazione per garantire la conservazione sicura dei dati memorizzati nei server e nelle app, nonché gli scambi tra le app e il server remoto». Difatti la modalità di segnalazione nell'app di utenti infetti da Covid-19 deve svolgersi secondo procedure precise, quali, ad esempio, l'impiego di un codice monouso correlato a una identità pseudonima della persona infetta e collegato a un laboratorio o a un operatore sanitario.

Per quanto riguarda, nel nostro caso, l'app Immuni – e si conclude – non dovrebbero esserci ostacoli nel recepire gli orientamenti ora descritti, alcuni dei quali sembrano essere già stati accolti. Ci si riferisce al criterio della adesione volontaria, alla pubblicità del codice sorgente, all'utilizzo di codici identificativi nel rispetto del criterio di minimizzazione, e naturalmente alla specificazione delle finalità di contrasto e contenimento del contagio epidemico, e della durata dei trattamenti legati alla tracciabilità limitatamente a quello che sarà il tempo di vita del Covid-19.

Il vero nodo della questione, al momento, consiste invece nella scelta dell'approccio, **centralizzato** o **localizzato**. Non risulta chiaro, cioè, se le informazioni utili a rendere identificabili gli utilizzatori vengano raccolte dal server dello *smartphone*, oppure da un database centralizzato, e in questo caso non si sa per quali – ulteriori – finalità oltre quella di elaborare un profilo di rischio per ogni persona entrata in contatto con l'utilizzatore risultato positivo e di inviargli un **alert**, cioè un segnale di notifica per informarlo del pericolo di aver contratto il virus e quindi della necessità di sottoporsi ad autoisolamento e ai relativi controlli sanitari. Sarebbe certamente più coerente con la filosofia della protezione dei dati lasciare al

singolo il controllo delle proprie informazioni consentendo la “conservazione locale” dei dati su ciascun dispositivo ma pare che a questo sia *Apple* che *Google play* stiano già lavorando, vedremo con quale esito.

6. - Riferimenti bibliografici.

T. EPIDIENDO, *Il diritto nello “stato di eccezione” ai tempi dell’epidemia da Coronavirus*, in www.giustiziainsieme.it, 30 marzo 2020.

L. CUOCOLO, *Presentazione*, in Id., (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, 5-7, in Ffederalismi.it; nonché, ivi, *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19: la reazione italiana*, 12 ss.; sempre ivi per la visione di altri Report.

C. CARUSO, *La pandemia aggredisce anche il diritto?*, Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani, in <https://giustiziainsieme.it> del 2 aprile 2020.

In tema di diritto alla protezione dei dati personali: R. LATTANZI, “*Diritto alla protezione dei dati di carattere personale*”: *Appunti di viaggio*, in AA.VV., *Diritto alla privacy e trattamento automatizzato dei dati fra diritto civile, diritto penale e diritto internazionale ed europeo*, in *I quaderni europei*, aprile 2014, 63, 10 ss.

Sui criteri di proporzionalità e ragionevolezza nell’interpretazione dei giudici costituzionali, si veda L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi* 1996, 95 ss. Nell’ambito della dottrina giusfilosofica: G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2011, 204 ss., in particolare, 205, nt. 13, per gli opportuni riferimenti bibliografici. L’A. è tornato sul tema in scritti più recenti: *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014, vol. XLIII, 541 ss.; *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e società*, n. 3/2014, 597 ss.; e da ultimo, ampiamente, nel volume *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 42-45 e 143-163. Per la dottrina giuslavoristica, in considerazione dell’ampiezza e complessità del tema, sia consentito il rinvio, per tutti, al volume di G. FONTANA, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino, 2010.

Per un primo commento al Protocollo del 14 marzo 2020, si v. E. DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in Giustiziacivile.com, 17 marzo 2020. Sul dibattito in tema di salute e

sicurezza nei luoghi di lavoro appena sorto in relazione alla natura del rischio da Covid-19 e alla correlata opportunità di aggiornare la valutazione dei rischi e il relativo documento, si rinvia a P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Dir. sic. lav.*, 2, 2019, 98 ss.; ID., *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 17 marzo 2020; ID., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, n. 1, 117 ss. *Contra*, R. GUARINIELLO, *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus*, Mialno, 2020, 10 ss.; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza su lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 413, 2020; A. INGRAO, *C'è il COVID, ma non adeguati dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020; R. DUBINI, *COVID-19: sulla valutazione dei rischi da esposizione ad agenti biologici*, in *Punto sicuro*, 2 marzo 2020; M. GALLO, *Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico*, in *Guida lav.*, 10, 2020. Si sofferma sulla sperimentazione di test sierologici per proteggere la salute in azienda, M.T. CARINCI, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 3, 2020; F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020.

23.

Il divieto di licenziamento nel decreto “Cura Italia”

1. - Il licenziamento per g.m.o. ai tempi del COVID-19.

Come noto, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (g.m.o.) è determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa (art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604). È, altresì, noto che tali ragioni non si riferiscono solamente ad una crisi economica dell'impresa, bensì comprendono anche decisioni organizzative ovvero scelte imprenditoriali volte al conseguimento di un maggiore profitto [cfr. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201].

Nell'attuale stato di emergenza COVID-19, deliberato dal Governo il 31 gennaio 2020 con durata semestrale, ciascuna impresa ha dovuto fare i conti con un processo di riorganizzazione del lavoro e, spesso, di trasformazione aziendale. Ecco, allora, che non sembra difficile la sussistenza di quelle ragioni che legittimano il recesso del datore, appunto, per g.m.o.

Il legislatore è, così, intervenuto per limitare il potere di recesso del datore di lavoro anche in presenza della giustificazione che lo legittima. Infatti, nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18 viene prevista, come si vedrà, una sospensione di tale potere per un arco temporale di sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto. Prima di svolgere qualche breve considerazione su tale disposizione, ci si può soffermare un momento sul bilanciamento operato dal legislatore in questo tempo d'emergenza.

Nella relazione illustrativa al decreto, si dà atto che lo stesso «adotta i provvedimenti necessari per affrontare l'impatto economico di questa emergenza sui lavoratori, sulle famiglie e sulle imprese». Ciò al fine di conseguire tre obiettivi «prioritari: proteggere la salute dei cittadini, sostenere il sistema produttivo e salvaguardare la forza lavoro». Il legislatore ha,

quindi, ritenuto di operare un restringimento tra la libertà di iniziativa economia (**art. 41, comma 1, Cost.**), e le scelte che da essa ne conseguono, ed un ampliamento del diritto al lavoro (**art. 4, comma 1, Cost.**), che in questo tempo d'emergenza sarebbe difficilmente mantenuto, in alcuni contesti produttivi, senza una norma limitativa del licenziamento datoriale per motivi oggettivi.

Tuttavia, si può osservare che una tale compressione del potere di recesso potrebbe comportare un sacrificio eccessivo delle esigenze datoriali, che godono anch'esse di protezione costituzionale. Occorre, però, notare che l'opera del legislatore è proprio quella di delineazione di un temperamento tra i vari interessi: operando restringimenti ed ampliamenti in base alla discrezionalità politica e sociale del tempo in cui si pongono le norme [Crisafulli 1952, 37; H. Kelsen 1952, 52]. Il nostro ordinamento non si basa su una gerarchia tra i diritti costituzionali, bensì su un loro bilanciamento e ciò è da ritenersi valido anche nell'attuale stato d'eccezione [Schmitt 1972, 33, «sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione»; Azzariti 2010], volendo altrimenti rinnegare la positività delle norme costituzionali [H. Kelsen 1985, 7; più di recente, v. Irti 2019, 117]. Bisogna, allora, considerare tale divieto nel contesto delle altre disposizioni che il decreto prescrive.

2. - Divieto di licenziamento e misure assistenziali.

Nell'ottica dianzi descritta, si inserisce la previsione dell'**art. 46, d.l. 17 marzo 2020, n. 18** (c.d. Cura Italia). La norma dispone un divieto, dal 17 marzo 2020 al 15 maggio 2020, di esercizio da parte del datore di lavoro, al di là del numero di dipendenti impiegati, del potere di recesso per giustificato motivo oggettivo dal contratto di lavoro.

Non serve, qui, soffermarsi oltre sul bilanciamento tra diritti costituzionali: la norma pone semplicemente un divieto temporaneo che rende l'esercizio del licenziamento per g.m.o. illegittimo.

Va, invece, inserito tale divieto nel contesto complessivo delle misure adottate dall'Esecutivo e, in particolare, con le previsioni del Titolo II, Capo I, **d.l. n. 18/2020**. Infatti, l'**art. 19** consente ai datori di lavoro che sospendono o riducono l'attività lavorativa, a seguito dell'emergenza

COVID-19, di presentare domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale o di accesso all’assegno ordinario per periodi decorrenti dal 23 febbraio 2020, per un periodo massimo di nove settimane (pari a 63 giorni) e comunque entro il mese di agosto 2020. L’art. 20 estende il trattamento di integrazione salariale dell’art. 19 anche alle aziende che alla data del 23 febbraio 2020 hanno in corso un trattamento di integrazione salariale straordinario. L’art. 21 consente ai datori iscritti al fondo FIS (Fondo di integrazione salariale) che hanno in corso un assegno di solidarietà di sospendere e sostituire tale trattamento con la concessione dell’assegno ordinario ai sensi dell’art. 19 per un periodo non superiore a nove settimane (pari a 63 giorni). Infine, l’art. 22 prevede il riconoscimento, ad opera delle Regioni e Province autonome, di trattamenti di cassa integrazione salariale in deroga, per la durata della sospensione del rapporto di lavoro e comunque per un periodo non superiore a nove settimane (pari a 63 giorni).

È facile notare che il divieto di licenziamento per g.m.o. ha un’efficacia di poco inferiore (60 giorni) alle misure assistenziali (63 giorni) previste dal decreto e, di conseguenza nel suo periodo di vigenza il datore potrà, a condizione di soddisfare tutti i requisiti richiesti dalle richiamate norme, beneficiare di tali misure per, poi, in presenza di una ragione oggettiva, licenziare legittimamente il dipendente dal 16 maggio 2020 in poi.

L’art. 46 prevede, inoltre, per il medesimo periodo dal 17 marzo al 15 maggio 2020, il divieto di licenziamento collettivo *ex artt. 4, 5 e 24, l. n. 223/1991* e la sospensione delle procedure stesse se avviate successivamente al 23 febbraio 2020. Tale preclusione viene esclusa, secondo l’aggiunta della legge di conversione del decreto, per «le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell’appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d’appalto». Il legislatore fa’ così salve quelle procedure di licenziamento collettivo nelle quali sia garantita, al di là del recesso dai rapporti di lavoro, la continuità dell’occupazione.

Restano esclusi dal divieto dell’art. 46 tutti i licenziamenti non rientranti nelle procedure della *L. n. 223/1991* ovvero che non configurano un giustificato motivo oggettivo *ex art. 3 della L. n. 604/1966*, vale a dire:

licenziamento disciplinare [salvo le ipotesi previste dagli artt. 23 e 24 (assenza del genitore per esistenza a figli fino a 16 anni di età) e dall'art. 47, comma 2, d.l. n. 17/2020 (assenza dal posto di lavoro da parte di uno dei genitori conviventi di una persona con disabilità, con tolleranza fino al 30 aprile 2020)], licenziamento *ad nutum* [per il caso dell'apprendista al termine del periodo di apprendistato ovvero del dirigente ovvero al termine del periodo di prova], licenziamento per superamento del periodo di comporto e licenziamento per sopravvenuta inidoneità/disabilità psicofisica. Non sembra, invece, possa ritenersi ammesso il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni soggettive, in quanto incide comunque sulle ragioni individuate dall'art. 3 della L. n. 604/1966 ed esplicitamente richiamate dal legislatore.

Occorre, inoltre, precisare che per le aziende per le quali l'art. 1, comma 1, d.P.C.M. 22 marzo 2020 ha disposto la sospensione delle attività dal 23 marzo al 3 aprile 2020, l'art. 46 trova comunque applicazione. Durante tale periodo, infatti, si verifica un caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa che risulta, pertanto, *ipso facto* sospesa. Ne consegue, pertanto, a seguito dell'impossibilità a rendere la prestazione, l'impedimento all'esercizio del licenziamento disciplinare ovvero *ad nutum*, ma non può essere, invece, escluso il recesso per g.m.o. Infatti, proprio a seguito della sospensione dell'attività, il datore potrebbe valutare di sopprimere una data posizione ovvero un dato reparto che erano, ad esempio, già in sofferenza. In questo caso, il licenziamento non trova luogo nell'impossibilità sopravvenuta, bensì nella ragione oggettiva individuata dal datore. Ecco, dunque, che non può escludersi l'applicazione dell'art. 46 anche per tali realtà produttive.

3. - La non coincidenza tra fattispecie e sanzione.

Il punto di maggiore interesse che suscita, almeno per chi scrive, l'art. 46 è quello inerente le conseguenze sanzionatorie. Il legislatore non si è, infatti, preoccupato di far corrispondere al divieto posto una specifica sanzione in caso di violazione da parte del datore di lavoro. Bisogna, così, procedere *in absentia* alla ricerca della sanzione applicabile.

Per i licenziamenti collettivi, l'indagine risulta di maggiore facilità se si

ammette che nessun sindacato proceda ovvero avalli una trattativa in costanza del divieto legale. Si può, pertanto, ritenere che l'ipotesi di illegittimità che si concretizza è, in questo caso, quella dell'aver attuato il licenziamento collettivo in violazione delle procedure dell'**art. 4, comma 12, L. n. 223/1991** e, dunque, troverà applicazione, per i lavoratori assunti prima del **7 marzo 2015, l'art. 18, comma 5, L. n. 300/1970** (indennità risarcitoria onnicomprensiva tra dodici e ventiquattro mensilità), mentre per quelli assunti dopo il **7 marzo 2015, l'art. 10 d.lgs. n. 23/2015** (indennità tra sei e trentasei mensilità).

Il discorso diviene più difficile per il divieto di licenziamento per g.m.o. individuale. In questo caso, infatti, sia **l'art. 18, comma 7, L. n. 300/1970**, sia **l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015** definiscono con assoluta precisione la fattispecie di illegittimità: manifesta insussistenza del fatto posto a base ovvero non ricorrenza degli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Ora, risulta difficile, nello stato di emergenza COVID-19, che non sussista ovvero che non ricorrano per un'impresa le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, al fine dell'esercizio del potere di recesso. Sicché, pur volendo dare attuazione alle sanzioni richiamate, ci si troverebbe dinnanzi alla mancata coincidenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta: con un licenziamento che viene intimato per un g.m.o. sussistente/ricorrente, ma che viene sanzionato da due norme che contemplan l'insussistenza ovvero la non ricorrenza. In altri termini: il giudice dichiara il licenziamento illegittimo per un vizio di cui il licenziamento non è affetto. Direi, quindi, che non si possa percorrere tale strada, pena far dire alle norme ciò che non dicono [Come direbbe il Poeta, *If*, XXVII, 120: «per la contraddizion che nol consente»]. Si potrebbe tentare, allora, di ricorrere alle regole generali. **L'art. 46, d.l. n. 18/2020** pone un divieto a licenziare per g.m.o.: se il datore licenziasse, violerebbe una norma imperativa. *Ergo* il licenziamento sarebbe nullo per violazione dell'**art. 1418, comma 1, c.c.** Sennonché, la previsione dell'art. 46 è proprio quella di impedire l'esercizio del recesso datoriale per g.m.o. per un dato periodo di tempo e, allora, si può affermare che la sua violazione rientri nel disposto dell'**art. 1418, comma 3, c.c.**: altri casi di nullità stabiliti dalla legge. La norma, infatti, non ha altro contenuto se non quello di porre un divieto e, dunque,

di prevedere un'ipotesi di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Si delinea, così, una fattispecie astratta che contempla tutti gli elementi del licenziamento per g.m.o., ma che diviene illecita perché posta in essere in un dato periodo (17 marzo-15 maggio 2020) in cui ricorre un divieto. L'illiceità non è, dunque, determinata dalla insussistenza del fatto posto a base ovvero dalla non ricorrenza degli estremi del licenziamento per g.m.o., bensì dall'aver esercitato il recesso per g.m.o., pur sussistente, in un periodo di tempo che il legislatore ritiene vietato. Tanto è vero che la stessa fattispecie di licenziamento per g.m.o. sussistente oggi e, quindi, illegittima, diviene legittima, se sussistono le ragioni di cui all'art. 3, a partire dal 16 maggio 2020.

Ecco, allora, che l'art. 46 prescrive, espressamente, un caso di nullità del licenziamento **ex art. 1418, comma 3, c.c.** Sul piano sanzionatorio, deve, dunque, trovare applicazione: per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, la tutela dell'**art. 18, comma 1, L. n. 300/1970** (reintegrazione e indennità risarcitoria non inferiore a cinque mensilità); per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, la tutela dell'**art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015** (reintegrazione e indennità non inferiore a cinque mensilità).

Un'ultima notazione deve essere fatta per la possibilità di accordo conciliativo ovvero di offerta conciliativa **ex art. 6, d.lgs. n. 23/2015**, con riferimento a questa ipotesi di illegittimità. Come detto, l'art. 46 pone solamente un divieto a licenziare per g.m.o. per il periodo dal 17 marzo al 15 maggio 2020; non interviene su nessun altro aspetto e, dunque, per tutto il resto seguono le ordinarie regole in materia di licenziamento. Non può, così, escludersi un'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore a cui segua un accordo conciliativo ovvero un'offerta conciliativa. A mio modesto avviso, sarà onere del conciliatore indicare nel verbale che la controversia sull'illegittimità del licenziamento è sorta in base alla violazione dell'**art. 46, d.l. n. 18/2020**, proprio per la temporaneità che tale illegittimità assume.

4. - Riferimenti bibliografici.

G. AZZARITI, *L'eccezione e il sovrano. Quando l'emergenza diventa ordinaria amministrazione*, in www.costituzionalismo.it, 17 febbraio 2010;

- S. BRUN, *I licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012;
- C. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 2, I, pp. 153 ss.;
- V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952;
- H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952;
- H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985;
- N. IRTI, *Destino di Nomos*, in M. CACCIARI-N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, 2019, 113 ss.;
- A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Torino, 2017, 61 ss.;
- G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo": la fattispecie*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 1, I, 61 ss.;
- S. VARVA, *Indifferenza delle finalità economiche datoriali nella valutazione del licenziamento per motivo oggettivo. La Cassazione conferma l'orientamento liberista*, in *Giustiziacivile.com*, 2017, 5, 1 ss.

24.

Note sulla Cassa integrazione in deroga al tempo del diritto emergenziale

1. - Inquadramento delle regole contenute nel d.l. n. 18 del 2020.

All'interno del complesso quadro di misure inserite dal Governo nel **d.l. 17 marzo 2020, n. 18** (c.d. "*Cura Italia*") per contrastare le conseguenze pregiudizievoli dell'emergenza sanitaria in atto sul territorio nazionale assumono un ruolo fondamentale **gli ammortizzatori sociali** e, in particolare, la Cassa integrazione guadagni. Al fianco dell'intervento ordinario "speciale", fornito della nuova causale "Covid-19", il provvedimento normativo in questione ha previsto, all'art. 22, anche "*nuove disposizioni per la Cassa integrazione in deroga*".

In particolare, la norma attribuisce alle Regioni ed alle Province autonome la facoltà di riconoscere ai **datori di lavoro del settore privato** cui non si applicano le norme sui trattamenti per sospensione e riduzione dell'orario – inclusi quelli del settore agricolo, della pesca e del c.d. "terzo settore" – trattamenti di Cassa integrazione in deroga per fronteggiare le conseguenze negative derivanti dall'emergenza epidemiologica. La misura può essere concessa previo **accordo sindacale** da siglarsi, anche in via telematica, tra datore e organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale e per la durata della sospensione del lavoro (comunque non superiore a **nove settimane**, a decorrere dal 23 febbraio 2020). L'accordo non è necessario, invece, per i datori di lavoro che occupino **fino a cinque dipendenti**.

Il trattamento, che dà diritto alla contribuzione figurativa per i lavoratori, può impegnare un complessivo capitolo di spesa pubblico di **3.293,2**

milioni di euro per l'anno 2020 e può essere richiesto solo per i lavoratori che risultano essere dipendenti dell'azienda alla data di decorrenza del periodo indennizzabile, cioè al 23 febbraio 2020. Con successivo decreto interministeriale, il Ministero del Lavoro, di concerto con quello dell'Economia stabiliranno la ripartizione delle risorse per ciascuna Regione, tenendo in considerazione gli **accordi-quadro** siglati da quest'ultime con le parti sociali.

L'accesso alla Cassa in deroga è ammesso con decreto della Regione o della Provincia autonoma di riferimento, a seguito di apposita domanda inoltrata agli uffici competenti dagli interessati ed a seguito di istruttoria condotta in ordine rigorosamente cronologico. I decreti di accoglimento, insieme con la lista dei beneficiari individuati, sono trasmessi dall'Ente concedente all'INPS, il quale procede al controllo – anche prospettico – del **rispetto del vincolo di spesa annuale** individuato dal Governo. In caso di superamento della soglia massima di spesa, l'INPS può bloccare la procedura e non dare seguito all'erogazione del trattamento. L'Istituto previdenziale, inoltre, tramite il costante monitoraggio delle domande di Cassa in deroga accolte dagli enti territoriali, può decidere di sospendere la concessione di ulteriori trattamenti qualora preveda (o accerti) il superamento del monte finanziario a disposizione.

2. - Alcuni problemi interpretativi e di raccordo normativo.

Il testo dell'**art. 22 d.l. n. 18 del 2020** fornisce poche indicazioni sui requisiti essenziali del trattamento di integrazione salariale in deroga. Ciò comporta alcuni decisivi **problemi applicativi**, i quali per lo più riguardano il raccordo tra la disciplina dettata all'interno del decreto emergenziale e quella risultante dalle regole che, prima di tale ultimo provvedimento, hanno disciplinato gli interventi d'integrazione salariale in deroga. Com'è noto, il trattamento in questione è uno strumento di politica passiva che si aggiunge a quelli esistenti della Cassa ordinaria e straordinaria, introdotto a partire dagli anni 2000 per garantire un sostegno economico ai lavoratori di quelle imprese che non possono beneficiare degli ordinari interventi d'integrazione. La misura è stata più volte rinnovata – da ultimo con il **d.l. n. 4 del 2019**, conv. con la **L. n. 26 del 2019** – e segue regole

stringenti, soprattutto per quanto attiene ai **criteri di selezione** dei dipendenti destinatari della misura. Tali criteri sono dettati dal Ministero del Lavoro, di concerto con il Ministero dell'Economia, e contenuti all'interno dell'**art. 2 d.m. 1° agosto 2014, n. 83473**. In particolare, le regole per l'attribuzione della Cassa in deroga prevedono che il datore di lavoro richiedente sia inquadrabile all'interno dell'**art. 2082 c.c.**, cioè sia un'impresa in senso civilistico (ma ulteriori deroghe si sono succedute nel tempo, come nel caso dei piccoli imprenditori e delle cooperative sociali), e che ricorrano **specifiche causali**, coincidenti con le ipotesi di impossibilità non imputabile (quali situazioni aziendali dovute a eventi transitori e non imputabili all'imprenditore o ai lavoratori; situazioni aziendali determinate da condizioni temporanee di mercato; crisi aziendali; ristrutturazione o riorganizzazione).

Il trattamento può essere poi concesso solo ai lavoratori inquadrati nelle **categorie di operaio, impiegato o quadro** e solo previo esaurimento, da parte del datore di lavoro, di tutti gli **strumenti di flessibilità** disponibili, quali le ferie arretrate, i congedi ordinari, la banca ore, etc. La competenza valutativa circa la concessione dell'integrazione salariale è attribuita alle Regioni ed alle Province autonome, le quali stipulano, presso le loro sedi e con tutte le parti sociali, appositi **accordi** che regolano l'estensione della misura, la ripartizione delle risorse e che consentono all'INPS – erogatore materiale del trattamento – di supervisionare l'allocazione delle risorse nel rispetto dei limiti di spesa complessivi. Le aziende che utilizzano la Cassa in deroga sono obbligate, infine, al versamento del **contributo addizionale**, che l'**art. 5 d.lgs. n. 148 del 2015** introduce in una misura progressiva per il pagamento dei periodi di Cassa integrazione salariale fruiti.

Dall'esposizione delle caratteristiche essenziali della Cassa in deroga vigenti prima del d.l. n. 18 del 2020 emergono dunque chiare e rilevanti **differenze** con la disciplina prevista dall'art. 22 di tale decreto: quest'ultimo, ad esempio, descrive una platea di destinatari tendenzialmente più ampia di quella individuata nel d.m. del 2014, poiché perimetrata intorno ad operatori economici che, in ragione delle caratteristiche strutturali o dei settori di appartenenza, non rientrerebbero nel suo campo di applicazione. Inoltre, la norma varata in emergenza non fa esplicito riferimento a diversi rilevanti requisiti imposti nella disciplina ordinaria per accedere

alla misura: l'anzianità minima dei lavoratori (12 mesi), il ricorso agli strumenti di flessibilità (su tutte, le ferie pregresse), il pagamento del contributo addizionale. Di qui un quesito essenziale per l'applicazione corretta dell'istituto in analisi: la disciplina della Cassa in deroga contemplata dal D.L. emergenziale del 2020 è una **disciplina autonoma e speciale**, che opera indipendentemente dalle regole previgenti in materia, o invece è **interconnessa** al regime giuridico in vigore prima dell'avvento dell'emergenza?

3. - **Gli ammortizzatori sociali in deroga tra eccezionalità e sostenibilità.**

La risposta al dubbio applicativo appena posto può seguire due differenti approcci ricostruttivi. Il primo, valorizzando l'esigenza di sistematicità e coerenza dell'ordinamento, potrebbe far concludere l'interprete in senso favorevole ad una correlazione tra la disciplina della CIG in deroga **pre-d.l. n. 18 del 2020** e quella contenuta in tale ultimo Decreto: date le scarse indicazioni delineate dal Governo, la disciplina previgente si farebbe carico, così, di **completare l'impianto funzionale dell'istituto**, fornendo ai destinatari indicazioni essenziali sulle modalità di godimento del trattamento. Del resto, il legislatore, quando in passato ha voluto consentire la deroga ai criteri stabiliti nel **d.m. n. 83473 del 2014**, lo ha fatto esplicitamente, consentendo alle Regioni ed alle Province autonome, nell'ambito degli accordi-quadro siglati con le parti sociali, di stabilire regole speciali per l'attribuzione della misura d'integrazione entro percentuali di spesa contingentate (in questo senso, si v., ad esempio, l'**art. 44, commi 6 e 6-bis, d.lgs. n. 148 del 2015**). Peraltro, la **natura eccezionale e residuale** della Cassa in deroga, a prescindere dall'operatività o meno delle regole vigenti per il modello pre-emergenziale, potrebbe essere considerata perfettamente in linea con misure preliminari quali il previo esaurimento delle ferie pregresse dei lavoratori, così da garantire la sua applicazione a quei soli datori di lavoro che versino effettivamente in condizioni estreme, cioè che abbiano esaurito ogni mezzo per far fronte alla situazione straordinaria di crisi.

Ciononostante, la seconda opzione, quella che vede nella CIG in deroga

contemplata all'art. 22 summenzionato uno strumento speciale ed autonomo rispetto al modello sinora utilizzato nel nostro ordinamento, appare preferibile. Sul piano tecnico-giuridico, infatti, non può sottovalutarsi il metro dispositivo utilizzato dal legislatore governativo con riferimento ad altri strumenti di ammortizzazione: sia per la CIGO che per le regole in materia di CIGS (artt. 19 e 20), il **d.l. n. 18 del 2020** fa esplicito riferimento alle norme applicabili all'istituto, delineando con precisione il perimetro di quelle cui è fatta esplicita deroga in funzione emergenziale. È in quest'ottica, ad esempio, che in tema di Cassa integrazione ordinaria la procedura di informazione e consultazione sindacale resta valida, ma con termini e modalità esecutive differenti da quelli prescritti dal **d.lgs. n. 148 del 2015**. Ebbene, se l'art. 22 sulla Cassa in deroga non fa alcun riferimento alla disciplina generale vigente, nemmeno alle istruzioni operative del Ministero, è ragionevole pensare che tale circostanza non sia casuale, o dovuta ad una formulazione lacunosa, bensì sia il frutto della scelta mirata di predisporre **uno strumento diverso ed indipendente** dalle regole sinora in funzione, caratterizzato da maglie applicative più ampie e regole meno stringenti. Del resto, se nella Cassa in deroga "classica" i criteri di assegnazione del trattamento servono principalmente a **razionalizzare l'allocazione delle risorse**, nell'ambito di interventi legislativi contraddistinti da mezzi economici spesso molto limitati, i capitoli di spesa del **d.l. n. 18 del 2020** rispondono a logiche differenti, che vanno ben oltre i vincoli finanziari imposti dalla stretta condizionalità interna ed euro-unitaria. Inoltre, non può sfuggire all'interprete la presenza, nella disciplina della Cassa in deroga "emergenziale", del necessario **accordo tra datore di lavoro richiedente e sindacati**, da svolgersi, per ovvie ragioni cautelari, anche in via telematica: tale accordo – non previsto generalmente nella disciplina ordinaria, anche in ragione della presenza degli accordi-quadro di livello regionale o provinciale, siglati proprio con le parti sociali – farebbe pensare ad uno strumento di maggiore garanzia e di più stringente controllo per un trattamento speciale, autonomo e prevalente rispetto al sistema "classico" degli ammortizzatori sociali in deroga.

Le ragioni che dovrebbero far propendere per una lettura della Cassa contemplata all'art. 22 come strumento **eccezionale ed autosufficiente** rispetto alle altre disposizioni in materia, attengono però anche alla *ratio*

complessiva del provvedimento: la situazione in atto nel Paese fa ritenere che la finalità perseguita dal Legislatore sia quella di prevedere uno strumento in grado di aiutare tutti quegli operatori economici che versino in condizione di difficoltà in ragione delle conseguenze pregiudizievoli dell'emergenza sanitaria in atto e che non possano accedere agli altri strumenti di sostegno. L'ammortizzatore in deroga, tradizionalmente in equilibrio tra eccezionalità e sostenibilità finanziaria della misura, sarebbe dunque utilizzato dal Legislatore dell'emergenza in maniera da preferire la prima istanza, nell'ottica di un **superamento rapido, ampio, effettivo** della situazione di criticità. La finalità di una ripresa economica piena mal si concilierebbe, secondo questa prospettiva, con limitazioni e contingentamenti varati dal legislatore – e dagli enti amministrativi – in regime di ordinarietà, come sono, ad esempio, i criteri dettati dal **d.m. n. 83473 del 2014**.

Si segnala, peraltro, che i primi accordi-quadro regionale, nonché le prime indicazioni operative dell'INPS, sembrano confortare la lettura proposta. La Regione Campania ha siglato un'intesa con i sindacati che non fa riferimento ad alcun criterio di assegnazione integrativo rispetto a quelli indicati nell'art. 22, anzi, all'art. 4, si afferma esplicitamente che non è richiesta alcuna anzianità di servizio minima per accedere alla misura. L'esclusione di alcuni dei requisiti imposti dal D.M. del 2014 è confermata anche dal primo messaggio interpretativo emanato dall'INPS a seguito dell'entrata in vigore del decreto, ossia il **n. 1287 del 20 marzo 2020**: nessuna anzianità minima, nessun contributo addizionale, nessuna riduzione in percentuale in caso di continuità con altro trattamento di integrazione in deroga.

4. - Riferimenti bibliografici.

Per un approfondimento dei temi della Cassa integrazione guadagni e degli altri ammortizzatori sociali in deroga, si v. almeno: M. BARBIERI, *Ammortizzatori sociali in deroga. Riflessioni a partire dal caso della Puglia*, in P. CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, Bari, 2009, 83 ss.; ID., *Ammortizzatori in deroga e modelli di welfare negli accordi Stato-Regioni e Regioni-parti sociali*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 379 ss.;

M. CINELLI, *Competitività, flessibilità delle tutele, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 299 ss.; A. DI STASI, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post-industriale*, Torino, 2014; V. FERRANTE, *Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 918 ss.; D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, 2010; ID., *Welfare, promozione dell'occupazione e neoregionalismo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 635 ss.; F. LISO, *Percorsi evolutivi ed incerte prospettive di riforma*, in P. CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, cit., 11 ss.; M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in AA.VV., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di Diritto del Lavoro* (Venezia, 25-26 maggio 2007), Milano, 2008, 135 ss.; R. PESSI, *Gli ammortizzatori sociali in deroga: persistenza o fine del modello assicurativo?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, 325 ss.; F. SANTONI, *Ammortizzatori sociali in deroga e canale bilaterale*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, III, Napoli, 2011, 1259 ss.; G. SIGILLÒ MASSARA, *Ammortizzatori ed interventi di sostegno del reddito «al tempo della crisi»*, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 350 ss.; M. TIRABOSCHI, *L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 331 ss.

25. Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale

1. - Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18.

L'art. 46 del Decreto "Cura Italia", erroneamente (o forse ingannevolmente) rubricato "Sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti", non ha nulla a che vedere con i termini di impugnazione dei licenziamenti, poiché in realtà preclude (e sospende) i licenziamenti economici, collettivi e per giustificato motivo oggettivo, fino al 17 maggio 2020: «A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'avvio delle procedure di cui agli artt. 4, 5 e 24, della L. 23 luglio 1991, n. 223 è precluso per 60 giorni e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3, della L. 15 luglio 1966, n. 604».

La rubrica allora si riferisce forse più agli effetti che al contenuto della disposizione: non essendoci licenziamenti, non è necessario nemmeno procedere alla loro impugnazione.

Ma anche interpretando così, permangono dubbi sul titolo.

In primis, perché la disposizione non impedisce ogni tipo di recesso e, ancora, perché non sospende, preclude i licenziamenti economici, i quali dovranno comunque essere impugnati, se intimati durante questo intervallo di tempo.

Ma procediamo con ordine nell'analisi degli effetti della norma.

Il Decreto, da un lato, sospende le procedure di cui alla **L. n. 223 del 1991** avviate dal 24 febbraio e dall'altro, preclude i licenziamenti collettivi e per giustificato motivo oggettivo dal momento della sua entrata in vigore per 60 giorni. [PERSIANI 1994; CARABELLI 2001; GAMBACCIANI 2017; T. CARINCI 2005; BETTINI 2017; VARVA S 2015; PERULLI 2017; FERRARESÌ 2016; CALCATERRA 2009]

Durante questo intervallo di tempo è dunque ancora concessa ai datori di lavoro la possibilità di recedere dal contratto di lavoro per comportamenti imputabili a titolo di colpa al lavoratore (licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo).

All'alba dell'entrata in vigore dell'art. 46 menzionato non sono comunque tardate ad arrivare le prime critiche volte a sollevare i dubbi di legittimità costituzionale della norma per contrasto con l'**art. 41 della Costituzione** [G. PERA 1980, 22; G. DE SIMONE 2002; S. BRUN 2012].

2. - I motivi di legittimità della sospensione.

A mio sommo avviso, non sussiste contrasto tra l'art. 46 del Decreto e l'**art. 41 della Costituzione**.

La norma sarebbe infatti incostituzionale solo se avesse introdotto una interruzione *ad libitum* dei licenziamenti economici, ma così non è, poiché la norma è chiara nel sospendere le procedure all'interno di un arco temporale circoscritto al 17 maggio 2020.

Il senso della norma deve essere ricompreso alla luce del complessivo intervento del Decreto Legge, volto ad introdurre "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

Come ha affermato lo stesso Ministro Gualtieri, il Decreto Cura Italia ha stanziato 10 miliardi di euro a sostegno dell'occupazione dei lavoratori «perché nessuno perda il posto di lavoro a causa del Coronavirus», estendendo la Cassa integrazione in deroga all'intero territorio nazionale, per tutti i dipendenti di tutti (o quasi) i settori produttivi. I datori di lavoro, comprese le aziende con meno di 5 dipendenti, che sospendono o ridu-

cono l'attività a seguito dell'emergenza COVID-19, possono richiedere la CIG in deroga per la durata massima di 9 settimane e tale possibilità viene concessa anche a quei datori che già beneficiano della Cassa integrazione straordinaria.

La legge che ne deriva assumerebbe dunque una funzione di legge *«transitoria, provvisoria ed eccezionale»*, volta a regolare una particolare situazione di emergenza ed a tutelare anche l'interesse dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Il Decreto, dunque, sospende sì i licenziamenti economici, ma concede anche gli ammortizzatori sociali necessari ad evitare il fallimento delle imprese: la libertà datoriale viene in questo caso controbilanciata dalla possibilità di ricorrere alla Cassa integrazione.

La limitazione dell'art. 41 è pertanto legittima poiché momentanea e comunque compensata dal legislatore per fronteggiare una situazione di contrazione del mercato dovuta al Coronavirus.

Il Decreto Cura Italia non sarebbe peraltro nemmeno la prima misura, in ordine temporale, attraverso cui il legislatore dispone il blocco dei licenziamenti, poiché già nel dopoguerra, con il d.lgs.lgt. n. 523 del 1945, venne fatto divieto di licenziare i lavoratori dipendenti fino al 30 settembre 1945. Anche se in quel caso, a differenza di adesso (giacché nel frattempo è intervenuta la **L. n.604 del 1966**, una volta esplicitato il divieto generale di licenziamento, vennero esplicitate dal legislatore le ipotesi di recesso datoriale ancora ammesse, evitando così i dubbi che l'art. 46 sta oggi generando. Il divieto, infatti, non si applicò: «ai lavoratori che, senza grave giustificato motivo, rifiutino di accettare altra occupazione che sia loro offerta presso altro datore di lavoro» e «nei casi in cui per disposizione di legge o di contratto collettivo è consentita la risoluzione del rapporto di lavoro per fatto del lavoratore».

3. - Il regime sanzionatorio applicabile.

Superati i dubbi di legittimità costituzionale, su cui si ritornerà nel prosieguo da altre prospettive, ad avviso di chi scrive, non sarebbero comunque sospese le procedure di impugnazione dei licenziamenti, poiché un datore di lavoro andrebbe incontro ad un licenziamento nullo qualora contravvenisse al disposto di cui all'art. 46.

Nel caso dei lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 sarebbe infatti «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge», **art. 18 St.lav.**, mentre nel caso degli assunti dopo il 7 marzo 2015 sarebbe «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», **art. 2 d.lgs. n. 23 del 2015** [SORDI 2013; M.; Bavaro-D'Onghia 2016].

Nel caso del COVID-19, infatti, pur sussistendo il motivo oggettivo, è proprio l'art. 46 a vietare «espressamente» il licenziamento per motivi economici [ROMEI 2015].

Sebbene poi il Decreto Cura Italia non preveda espressamente la nullità dei licenziamenti economici comminati in caso di sua violazione, la mancanza della sanzione non sarebbe di per sé nemmeno rilevante ai fini della possibilità di qualificare nullo il recesso, poiché l'**art. 1418 c.c.**, comma 1, esprime un principio generale volto a sopperire proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non segue una previsione di nullità, c.d. «nullità virtuale» [MANTOVANI 2011].

Sarebbero dunque nulli, e non temporaneamente inefficaci, quei licenziamenti economici intimati durante questo arco temporale, proprio perché l'intervento del legislatore è finalizzato ad evitare che i lavoratori possano perdere il posto di lavoro a causa di una contrazione del mercato dovuta al COVID-19.

Si rischierebbe altrimenti di differire semplicemente gli effetti del recesso, permettendo – come spesso accade – che dietro ad un licenziamento per g.m.o. possa nascondersi un abuso datoriale.

E se la disciplina del g.m.o. è sempre stata caratterizzata da un'evoluzione normativa che ha privilegiato, a tratti, le istanze datoriali e, a tratti, quelle dei lavoratori, in questo caso, a fronte dell'emergenza, il legislatore sembra aver privilegiato nuovamente le prerogative di questi ultimi, poiché – precludendo i licenziamenti economici – è andando in contro tendenza rispetto a quanto previsto dal Jobs Act, che ha liberalizzato i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, non prevedendo più la tutela reale.

Così facendo allora, il legislatore ha introdotto una implicita tutela addirittura migliorativa per i lavoratori rispetto a quanto previsto dal *Jobs Act*.

4. - Cosa succederebbe se venisse prorogato il termine?

Non sarebbero invece da escludere i profili di illegittimità costituzionale ove il Governo, atteso il protrarsi dello stato di emergenza causato dal COVID19, emettesse nei prossimi mesi un altro provvedimento di proroga del termine di sospensione del 17 maggio 2020.

È il caso di ricordare, a tal proposito, un precedente normativo molto caro ai giuslavoristi molto caro, la **L. n. 741/1959**, meglio conosciuta con il nome di “*Legge Vigorelli*”, anch’essa tacciata a suo tempo di incostituzionalità, che delegò il Governo a recepire in decreti legislativi il contenuto dei contratti collettivi stipulati sino a quel momento, così da garantirne l’efficacia generale. L’emanazione degli atti aventi forza di Legge sarebbe dovuta pervenire entro un anno dall’entrata in vigore della Legge, ma detto termine venne ulteriormente prorogato dalla **L. n.1027/1960**.

Venne chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di questo complesso normativo la Corte Costituzionale, perché la Legge Vigorelli attribuiva ai sindacati la possibilità di introdurre contratti collettivi con efficacia *erga omnes* senza passare dai vincoli di una legge attuativa dei principi fissati dall’**art. 39 della Costituzione**.

La Corte Costituzionale però, da un lato, superò le obiezioni sollevate nei confronti della **L. n. 741 del 1959**, in ragione della sua natura «*provvisoria, transitoria ed eccezionale*» e dall’altro, dichiarò l’incostituzionalità della sua **legge di proroga n. 1027 del 1960**, poiché avrebbe stabilizzato un sistema di estensione dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo diverso dall’**art. 39 Cost. (Corte Cost. n.106 del 1962)**.

Nel caso di specie, pertanto, si porrebbero maggiori dubbi di contrasto con l’**art. 41 della Costituzione** in caso di ulteriore ricorso alla decretazione d’urgenza per mancata cessazione dello stato di emergenza causato dal COVID-19.

Senonché, a differenza della **L. n. 1027 del 1960**, non si avrebbe comunque la certezza di illegittimità costituzionale, poiché l’eventuale proroga da un lato, toglierebbe alla Legge i caratteri della «transitorietà» e «provvisorietà», ma dall’altro, non verrebbe meno il carattere di «eccezionalità», permanendo lo stato di emergenza nazionale.

Non si incorrerebbe certamente in alcuna censura di incostituzionalità, qualora la proroga del termine intervenisse per mezzo della Legge di

conversione, poiché quest'ultima, agendo direttamente sul testo del decreto-legge – stante il perdurare della situazione emergenziale – non farebbe altro che modificare, estendendone il periodo, l'unica norma adottata per fronteggiare la situazione di eccezionale emergenza.

5. - Riferimenti bibliografici.

In materia di licenziamenti collettivi: M. PERSIANI (a cura di), *Commentario della legge 23 luglio 1991*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001; G. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, Roma, 2017.

In materia di licenziamento per g.m.o.: M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVI, Padova, 2005; M.N. BETTINI (a cura di), *La nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo fra tutela del lavoratore e ragioni d'impresa*, Napoli, 2017.; S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Torino, 2015.; A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Torino, 2017; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino, 2016; L. CARCATERRA., *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Napoli, 2009.

Analizzano i contrapposti interessi nei licenziamenti alla luce dell'**art. 41 Costituzione**: G. PERA, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nella motivazione dei licenziamenti*, in A. ARANGUREN-E. AUTERI-G. BRANCA-P. FANFANI-R. FLAMMIA-G. MAZZONI-M. PAPALEONI-G. PERA-V. SIMI, in *La riduzione del personale e la Cassa Integrazione Guadagni*, Milano, 1980, 22.; G. DE SIMONE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, in *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 26; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012;

Sulle espressioni dell'art. 18, così come modificato dalla Riforma Fornero, e del *Jobs Act* in merito ai casi di nullità: P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della L. n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Milano, Giuffrè, 2013; V. BAVARO-M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *Temi dir. lav.*, 3, 2016.

Tra le varie interpretazioni del *Jobs Act*, vi sarebbe nullità solo ove la legge "espressamente" preveda il divieto licenziamento: R. ROMELI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2015, 566.

In materia di nullità virtuale: M. MANTOVANI *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, 186 ss.

VII

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

26.

La tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell'emergenza Covid-19

1. - La legislazione emergenziale tedesca: l'introduzione dell'art. 240 nelle disposizioni introduttive al BGB.

Il blocco delle attività causato dalla pandemia ha prodotto un'interruzione dei flussi di cassa a danno di gran parte degli operatori economici. Si sono quindi resi necessari interventi statali, in particolare a beneficio dei debitori di obbligazioni aventi per oggetto una somma di denaro. A sostegno di questi ultimi, infatti, non vengono in gioco ragioni di esclusione della responsabilità per l'inadempimento, come la forza maggiore e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Invero, in tale ambito vige il principio di illimitata responsabilità patrimoniale, in base al quale la prestazione pecuniaria è sempre possibile. In altre parole, avvalendosi di un'espressione in lingua tedesca, si può affermare che «*Geld hat man zu haben*»¹.

Orbene, a sostegno dei soggetti più deboli che si siano scontrati con le criticità appena delineate, il Legislatore tedesco è intervenuto con una legge del 27 marzo 2020², inserendo l'art. 240 nell'ambito delle disposizioni introduttive al codice civile tedesco, contenute nel cd. *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (di seguito, in breve, EGBGB).

Tale articolo – che ha subito destato l'attenzione della letteratura civili-

¹ Cfr. sul punto D. MEDICUS, 'Geld muß man haben'. Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1988, 489 ss.

² Si tratta del *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*, in *Bundesgesetzblatt*, 2020, I, 569.

stica ³ – disciplina tre categorie di ipotesi: il § 1 prevede una moratoria generale di pagamento riferita a specifici rapporti di durata a favore di consumatori e microimprese ⁴; il § 2 sancisce il divieto di risolvere il contratto per mancato pagamento dei canoni; il § 3 racchiude invece una serie di disposizioni concernenti i crediti ai consumatori e alle microimprese, tra cui *in primis* la previsione di una *Stundung* di tre mesi sui pagamenti delle rate in presenza di particolari circostanze.

2. - La moratoria dei pagamenti ex art. 240, § 1, EGBGB: il meccanismo del “Leistungsverweigerungsrecht”.

Assai rilevante per la tutela del debitore di una somma di denaro è la disposizione contenuta nel § 1 dell'art. 240 EGBGB, ove si attribuisce al consumatore e alla microimpresa un vero e proprio diritto di rifiutare la prestazione fino al 30 giugno 2020, con riguardo a contratti conclusi prima dell'8 marzo 2020, che prevedano prestazioni di durata rientranti tra i servizi d'interesse generale (con l'esclusione espressa di canoni di locazione e affitto, mutui e pretese lavoristiche) ⁵. In specie, il debitore avrà la facoltà di avvalersi di questo rimedio allorquando si trovi in condizioni di difficoltà per cause riconducibili alla pandemia.

Più precisamente, rilevano a tal fine le situazioni in cui il consumatore si trovi nello stato di non poter adempiere senza mettere a rischio la capacità di sostentamento di sé stesso o della propria famiglia, ovvero, allo stesso modo, la microimpresa si trovi nella condizione di non poter pagare senza mettere in pericolo i presupposti della tenuta economica dell'impresa stessa.

Tale facoltà viene meno nei casi in cui l'esercizio del diritto di rifiutare la prestazione risulterebbe irragionevole nei confronti del creditore, poiché l'inadempimento della prestazione lo porrebbe in condizioni di difficoltà

³ Sulle misure introdotte dall'art. 240 EGBGB si sono soffermati *in primis* M. SCHMIDT-KESSEL-C. MÖLLNITZ, *Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, 1103 ss.

⁴ La definizione di microimprese, contenuta nella raccomandazione 2003/361 UE della Commissione Europea del 6 maggio 2003, comprende le imprese con meno di dieci dipendenti e meno di 2 milioni di fatturato annuo.

⁵ Esempi di rapporti a cui è applicabile la mora sono le assicurazioni obbligatorie, i canoni di servizi di telecomunicazione, le forniture di energia elettrica, acqua e gas.

nel sostentamento di sé stesso o della propria famiglia, ovvero minerebbe la capacità economica dell'impresa.

Senza volersi intrattenere su riflessioni di sapore dogmatico, sembra potersi affermare che, per quanto concerne la natura del diritto attribuito al debitore, il Legislatore con la disposizione di cui al § 1 abbia previsto un *Leistungsverweigerungsrecht*, ossia un diritto di rifiutare la prescrizione che non influisce sull'esigibilità (*Fälligkeit*) della pretesa, bensì unicamente sulla coercibilità (*Durchsetzbarkeit*) della medesima⁶. In concreto, infatti, non si impedisce al creditore di agire; si attribuisce piuttosto al debitore la facoltà di sollevare una *Einrede*, vale a dire un'eccezione in senso stretto, in grado di paralizzare la pretesa del creditore.

Tali effetti parrebbero assimilabili a quelli derivanti dalla conclusione di un *pactum de non petendo*, ossia una figura negoziale di origine antica, ma diffusa ancora oggi, che consiste – in sintesi – nella rinuncia da parte del creditore a chiedere al proprio debitore l'adempimento della prestazione per un determinato periodo di tempo o per sempre⁷. Il profilo di continuità si rinviene nel fatto che anche da questo negozio sorge la facoltà del debitore di opporre un'eccezione avverso la pretesa del creditore, che provoca il rigetto della domanda.

Dal classico paradigma del *pactum* la moratoria di cui al § 1 della disposizione in esame parrebbe differire quanto alla fonte: il diritto di rifiutare la prestazione non sorgerebbe invero da un accordo tra le parti, bensì da una disposizione di legge. Sembrerebbe pertanto configurarsi una costruzione già prospettata da Reichel quasi un secolo fa, vale a dire quella di un *pactum de non petendo* concesso *ex lege*⁸.

⁶ In questo senso M. SCHMIDT-KESSEL-C. MOLLNITZ, *Coronavertragsrecht*, cit., 1105, i quali affermano che «*durch Erhebung der Einrede entfällt die Durchsetzbarkeit*».

⁷ Alla discussione in merito al *pactum de non petendo*, già a inizio secolo, hanno contribuito le due monografie contemporanee di G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004; M. ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000. Quest'ultimo Autore ha recentemente riportato in auge li dibattito in ID., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 447 ss. In lingua tedesca, rappresenta tutt'oggi la trattazione più diffusa dell'argomento dopo l'entrata in vigore del BGB il saggio di H. REICHEL, *Der Einfordungsverzicht ('pactum de non petendo')*, in *JheringsJahrbücher*, LXXXV, 1935, 1 ss. che si può leggere anche in lingua italiana nella traduzione critica a cura di T. DALLA MASSARA-M. D'ONOFRIO, Pisa, 2018.

⁸ H. REICHEL, *Der Einfordungsverzicht*, cit., 4 ss., cita un esempio di *p.d.n.p. ex lege* contenuto in uno statuto comunale (in specie quello di Rahlstedt in Holstein del 1934).

3. - Il divieto ex art. 240, § 2, EGBGB di risolvere il contratto di locazione per mancato pagamento dei canoni.

Altro tema molto sentito in questi mesi di crisi è rappresentato dalla difficoltà per le attività produttive di pagare i canoni di locazione per i mesi di chiusura dell'esercizio commerciale.

Il Legislatore tedesco è intervenuto in questo caso in maniera più attenuata, non prevedendo alcuna moratoria, bensì esclusivamente il divieto di risolvere il contratto per mancato pagamento dei canoni per il periodo corrispondente ai mesi di aprile, maggio e giugno.

Naturalmente, presupposto applicativo della norma in esame, considerata inderogabile a sfavore del conduttore, è che il mancato pagamento sia dovuto a cause riconducibili al Covid-19.

È opportuno ulteriormente precisare che – nonostante l'esistenza del divieto di risolvere il contratto – la pretesa del locatore con riguardo ai canoni rimane sussistente, così come immutati perdurano gli effetti dell'eventuale mora con riferimento alle somme dovute. Parimenti, nemmeno viene pregiudicata la facoltà del locatore di risolvere il contratto per altri motivi.

Il divieto di risolvere il contratto per mancato pagamento dei canoni appare una misura funzionale a contemperare gli interessi delle parti contrattuali. Detto bilanciamento si concretizza, da una parte, tutelando il diritto del locatore a ricevere il canone per l'immobile, che – anche in tempi di *lockdown* – è rimasto occupato dal conduttore e, dall'altra parte, evitando che quest'ultimo sia oggetto di provvedimenti di sfratto, che acuirebbero irrimediabilmente la situazione di crisi in cui versa.

4. - La 'Stundung' dei prestiti al consumatore e l'invito alla rinegoziazione ex art. 240, § 3, EGBGB.

Altra norma che disciplina una categoria di rapporti pecuniari emerge dal § 3 dell'art. 240 EGBGB, riguardante i contratti di credito ai consumatori conclusi prima del 15 marzo 2020. Il Legislatore tedesco ha ivi previsto una

prendendo tale paradigma in considerazione nell'analisi condotta in merito al *p.d.n.p.* negoziale.

dilazione fino a tre mesi per le obbligazioni di restituzione di somme dovute a titolo di capitale e interessi, che divengano esigibili tra il 1° aprile 2020 e il 30 giugno 2020⁹. Anche in questo caso, come per la moratoria di cui al § 1, di tale dilazione non ci si potrebbe avvalere qualora il creditore si trovasse a sua volta in situazione di difficoltà legata alla pandemia.

La legge qualifica questa proroga alla stregua di una figura più volte menzionata o presupposta ma mai espressamente definita dal BGB: la *Stundung*¹⁰. Si tratta, in sostanza, di un negozio che incide sull'obbligazione prorogandone il termine di esigibilità¹¹.

Mentre per la generalità dei rapporti di durata il primo comma del § 3 dell'art. 240 EGBGB si limita a fissare gli estremi della moratoria, il terzo comma, per i crediti ai consumatori, ammette la facoltà delle parti di concludere accordi che divergano da quanto fissato al comma 1. Tra questi, il Legislatore tedesco cita in via esemplificativa pattuizioni che prevedano l'adempimento parziale, il riadeguamento degli interessi e dell'ammortamento, oppure il riscadenziamento delle rate, ma nulla sembra ostare alla stipula di convenzioni di altro genere, concluse con la finalità di dare respiro al debitore in difficoltà.

L'intenzione di favorire la rinegoziazione delle condizioni contrattuali si desume ancor più dalla norma contenuta al § 3, comma 4, in cui si prospetta per il creditore il dovere di organizzare un colloquio con il consumatore allo scopo di predisporre una disciplina comune per l'estin-

⁹ Come ha osservato una delle prime pronunce in tema, ossia Amtsgericht Frankfurt am Main 8 aprile 2020, n. 1631/20, reperibile in ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de, per il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, se l'attore chiedesse la dilazione per un minor lasso temporale, il giudice incorrerebbe in *pluris petitio* se accordasse una proroga per un più lungo periodo di tempo.

¹⁰ Nel codice tedesco anteriforma la *Stundung* (in forma di sostantivo ovvero per mezzo del participio passato *gestundet*) era nominata nei § 452, 454, 509, 641 BGB; mentre – pur non trovando espressa menzione – nella versione attuale del BGB si ritiene implicitamente inclusa negli accordi di cui al § 205, che temporaneamente impediscono al creditore l'esercizio della propria pretesa («*Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist*»). Menziona tuttora espressamente la *Stundung* il codice delle obbligazioni svizzero all'art. 410, rubricato *Eigenmächtige Stundung*, tradotto in 'dilazione arbitraria' nella versione ufficiale italiana reperibile sul portale del Governo Svizzero in <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19110009/index.html>. Prima dell'unificazione tedesca, la *Stundung* era altresì menzionata dal Codice Sassone al § 755, con riguardo agli effetti di tale accordo in tema di mora del debitore.

¹¹ Nell'art. 240, § 3, EGBGB si afferma infatti che il credito «*mit Eintritt der Fälligkeit für die Dauer von drei Monaten gestundet werden*».

zione del debito ovvero misure di supporto a tal fine, esortando così le parti a creare l'occasione per un confronto che conduca al ribilanciamento delle rispettive posizioni.

Alla luce della breve analisi condotta con riguardo all'art. 240 EGBGB si può osservare che, se per un verso le misure introdotte paiono rigide, poiché disciplinano nel dettaglio tempi, modi e condizioni degli strumenti che consentono al debitore di una prestazione pecuniaria di far fronte alla carenza di liquidità dovuta a cause riconducibili alla pandemia, per altro verso lasciano aperti importanti spiragli all'autonomia privata, individuando nella rinegoziazione dei rapporti la più proficua via da percorrere.

27.

Oltre la Crisi. Lockdown e locazioni commerciali

Tra le problematiche più sentite, a seguito del blocco delle attività per l'emergenza sanitaria c.d. Lockdown, sicuramente quella della sorte delle locazioni commerciali è tema molto dibattuto tra gli interpreti ed i professionisti, a vario titolo, coinvolti, anche perché in Italia la maggior parte delle attività economiche si svolge in immobili non di proprietà.

La locazione commerciale, contratto a prestazioni corrispettive, sconta uno schema sinallagmatico ben consolidato nel tempo, sia dalle norme del codice civile, che da quelle della legislazione speciale, oltre che dalle decisioni giurisprudenziali, nel tempo succedutesi. Da una parte il locatore ha l'obbligo, *ex art. 1575 c.c.*, di consegnare la cosa al conduttore in buono stato di manutenzione; di mantenerla in istato da servire all'uso convenuto; garantirne il pacifico godimento durante la locazione commerciale. Dall'altro l'*art. 1587 c.c.* obbliga il conduttore a: prendere in consegna la cosa e osservare la diligenza del buon padre di famiglia nel servirsene per l'uso determinato nel contratto o per l'uso che può altresì presumersi dalle circostanze; pagare il corrispettivo nei termini convenuti. Orbene, al fine di affrontare il tema dell'incidenza dei noti eventi epidemiologici sull'esecuzione del contratto di locazione commerciale è necessario *in limine* scindere le ipotesi che il conduttore abbia e non abbia interesse a proseguire il rapporto.

Nel primo caso, data la volontà del conduttore di riavviare l'attività economica nel medesimo locale al termine del periodo di sospensione forzata dell'esercizio dell'impresa (e/o alla ripresa e nelle forme consentite per il tipo di attività), il problema giuridico sollevato dall'emergenza epidemio-

logica è essenzialmente quello di stabilire se il canone di locazione sia o meno dovuto – e, in caso affermativo, in quale misura – tanto durante il periodo di c.d. *lockdown* quanto nel periodo successivo, fintanto che permangono disposizioni statali oppure regionali che limitino le possibilità d'impiego del locale commerciale per l'attività d'impresa (si pensi, ad esempio, alla riduzione dei coperti degli esercizi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande imposta dall'applicazione delle misure di distanziamento sociale). Interrogativo la cui soluzione dipende dall'individuazione della parte (locatore o conduttore) su cui deve ricadere il rischio del mancato godimento dell'immobile e/o del diverso successivo godimento per *factum principis*.

Nel secondo caso, invece, assume rilevanza preminente, rispetto al problema ora indicato, stabilire se il conduttore abbia diritto di liberarsi dal vincolo contrattuale avvalendosi del recesso per gravi motivi (**art. 7, comma 8, L. n. 392 del 1978**), oppure invocando l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (**art. 1467 c.c.**), determinata dapprima dalla paralisi dell'attività e, in un secondo tempo, dal calo del fatturato dovuto all'osservanza alla sua ripresa delle misure di contenimento del contagio.

I limiti di spazio del presente scritto non permettono di approfondire questi ultimi aspetti (relativi alla cessazione del rapporto obbligatorio, a seguito della scelta dell'imprenditore di cessare l'attività in quel determinato immobile;), ragion per cui le riflessioni che seguono sono dedicate unicamente al primo problema concernente la sussistenza o meno dell'obbligo di corresponsione dei canoni di locazione durante il c.d. *lockdown* e/o nel periodo successivo allo stesso, caratterizzato da diverse norme che incidono sull'uso del bene e sul godimento dello stesso in ragione del tipo di attività ivi svolta. E' quindi necessario passare in rassegna le diverse ipotesi d'imputazione delle conseguenze negative del *factum principis* intervenute nel corso del rapporto contrattuale,

Secondo una prima ricostruzione, avanzata da qualche interprete, il rischio del mancato godimento per *factum principis* dovrebbe interamente gravare sul locatore. Siccome questi è tenuto a far godere la cosa al conduttore (**art. 1575, n. 3, c.c.**), ma al tempo stesso il mancato/diminuito godimento non dipende da un inadempimento colpevole, la vicenda an-

drebbe configurata come impossibilità sopravvenuta temporanea e parziale della prestazione locatizia, regolata dall'art. 1464 c.c., con conseguente diritto del conduttore a una riduzione del canone in misura pari al diminuito godimento.

Tale impostazione si espone tuttavia a molteplici ordini di rilievi: 1) in primo luogo, le norme fiscali sul riconoscimento al conduttore, a mo' d'indennità, di un credito d'imposta pari al 60% del canone dei mesi di marzo, aprile e maggio (art. 28 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. decreto Rilancio), presuppongono che lo stesso sia interamente dovuto anche durante il periodo di *lockdown* e postulano pertanto che la prestazione del locatore è adempiuta con la semplice immissione nel possesso e/o nella detenzione del conduttore, senza richiedere comportamenti ulteriori; 2) in secondo luogo, non può sottacersi che il conduttore in ogni caso, anche durante il *lockdown*, ha usufruito della *res* locata quanto meno ai fini del deposito degli impianti, delle attrezzature e delle scorte di magazzino; 3) infine, va considerato che mentre in caso di affitto d'azienda oppure, in termini più generali, di affitto di cosa produttiva l'art. 1623 c.c. contempla il diritto dell'affittuario a una riduzione dell'affitto in caso di sopravvenute disposizioni dell'autorità che abbiano determinato una notevole modifica *in peius* del rapporto contrattuale, una disposizione analoga non è prevista in materia di locazione commerciale.

Vi è poi un ulteriore argomento che induce a ipotizzare che il rischio del *factum principis* temporaneamente restrittivo, ovvero impeditivo, del diritto di godimento debba essere imputato, in linea di principio, al conduttore. L'art. 216 del decreto Rilancio stabilisce che la sospensione delle attività sportive disposta d'autorità è da ritenersi *ex lege* un fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati, la quale dà diritto a una riduzione del 50% del canone pattuito per i mesi da marzo a luglio 2020, salva la prova, a cura della parte interessata, che la riduzione dev'essere di diversa entità. Ne consegue che quando la locazione ha ad oggetto beni differenti da quelli indicati dalla norma ora richiamata, non appare potersi configurare un analogo diritto del conduttore alla riduzione del canone di locazione.

Tali rilievi rendono meritevole di maggiore considerazione l'idea opposta

che il rischio del mancato pieno godimento del bene sia, nella fattispecie, integralmente a carico del conduttore, sul presupposto che le diminuite possibilità di godimento della cosa locata dovute a provvedimenti limitanti la specifica attività ivi svolta debbano rientrare nell'alveo del rischio d'impresa gravante sul soggetto esercente l'iniziativa economica. Un rischio a carico del soggetto che ha liberamente selezionato il tipo di attività da esercitare nel locale commerciale nell'ambito del suo potere di governare l'iniziativa economica e ha discrezionalmente stabilito le modalità di concreto svolgimento dell'attività prescelta (si pensi, ad esempio, al maggior danno subito dai locali notturni a causa delle disposizioni regionali che sovente hanno temporaneamente fissato un orario anticipato di chiusura serale). Tale impostazione si fonda sulla considerazione che nell'assetto del codice civile e della legislazione speciale il locatore risponde delle limitazioni sopravvenute del diritto d'uso del bene dipendenti da fatti che riguardano direttamente la cosa locata e/o il diritto di proprietà su di essa (perimento del bene per caso fortuito; vizi originari e sopravvenuti del bene; molestie di diritto provenienti da terzi i quali avanzino diritti sulla cosa), ma non delle limitazioni sopravvenute dell'attività esercitata all'interno del bene locato (ad esempio, il mancato rilascio di concessioni e licenze amministrative; le molestie di fatto provenienti da terzi; le modifiche del bene necessitate da nuove disposizioni normative, etc.).

312

Tale impostazione, pur condivisibile in linea di principio, presta tuttavia il fianco alla critica che nell'alea del rischio imprenditoriale non può forse farsi rientrare un evento assolutamente eccezionale qual è quello che si è verificato nel periodo attuale, che per la sua portata trascende il rischio d'impresa, investendo le attività umane in genere. In quest'ottica può dubitarsi della correttezza della soluzione che addossi interamente al conduttore il costo delle sue scelte, profilandosi lo spazio per un'ipotesi interpretativa secondo cui l'integrale imputazione al conduttore del rischio del mancato godimento per *factum principis*, desumibile dalla disciplina della locazione (codicistica e di legislazione speciale), non è estensibile in situazioni eccezionali come quella di specie. Il rischio andrebbe pertanto equamente ripartito tra le parti ricorrendo ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti di cui agli **artt.**

1175, 1366 e 1375 c.c., in funzione integrativa del contenuto del contratto, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti.

Proprio il ricorso ai principi generali non può non costituire un valido rifugio dell'interprete nel caso, come questo, dove l'addossare il rischio del *factum principis* ad una sola delle parti, apparirebbe fortemente iniquo, sotto diversi profili ed in ogni caso non appagante e possibile fonte di critiche fondate.

Tale terza e direi "mediana" interpretazione trova riscontro in alcune pronunce, sia della giurisprudenza di legittimità, che di quella di merito, antepandemia, che non escludono tuttavia oggi, in un momento tanto delicato, un intervento del legislatore, volto a prevenire innumerevoli liti, francamente non sopportabili dal tessuto economico e sociale attuale in Italia.

Nel senso di cui si è detto e per l'integrazione del contratto tra le parti, il rinvio ai criteri generali di equità sostanziale tra le parti del contratto, in caso di disaccordo delegato ad un Giudice, si vedano alcune interessanti pronunce, di legittimità e di merito: «I principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto» (Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Dejure*); «Il Giudice, pertanto, ha un potere di controllo sulle pattuizioni delle parti mediante la clausola generale della buona fede integrativa, che si concreta in una duplice direzione, prevedendo l'obbligo per entrambi i contraenti di salvaguardare l'utilità della controparte nel limite dell'apprezzabile sacrificio. Il rapporto obbligatorio è caratterizzato quindi da una struttura complessa, in quanto il principio di correttezza si pone come fonte di doveri ulteriori che vincolano le parti, nonostante questi non risultino specificamente dal titolo. In particolare, il creditore ha il divieto di abusare del proprio diritto e, allo stesso tempo,

l'obbligo di attivarsi per evitare o contenere gli imprevisti aggravati della prestazione o le conseguenze dell'inadempimento» (Trib. Treviso, 8 ottobre 2018 n.1956, in *Dejure*). L'equità e la buona fede appaiono quindi utili strumenti per la risoluzione in via giudiziale della delicata problematica, non senza dimenticare lo spirito "resiliente" che dovrà informare tutte le nostre azioni (quelle cioè di imprenditori, locatori, professionisti e giudici) a porsi, per una effettiva e concreta ripresa da questa vera e propria Crisi che ha colpito il nostro Paese e che merita scelte coraggiose da parte di tutti noi. E si v., per l'applicazione dell'art. 1371 c.c., anche nella prospettiva dell'art. 2 Cost., A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, ivi, 17 marzo 2020. Naturalmente, i medesimi principi dovrebbero orientare il tentativo delle parti di risolvere la questione senza ricorso all'autorità giudiziaria. In quest'ottica sembra ragionevole ritenere che un criterio equo di riduzione del canone nel periodo di *lockdown* sia quello di riconoscere al locatore il 100% del canone che sarebbe dovuto se il locale commerciale fosse adibito a deposito, dato che di questo tipo di utilità il conduttore ha comunque pienamente goduto anche nel periodo di chiusura, più il 50% della differenza tra il canone come deposito e quello contrattualmente pattuito secondo codice ateco dichiarato in contratto. Mentre, nel successivo periodo di contrazione del godimento della cosa a causa del distanziamento sociale, la soluzione maggiormente equa appare quella d'individuare il valore economico del mancato godimento, per entità e durata, e di prevedere una riduzione del canone di entità pari alla metà della perdita di godimento subita dal conduttore. Tale possibile accordo transitorio potrà sicuramente essere registrato, a tutela degli interessi delle parti e dei terzi, con ciò edotti del diverso godimento *medio tempore* attuato.

28. Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale

Terminata, non si sa se momentaneamente o meno, l'efficacia dei DPCM che avevano statuito la sospensione dell'attività commerciale al dettaglio, passa ai Tribunali la problematica che in questi mesi ha occupato parte della dottrina ¹.

¹ Vedasi: A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giust. Civ.com.*, n. 4, 2020; A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per 'Misure di contenimento' pandemico*, in *ilcaso.it*, 23 aprile 2020; A. D'ONOFRIO, *L'impatto del Covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, in *diritto.it*, 3 aprile 2020; A. CARANCI, *Coronavirus e locazione ad esercizio commerciale: si può sospendere o ridurre unilateralmente il pagamento del canone?*, in *Il quotidiano giuridico*, 26 marzo 2020.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*, 207 ss.; S. VERZONI, *Gli effetti sui contratti in corso dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, p. 213 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, 227 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, 233 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, p. 237 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, 253 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, p. 259 ss.; tutti in *GiustiziaCivile.com*, Volume monografico *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020. Nella stessa rivista: R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, (17/04/2020); C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, (15/04/2020); L. SALVATO, *Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19)*, (16/04/2020); D. MAF-FEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, (10/04/2020); A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustifi-*

L'Ordinanza del Tribunale che qui si annota, si pone dunque in quel copioso filone che certamente scaturirà in tema di obbligazioni relative alla locazione di esercizi commerciali a seguito delle “Misure per contenimento pandemico”, qualora non si intervenga sotto il profilo normativo². La questione, sotto lo squisito profilo civilistico, viene correttamente imposta dal Tribunale il quale pone l'accento sulla posizione negoziale nella quale si è venuto a trovare il locatore e non sulle difficoltà – potrebbe dirsi – in fatto, del conduttore di far fronte alle proprie obbligazioni pecuniarie³.

Gli è, infatti, che la prestazione resasi impossibile è certamente quella del locatore che non è più in grado, senza sua colpa e per un periodo definito, di mettere a disposizione del conduttore una unità immobiliare idonea all'uso negoziale pattuito al tempo del perfezionamento del contratto e da

cazione?, (03/04/2020); M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, (02/04/2020); F. FIMMANÒ, *Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, (26/03/2020); A. PANZAROLA-M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, (18/03/2020) R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, (09/04/2020). G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020.p. 3 ss.; A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.com*, 2020.

² Si evidenzia, in via preliminare, come chi scrive condivida pienamente l'impostazione a mente della quale la disciplina fiscale in nulla incida sotto il profilo di una corretta ricostruzione della fattispecie né sulle obbligazioni negoziali delle parti contrattuali, in questo senso chiaramente A.A. Dolmetta, “Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per ‘Misure di contenimento’ pandemico”, cit., p. 3. Per inciso appare a chi scrive che ben si sarebbe potuto risolvere la questione riconoscendo una diminuzione percentuale del canone al conduttore (risolvendo così la questione relativa all'impossibilità, in fatto, di far fronte immediata alle proprie obbligazioni pecuniarie) e uno speculare credito di imposta al locatore, ma questa è questione di politica del diritto che qui non compete. Sotto altro profilo, sentenze e ordinanze come quella qui annotata potrebbero forse spingere le parti a una rinegoziazione degli accordi economici presi quantomeno per il periodo di blocco dell'attività, rinegoziazione che costituisce certamente la strada migliore per fronteggiare eventi straordinari quale quello che ci occupa. Così: A. GENTILI, cit., p. 4 con ampi riferimenti in nota 2.

³ In questo senso non si possono che condividere le considerazioni sulla necessaria distinzione tra problematiche relative alle prestazioni negoziali direttamente incise dai provvedimenti restrittivi e quelle che ne risentono di riflesso poi sotto il profilo della relativa crisi economica innestata ove allora le difficoltà economiche del conduttore in nulla incidono rispetto alla fattispecie in esame. In questo senso vedasi: A. GENTILI, cit., da 4 a 9, Autore che peraltro perviene a conclusioni opposte a quelle del Tribunale qui condivise. In senso contrario e puntando l'accento sulle obbligazioni del conduttore: A. CARANCI, “Coronavirus e locazione ad esercizio commerciale: si può sospendere o ridurre unilateralmente il pagamento del canone?”, cit.

questo angolo di visuale deve essere affrontata la questione giuridica sottesa ⁴.

Convince allora, pienamente, l'ordinanza nella parte in cui, una volta accertato l'interesse apprezzabile del creditore (il conduttore) a una prestazione – momentaneamente – parziale, per un verso (i) il contratto non potrà essere risolto e per altro verso (ii) si tratterà di stabilire la, corretta, corrispondente riduzione della controprestazione alla quale sarà tenuto comunque il conduttore, in coerenza con quanto disposto all'art. 1464 c.c. ⁵.

Sotto tale profilo non può non osservarsi come la parzialità della prestazione del locatore debba essere declinata sotto due, distinti, punti di vista: uno di contenuto dell'obbligazione l'altro di durata della stessa.

Sotto il secondo dei profili indicati, la prestazione del locatore è stata “parziale” in quanto per un determinato periodo di tempo non ha messo – si ripete: incolpevolmente – a disposizione del conduttore una unità immobiliare idonea allo svolgimento dell'attività di cui al contratto al tempo perfezionatosi.

Per quanto concerne poi il contenuto dell'obbligazione, non può non essere osservato come il locatore abbia messo a disposizione del conduttore – in quel determinato, specifico, periodo di blocco – un bene che assolveva a un interesse del conduttore “parziale” (e allora certamente differente rispetto a quello originario) ma sensibile, nel senso di economi-

⁴ Nella indicata prospettiva di lettura, che prende le mosse dalle obbligazioni in capo al locatore A.A. DOLMETTA, cit., 4 e seg., anche se poi l'Autore si sofferma sulle specifiche obbligazioni che vertono su questo, tra le quali quella di mantenere la cosa locata in stato di servire all'uso convenuto, focalizzandosi dunque sul disposto di cui all'art. 1575, n. 2, c.c. Ritengo, al contrario, che si debba ragionare in tema di oggetto del contratto, e ciò tanto che lo si voglia identificare con la prestazione quanto con il bene cui tende la parte negoziale (sul punto si rinvia a G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1993, 175 e seg.). Più complesso, ritengo, il riferimento alla causa. L'emanazione dei provvedimenti di contenimento della pandemia – e a voler ragionare di causa in concreto del contratto – potrebbero rilevare sotto il profilo della contrarietà a norma imperativa e allora andare a incidere sulla nullità, peraltro sopravvenuta, del contratto, difficilmente potendola considerare parziale nel senso di momentanea e dunque producendo effetto contrario a quello voluto dalle parti. Sugli effetti dei ridetti provvedimenti sulla causa del contratto vedasi: A. D'ONOFRIO, *L'impatto del Covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, in *diritto.it*, 3 aprile 2020.

⁵ Ritengo, peraltro, che una tale soluzione non sia alternativa a quella della eccessiva onerosità sopravvenuta per il conduttore, entrambe dunque perseguibili ma a scelta di quest'ultimo in conseguenza dell'interesse a mantenere l'efficacia del contratto per i restanti mesi di validità dello stesso, dopo il venir meno dei provvedimenti emanati per il contenimento della pandemia.

camente valutabile e dunque fonte di obbligazione: un luogo ove poter tenere i propri beni, macchinari, merce.

In altri termini, accertato l'interesse del conduttore al mantenimento non tanto del contratto di locazione commerciale quanto dei locali a questo adibiti ai sensi del contratto al tempo perfezionatosi tra le parti, il dna dell'oggetto del contratto viene modificato dal virus pandemico – e per tutta la sua durata – da locale adibito alla vendita al dettaglio a locale adibito al deposito di beni, allora con valore economico differente.

Nell'ordinanza che si annota il Tribunale, sul punto, si è dovuto muovere sostanzialmente in equità (riconoscendo una riduzione del 70% del canone di affitto), anche in ragione della mancata proposizione da parte dei soggetti interessati di una differente percentuale e di una verificata analisi di mercato, ma una corretta impostazione della questione non potrà prescindere da uno studio del costo medio per metro quadro di spazi adibiti sostanzialmente a deposito, ovviamente nel luogo ove insiste il locale contrattualmente adibito all'esercizio del commercio al dettaglio.

29.

Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)

1. - Attorno alle strutture rimediali delle sopravvenienze.

Molto si parla, nei tempi di quest'emergenza, della rinegoziazione dei contratti pendenti. Il tema, può dirsi, rappresenta uno dei crocevia del dibattito che la pandemia è venuta a innescare.

Comunemente si segnala la diffusa esigenza di una simile operatività; taluni (pur pochi) ne affermano la positiva esistenza in termini di «obbligo»; frequente, in ogni caso, è il giudizio di opportunità di una soluzione orientata in tal senso¹. Altri si spinge sino a designarla come la «strada maestra per salvaguardare il rapporto»².

In effetti, il rimedio generale dell'impossibilità sopravvenuta è di uso oggettivamente selezionato: molte volte, nel caso pandemico, la fattispecie non propone un'impossibilità (definitiva o temporanea e/o parziale). Manifesta, piuttosto, una difficoltà di adempiere (nell'esecuzione della prestazione e/o nell'apprestamento dei mezzi occorrenti per l'esecuzione). E ciò non solo, è naturale, in relazione alle obbligazioni pecuniarie.

L'eccessiva onerosità, poi, è rimedio che, stando in specie alla tradizionale e corrente ricostruzione della fattispecie rilevante, ha ben poche *chances* di

¹ Il censimento dei contributi editi in questi tempi di pandemia e la ricognizione dei «padri nobili» della figura della rinegoziazione di contratti esulano dagli intendimenti del presente lavoro. Basta qui ricordare che, nel concreto, le acque sono state in sostanza «smosse» da due scritti proto pandemici: F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, entrambi comparsi su *Giust.civ.com*. I lavori apparsi in questi mesi sono quasi tutti postati su siti internet; la bibliografia riportata in tali lavori conduce poi agevolmente alla letteratura non d'occasione.

² M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea «grezza»*, in *www.diritto.bancario.it*, 23 aprile 2020.

riuscita: che, anche di fronte a vicende così «dirompenti» come le pandemie, può sembrare pressoché inutile³. Comunque, e soprattutto, nella versione delineata nell'art. 1467 c.c., il rimedio è di eliminazione radicale del futuro del rapporto: nella maggioranza dei casi, per contro, l'attuale emergenza sembra proporre problematiche di carattere solo temporaneo (o, almeno, così si confida).

D'altra parte, la rinegoziazione appare strumento in sé stesso morbido e alquanto flessibile. Nulla ovviamente esclude che essa si orienti, a livello concreto, su termini e modalità di un *exit* contrattuale; peraltro, la figura sembra spiccatamente vocata a condurre verso una prosecuzione del rapporto, con ridefinizione appunto del relativo programma negoziale (per misura delle prestazioni e magari anche per oggetto; sui tempi dell'adempimento; per le garanzie; le clausole penali; ecc.). Si tratta, comunque, di un rimedio da ascrivere al genere di quelli di sostanza correttiva: nel minimo, quanto a una conveniente modulazione dei termini di uscita dal contratto.

2. - La posizione del legislatore pandemico.

Nonostante ciò, il legislatore della presente pandemia non ha ritenuto di provvedere al riguardo. O meglio: ad oggi non ha predisposto set normativi che – in generale, per categorie contrattuali, per singole fattispecie – dichiarino un dovere delle parti di procedere a rinegoziare il rapporto contrattuale tra loro pendente al sopravvenire pandemico.

Anche se – si deve pure annotare – per certe fattispecie peculiari, dichiarata la «sopravvenuta impossibilità della prestazione», ha dettato espresse discipline di carattere (non eliminatorio, ma) «sostitutivo»: così, ad esempio, ha assegnato al contraente liberato la facoltà di fornire all'altro un «voucher» per un diverso spettacolo o per un'altra vacanza (art. 88, legge «cura Italia»)⁴ ovvero per un altro periodo di fruizione della palestra o della piscina (art. 216 comma 4 decreto rilancio); come anche, constatato «il

³ Cfr., con diretto riferimento alla norma dell' art. 1467 c.c. A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziavivile.com*, 2020; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, ivi.

⁴ Su questa disposizione v. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *Giustiziavivile.com*,

sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione» di palestre e piscine, ha d'autorità disposto la riduzione dei relativi canoni per un periodo di alcuni mesi (art. 216, comma 3, decreto ult. cit.)⁵. E pure ha dettato – e su questo punto (centrale nell'economia della legislazione odierna; cfr. *infra*, n. 10) – la norma «generale» dell'art. 91 legge «cura Italia».

Si possono pensare tante, e variate, cose della detta omissione: nell'attuale, comunque un'(eventuale) applicazione dell'idea di rinegoziazione dovrebbe passare attraverso la lettura – «nuova», magari, o anche riedita; in ogni caso importante – di vecchi istituti o, casomai, per il tramite di una lettura «forte», o «forzante», di quanto introdotto dal legislatore dell'oggi.

3. - Rinegoziazione e autodeterminazione delle parti.

Nei fatti, però, fermarsi all'idea della rinegoziazione in quanto tale appare davvero troppo poco: la formula non ha valenza magica. Il tema non finisce con la sua evocazione: inizia qui, piuttosto. Altrimenti – si è efficacemente rilevato – la «rinegoziazione dell'emergenza sanitaria somiglia a qualsiasi negoziazione, in cui vince il più forte»⁶.

Dunque, la rinegoziazione non può essere rimessa alle libere determinazioni delle parti. Non nel suo esserci⁷. Né nei suoi contenuti: e cioè per i parametri guida delle regole contrattuali sostitutive.

Con la precisazione, forse non del tutto scontata, che – dei due lati di cui aspira a comporsi il rimedio alle sopravvenienze, che è dato dalla rinegoziazione – la palma della (primaria) rilevanza va data al positivo esito di un intervento modificativo dell'originario tessuto contrattuale e adatto al bisogno, non certo alla circostanza dell'approccio diretto tra le parti in

2020, che a p. 250 sottolinea, in specie, come si tratti di disposizioni di «sostegno di attività economiche pregiudicate dall'emergenza epidemiologica in atto».

⁵ La norma pure dichiara testualmente che la riduzione viene disposta «ai sensi degli artt. 1256, 1464, 1467 e 1468 c.c.».

⁶ D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia-civile.com*, 2020.

⁷ Per la verità, come figura di pura autonomia la rinegoziazione contrattuale non sembra sollecitare, in linea di principio almeno, rilievi particolari. Tanto più che, nella impostazione tradizionale, l'interesse va comunque (e significativamente) a focalizzarsi sulla rinegoziazione non del contratto, ma dell'obbligazione: cfr., per la linea strutturale, la disciplina della novazione; per quella funzionale, della *datio in solutum*, della cessione dei beni ai creditori.

funzione di «trattative» modificative. A contare, insomma, è il risultato, non già il tentativo.

4. - I parametri guida della rinegoziazione.

Paradossalmente (ma neppure tanto, forse), a me sembra meno arduo provvedere in relazione al secondo dei macro-aspetti cennati (quello dei parametri guida, cioè), pur nell'evidente riconoscimento della sua tutt'altro che lieve problematicità.

Perché nella specie si tratta, in fondo, di assorbire – e di distribuire – gli effetti negativi e le difficoltà che la pandemia viene a creare rispetto all'assetto dato dai termini dell'originario contratto: di porre rimedio a una congiuntura (pur certo gravissima)⁸, non già a vizi di struttura basilica del mercato e/o della società e/o di quel rapporto.

Nell'attuale, anzi, la rinegoziazione dovrebbe anche servire per concorrere allo scopo di scongiurare una simile eventualità (quella, cioè, del transito da congiuntura a elemento strutturale del mercato): a mezzo di mantenimento del rapporto, ove oggettivamente fattibile; a mezzo di opportune e ragionevoli condizioni di chiusura del rapporto, in difetto.

322

5. - (Segue): «equo» e solidale «contemperamento degli interessi delle parti» (art. 1371 c.c.).

Non sembra vi sia poi bisogno di sottolineare – visto che di rinegoziazione si sta discorrendo, nel senso appunto di modifica e rimodulazione di un

⁸ Oltre questa soglia (e a prescindere da quanto si viene ad accennare sul tema sulla filiera produttiva), il problema non ha più una dimensione di ordine «contrattuale», quanto ormai quella della (più o meno accentuata e/o variata) crisi d'impresa. Il che fa trapassare la materia a un altro dei crocevia del dibattito portato dalla pandemia: qual è appunto quello composto, da un lato, dalla giustificatezza o meno della mancata entrata in vigore di una o più parti del Codice della crisi e, dall'altro, dall'eventuale introduzione di procedure leggere per la soluzione di crisi temporanee delle imprese (tra amministrazione vigilata e concordato semplificato, per dire).

Per primi riferimenti in proposito si può rinviare ai tanti contributi apparsi in www.ilcaso.it e alle segnalazioni contenute in *Comparative Covid Law*.

contratto già in essere ⁹ – che la indicata distribuzione delle negatività pandemiche dovrebbe avvenire lungo la linea fissata dal criterio «dell'equo contemperamento degli interessi delle parti», secondo quanto stabilito dalla norma dell'**art. 1371 c.c.**

Linea, questa, (non già «corretta», bensì) *ab intrinseco* innervata – ciò che, a fronte a un diritto vivente troppo spesso dimentico dell'esistenza dei valori costituzionali, occorre invece puntualizzare – dal necessario ricorso al principio di solidarietà economica e sociale (**art. 2 Cost.**): che prima di ogni altra cosa consiste, invero, nell'andare in soccorso alle altrui sofferenze, per mitigarle.

Non è facile immaginare, in realtà, una situazione in cui il principio di solidarietà possa prendere più urgenza che nella presente. Né pare agevole pensare a una situazione in cui il principio possa venire a dare colore e pregnanza sostantiva alla richiesta della legge di un contemperamento di interessi che, nel concreto, risulti effettivamente «equo» ¹⁰.

6. - Gli accordi di ristrutturazione della filiera produttiva. Cenno.

323

Pur rapide, altre due osservazioni si pongono, a questo punto, come opportune.

La prima è che, nell'oggi, non risultano prevedibili tutti gli effetti negativi (per qualità e per quantità) della pandemia. Sarebbe assurdo che la rinegoziazione non tenesse conto di questa circostanza (in sé determinante, volendo ben vedere) ¹¹ : i rilievi appena effettuati (se non altro) indicano

⁹ Quanto meno a livello operativo, un contratto di rinegoziazione può risultare molto vicino a una transazione. A me pare importante tenere rigidamente distinti i due fenomeni, soprattutto in ragione dei regimi di vizi che, nel sistema attuale, assiste il secondo.

¹⁰ Rispetto al principio solidaristico – è da rilevare – «sarebbe sicuramente errato fermarsi a una lettura posata sul solo debitore, senza dunque tenere conto di quella del creditore ... e senza perciò procedere anche una comparazione, in chiave solidaristica, tra i detti due poli ... Più ampiamente, anzi, occorre tenere in adeguato conto la complessiva posizione che connota le parti rispetto al titolo (contrattuale o non) che, nel concreto, governa il rapporto ... Né d'altra parte si potrebbe trascurare - più ampiamente ancora - l'eventuale inserimento dell'operazione, che viene in concreto rilievo, nel contesto di uno specifico mercato di riferimento» (cfr. A.A. DOLMETTA, «*Misure di contenimento*» della pandemia e disciplina dell'obbligazione in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 151 ss.).

¹¹ Cfr., in specie, D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit.; A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, 281.

che risposta congrua a questo profilo problematico non può essere l'allocatione definitiva e compiuta del relativo rischio su uno dei contraenti; occorre piuttosto la previsione di mantenere aperta (aggiornata) la via della rinegoziazione: occorre darle, insomma, il tratto espresso della continuità. L'altra osservazione muove dal riscontro della realtà operativa. Se in molte occasioni la rinegoziazione del singolo rapporto contrattuale può risultare strumento idoneo (esemplare il caso della locazione commerciale, che spesso rappresenta, per le piccole imprese, il costo industriale di gran lunga più pesante)¹², in altre non appare invece sufficiente per porre rimedio al bisogno reale che l'operatività manifesta.

Il riferimento va, in modo particolare, a quei contratti che risultano immediata espressione di (stringenti) filiere produttive: la catena di dipendenze che viene così a determinarsi mostra che, per questa tipologia di situazioni, la rinegoziazione – potere essere realmente efficace – dovrebbe avere oggetto più ampio, a seguire (da un certo stadio in poi) la stessa linea contrattuale di formazione del prodotto.

Per queste situazioni struttura acconcia si manifesta, dunque, la rinegoziazione, da parte dei più contraenti interessati, della contrattualistica della filiera: o in termini unitari (in termini, così, di accordo di «ristrutturazione della filiera produttiva»)¹³ o, quantomeno, coordinati.

7. - Intervento conformativo del giudice.

Nel transito verso la questione relativa all'effettiva esistenza di un dovere di rinegoziazione dei contratti pendenti in ragione della sopravvenuta pandemia si pone un importante problema «intermedio», di cui occorre dare conto.

Si ipotizza, dunque, un dovere legale di rinegoziazione: come destinato, peraltro, a sfociare in un nuovo contratto, per l'appunto «modificativo» dell'originario **ex art. 1321 c.c.** Bandita *a priori* ogni eventuale rilevanza

¹² Diversamente orientato in proposito sembra A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., nella parte finale del n. 5.

¹³ Per spunti in proposito v. A.M. SANDULLI, *AGCM e tutela del consumatore ai tempi del coronavirus*, in www.federalismi.it, 2020.

Un abbozzo di ristrutturazione della filiera contrattuale può forse leggersi nei commi 3 e 4 dell'art. 216 d. rilancio

dei comportamenti opportunistici che, nel caso, siano tenuti da una delle parti del contratto ¹⁴, si tratta in realtà di individuare i termini contenutistici di questo nuovo – e modificativo – accordo.

Il punto non è, all'evidenza, il margine di discrezionalità che si apre nella scelta delle nuove e sostitutive condizioni: inevitabile, una banda di elasticità appare in principio senz'altro tollerabile. Il punto attiene, invece, alla definizione del ruolo da assegnare al giudice: che appare stretto nell'ineludibile alternativa tra provvedimento solo risarcitorio e intervento per contro conformativo – pur entro i limiti, direi, delle richieste in concreto formulate dalla parte interessata – delle condizioni sostitutive del contratto originario.

Nella prospettiva di questo secondo corno – la cui adozione appare necessaria per la reale credibilità dello strumento della rinegoziazione – appare fattore di orientamento la norma dell'**art. 2932 c.c.** A convincere, peraltro, sono soprattutto gli strumenti correttivi delle conseguenze delle sopravvenienze che il legislatore ha delineato negli **artt. 1464 c.c.** (per l'impossibilità parziale) e **1468 c.c.** (per l'eccessiva onerosità nei contratti con obbligazione per una sola parte) c.c.: ché pure in queste situazioni – a cui la rinegoziazione appare intuitivamente prossima ¹⁵ – si tratta di «costruire» i termini contenutistici di una prestazione di ordine sostitutivo.

8. - Obbligo di rinegoziazione e canone di buona fede.

Già si è detto che il punto dell'eventuale esistenza, nell'ambito del sistema vigente, di un dovere di rinegoziazione – in ragione della sopravvenienza pandemica – si manifesta particolarmente delicato.

Per fondarlo, non sembra vi siano alternative – tra gli strumenti generali della materia contrattuale – che il fare leva sul canone della buona fede

¹⁴ Cfr. sul punto A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., settimo capoverso del n. 7.

Vero è che il comma 3 dell'art. 1467 sembra invece abilitare il contraente avvantaggiato dall'eccessiva onerosità a tenere comportamenti opportunistici: tuttavia, il carattere del tutto eccezionale di questa disposizione sembra evidente, come pure il sospetto della sua incostituzionalità per contrasto (se non altro) con il principio base di solidarietà.

¹⁵ Non pare dubbio, infatti, che il canone della buona fede oggettiva importi, per il soggetto la cui prestazione è diventata parzialmente impossibile o eccessivamente onerosa, un dovere di interpello dell'altro contraente, in prevenzione dell'azione giudiziale.

oggettiva. Al più, potrebbe essere di un qualche ausilio la clausola di giusta causa: solo, però, nel ristretto significato di poter eventualmente fondare una facoltà di recesso dal rapporto (cfr. nel corso del n. 1), le condizioni di esercizio del quale rimanendo in ogni caso governate dal canone della buona fede.

Ora, fare effettivamente leva su questa clausola generale è possibile, forse. E tuttavia, a me pare, per il medio di un ragionamento che si presenta un poco articolato e tutt'altro che scontato.

In sostanza, il ragionamento muove dal riconoscimento che il sistema vigente conosce due forme operative della buona fede oggettiva: quella integrativa (art. 1375 c.c.) e quella valutativa (arg. ex art. 1460, comma 2, c.c.)¹⁶; e viene, nel suo svolgimento, a utilizzare sia l'una che l'altra.

Nel senso che la sopravvenienza pandemica può rendere *non iure* lo svolgimento del rapporto nei termini convenuti dal contratto originario: secondo una valutazione propriamente da compiere nel campo della fattispecie concreta. Segue la valutazione che, nel concreto, *non iure* appare, altresì fare senz'altro cessare il rapporto (come si vede, sin qui il ragionamento adopera lo schema dell'*exceptio doli generalis*). Posta una situazione siffatta, interviene allora la buona fede integrativa a richiedere l'adozione di congrue condizioni contrattuali, sostitutive di quelle originarie.

9. - (Segue): l'impatto nel diritto vivente.

Non v'è dubbio che il ragionamento sin qui svolto predichi un utilizzo molto forte del canone della buona fede oggettiva. Non solo sotto il profilo dei contenuti della invocata rinegoziazione. E forse neppure tanto sotto questo profilo, mi pare di poter ritenere: ché, a conti fatti, quelli indicati si pongono sulla linea di base del buon senso sociale – in luogo di più o meno accentuati individualismi – e della lettura solidaristica delle fattispecie, come pure imposta dalla Costituzione¹⁷. Quanto, piuttosto (o soprattutto), sotto il profilo della conformazione strutturale d'intervento del

¹⁶ Su questi profili, A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Borsa borsa tit. cred.*, 1998, I.

¹⁷ Non sembra peraltro allineato con i contenuti espressi nel testo quelli affermati nel DDL Senato 1151 (presente legislatura), di delega al Governo per la revisione del codice civile: cfr. *infra*, la nota 27.

canone, nei termini appena sopra riscontrati: a frangere e a ricostruire fattispecie contrattuali ¹⁸.

Se si trasporta – come pure si deve – questo rilievo sul piano del diritto applicato, ne segue che l'effettiva utilità dello strumento della rinegoziazione a risolvere i problemi creati dalla pandemia sui contratti già in corso di esecuzione si manifesta oggettivamente assai incerta. Tanto più che non constano interventi della Cassazione sul punto della rinegoziazione (in genere) e che, anzi, il recente intervento delle Sezioni Unite (19 ottobre 2017, n. 24675) in tema di usura sopravvenuta nel mutuo palesa sensibili chiusure nei confronti delle sopravvenienze contrattuali (come peraltro legate, nel caso esaminato, a ordinari fattori di evoluzione del mercato).

10. - La buona fede di rinegoziazione come criterio di lettura di altre norme.

Ciò tuttavia non esclude – anche sul piano del diritto vivente – che l'idea, che sta alla base della teorica della rinegoziazione, possa comunque svolgere un ruolo di segno positivo nella soluzione di questi problemi pandemici. E così, in via segnata, nell'orientare e dirigere, a me pare, la lettura di altri strumenti normativi, in qualche modo più «immediati»: come sfondo di riferimento o anche, volendo, come chiave di supporto integrativo ¹⁹. Il riferimento va, in particolare, alla disposizione dell'art. 91 legge «cura Italia» ²⁰, norma generale introdotta dal legislatore emergenziale per i contratti già pendenti e norma non dotata di spazio applicativo solo temporaneo (come tante altre emanate nell'occasione), bensì «definitiva».

Ora, il tenore di questa disposizione appare ragionevolmente ricostruibile ²¹ – in base a una lettura attenta del suo testo – nel senso di consegnare al

¹⁸ Su quest'aspetto v. anche l'ultima parte del lavoro, *sub* n. 12.

¹⁹ Per qualche spunto, ulteriore rispetto a quanto si viene a indicare nel testo, rinvio a *Contratti pendenti e pandemia*, di prossima pubblicazione in *Il processo civile solidale* a cura di De Santis e Didone.

²⁰ «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati od omessi pagamenti».

²¹ Per l'approfondimento dei diversi temi implicati dalla norma dell'art. 91 v. «*Misure di contenimento*» e *Contratti pendenti*, cit.

giudice (anche) il potere di fissare – con intervento conformativo sulle modalità di esecuzione dell’obbligazione – il nuovo momento di scadenza dell’obbligazione (per cui viene richiesta la tutela in discorso). La possibilità di un simile intervento rimediale, in effetti, può essere ritenuta implicita nel congiunto richiamo alle norme dell’art. 1218 e 1223 c.c.: che l’ammissibilità di un intervento che coniughi *pro rata temporis* le due manipolazioni sembra proprio trasparire dal contesto normativo²².

Profilo assai delicato si mostra, invece, quello attinente all’eventuale potere del giudice di «modificare» equitativamente la prestazione dovuta dal debitore in oggettiva difficoltà ad adempiere (fuor dall’ambito risarcitorio, naturalmente²³): per riduzione o, comunque, per alterazione dell’oggetto.

Per sé, il tema della conformazione della prestazione dovuta potrebbe sembrare un po’ estraneo all’orizzonte della norma, che muove da una considerazione di taglio risarcitorio (come comunque comprensivo del ritardo nell’adempimento, si è appena visto). Non v’è dubbio, però, che una simile eventualità costituirebbe una spinta (assai più) potente per condurre gli intendimenti delle parti verso la strada della rinegoziazione. È allora da chiedersi se non sia sfruttabile a questo riguardo proprio l’impostazione fondante della buona fede oggettiva, quale base normativa per dare sfogo e soddisfare, nel caso occorrente, l’esigenza di adozione di contenuti sostitutivi degli accordi negoziali originari. E ciò anche facendo leva, in una prospettiva di tensione unitaria – e, va anche aggiunto, pandemica – sulle norme che, in caso di sopravvenienze rilevanti sull’esecuzione contrattuale, ammettono il giudice a rideterminare la misura della

²² «È da aggiungere che a ben vedere – e cioè proseguendo sulla falsariga evocata da quest’ultimo rilievo – il potere del giudice può andare a toccare non solo le rate (già) scadute, ma pure quelle ancora a scadere (inevitabile il richiamo, in proposito, alla norma generale, e nobilissima, dell’ art. 1183 c.c.). Come pure può condizionare l’assegnazione del nuovo termine all’apprestamento di apposite cautele, anche ai sensi dell’ art. 1179 c.c. E anche provvedere, per lo sviluppo futuro del rapporto, sulle (ulteriori) modalità di esecuzione della prestazione debitoria (rateizzazione; luogo dell’adempimento) e sui poteri da consentire al creditore in proposito, a muovere dal punto della decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186*» (così in *Contratti pendenti e pandemia*, cit.).

²³ La parte dell’art. 91 che richiama le «penali» (cfr. nota 20) riprende la norma generale dell’ art. 1384 c.c.: pur se – va aggiunto – il valore che quest’ultima disposizione dà all’«interesse del creditore» deve essere qui mediato dal rilievo oggettivo del fatto pandemico e dalla necessaria applicazione del principio di solidarietà costituzionale.

prestazione dovuta dal debitore (artt. 1464 e 1468); come pure delle disposizioni introdotte dall'attuale legislatore pandemico in punto di sostituzione per «equivalente» di prestazioni divenute impossibili) ovvero ancora di rideterminazione dei canoni relativi ai «contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi» (si v. già sopra nel n. 2).

11. - L'eventualità di una rinegoziazione assistita per via extragiudiziale.

Si è osservato che la «rinegoziazione dell'emergenza sanitaria» porta con sé, intrinseco, il rischio che ogni accordo «avvenga davanti al giudice»: ciò che «è di fatto impossibile»²⁴. Il rilievo è serio, importante. Nel presente, il numero dei magistrati è sotto organico; l'organico attuale, ancor prima, appare in sé stesso non sufficiente.

Il rilievo, tuttavia, appare in buona sostanza scentrato. È facile previsione, infatti, che la pandemia in essere porterà con sé una grossa lievitazione del contenzioso civile. La gravità dell'attuale situazione economica parla proprio da sola. Questo problema, dunque, è del tutto indipendente dallo strumento della rinegoziazione: c'è comunque.

Anche perché la crisi è del mercato: la crisi dei contratti pendenti non è, dunque, che il primo anello di una catena, che rapida procede verso la crisi dei contratti inerenti alla filiera produttiva e quindi vira verso la crisi delle imprese del relativo settore; e via così a dilatarsi in modo esponenziale.

In ogni caso occorrerebbe, perciò, un pronto intervento del legislatore pandemico (pure) per questi riguardi. Che potrebbe anche dipanarsi – secondo una linea che in letteratura sembra stare emergendo – mediante la previsione di apposite strutture (ovvero «organismi») di risoluzione delle dette crisi, secondo i diversi livelli in cui queste vengono a disporsi²⁵. E che ben può venire incoraggiata sin dal livello relativo alla rinegoziazione dei contratti pendenti: ferme le condizioni, però, che si tratti di un'assistenza non già di taglio mediatore, bensì di sostanza decisoria e che sia garantita l'elevata professionalità delle strutture decisorie.

²⁴ D. MAFFEIS, *op. cit.*

²⁵ La proposta è stata formulata da M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea «grezza»*, cit.

12, - La proposta dell'associazione Civilisti Italiani.

In questi giorni, l'associazione Civilisti Italiani ²⁶, ha auspicato – riprendendo, per certi versi, un punto contenuto nel DDL Senato 1151, di delega al Governo per la revisione del codice civile ²⁷ – l'adozione di un decreto delegato, che «inserisca dopo l'art. 1468 c.c. un nuovo articolo, il 1468-*bis*, che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali»: è «congrua» – si è in particolare osservato – «l'idea di tradurre l'obbligo di rinegoziare secondo buona fede nel potere-dovere delle parti di formulare proposte e controproposte di adeguamento fondate su ragioni giustificate»; «non sembra invece opportuno (ma il punto è controverso) affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali».

La proposta sollecita più riflessioni, anche al di là delle concordanze e delle non concordanze già emerse nello svolgimento delle presenti note. Due in particolare. Che passo brevemente a enunciare.

Là dove predica la conservazione dell'attuale norma dell'art. 1467 c.c., la proposta sembra presupporre come fattispecie rilevante della nuova disposizione una nozione di «eccessiva onerosità» diversa – e meno «impeditiva» – dell'asfittica versione che la comune opinione ritiene oggi presente nel codice. Non è invero pensabile – e tanto meno nella contingenza attuale – che la proposta intenda *imporre* al contraente ²⁸, pregiudicato da una situazione che già presenti gli estremi di cui al vigente art. 1467 c.c., l'ulteriore *chicane* di una rinegoziazione, *in thesi* destinata solo a peggiorare la posizione così acquisita.

In punto di fattispecie, il problema di una «nuova» disposizione sull'ec-

²⁶ *Una riflessione e una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, sul sito dell'Associazione, 7 s.

²⁷ L' art. 1, comma 1 lett. i. del d.d.l. recita: «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuto eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accorso, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta tra le parti».

²⁸ Che il contraente pregiudicato al punto da potere utilmente invocare la protezione data dalla norma dell'art. 1467 possa, ove interessato, promuovere la via della rinegoziazione è ipotesi, mi pare, che non ha bisogno di un'apposita prescrizione normativa.

cessività è questo: la proposta non esplicita una «nuova» nozione ²⁹. Peraltro, potrebbe anche non essere inopportuno, a me pare, passare proprio ad abrogare la norma dell'art. 1467, sostituendola con più moderna ed equa previsione. Ché, anzi, l'occasione potrebbe essere adatta, in fondo, per una rimediazione generale del fenomeno delle sopravvenienze contrattuali (prima in punto di fattispecie rilevanti e, poi, nella costruzione di opportune discipline). Come anche intesa a coordinare, nel contesto di una visione unitaria, le più norme sparse nel codice con riferimento a singoli contratti (cfr., così, gli **artt. 1818, 1623, 1664 c.c.**); e, nel caso, altresì a valorizzare (per la costruzione delle fattispecie e/o delle discipline) i portati delle norme emergenziali che via via il legislatore sta sfornando. L'altra riflessione si sostanzia nel rilevare che, nei termini in cui l'ha concepita l'Associazione, la nuova norma sembra essere distonica rispetto al contesto del sistema vigente. Abbandonato lo schema – fattispecie e disciplina – predisposto dall'art. 1467, il riferimento va qui diretto al sistema di disciplina sostitutiva che risulta delineato nella norma dell'art. 1468. Il confronto fa subito emergere due discontinuità.

Perso, con l'introduzione di una legge apposita, il ruolo di struttura portante di un obbligo di rinegoziazione, la buona fede – a cui pure si richiama la proposta – diventerebbe criterio guida dei contenuti da inserire nella rinegoziazione. La norma dell'**art. 1468 c.c.** richiama tuttavia l'equità. La diversità non pare giustificata: tanto più che, come si è visto (n. 5), la nozione di equità risulta direttamente ricollegabile a quella di contemperamento degli interessi delle parti, di cui all'**art. 1371 c.c.**

Nel sistema presentato dall'**art. 1468 c.c.**, è il giudice a stabilire, nel difetto di accordo tra le parti, i termini contenutisti della prestazione sostitutiva (per riduzione e/o per modificazione delle modalità esecutive). La stessa falsariga è adottata, di base, dalla norma dell'**art. 1464 c.c.** (cfr. già sopra, n. 7). Pur se il punto viene dichiarato «controverso», la proposta dell'Associazione si orienta invece per assegnare al giudice compiti meramente

²⁹ Per ragione ritengo non condivisibile la critica mossa in proposito da CAPAREZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, riportato in *Comparative Covid Law*, per il quale «invocare una nuova disciplina della rinegoziazione ... trascura che l'incidenza dell'emergenza Covid-19 e delle relative misure di contrasto non si atteggia generalmente a causa di eccessiva onerosità sopravvenuta».

risarcitori ³⁰ : preferendo lasciare integro, così, il contratto originario. Com'è evidente, si tratta di strutture frontalmente contrapposte (cfr. n. 7). La seconda ferisce a morte il sistema rimediale delle sopravvenienze.

³⁰ A sostegno di questa (prevalente) opinione l'Associazione scrive che la stessa è motivata sia dalla «eccessiva compressione» che la soluzione conformativa «determinerebbe dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione (art. 41)», sia dalle «ragioni per cui la migliore dottrina, e in specie quella di indirizzo gius-economico, perentoriamente esclude l'idoneità del giudice a "fare il contratto"».

A me pare che la prima di queste ragioni soffra di una visione alquanto unilaterale del vigente sistema costituzionale. Quello di autonomia viene invero a confrontarsi con l'intero assetto dei principi costituzionali, declinandosi per l'effetto: dal «nucleo indisponibile» della solidarietà sociale ed economica, in specie, al necessario rispetto dell'«utilità sociale» e della «dignità umana» di cui all'art. 41 comma 2, che per l'appunto si pongono come barriere comunque non superabili dall'autonomia dei singoli

Al di là della constatazione che collide con un considerevole numero di norme vigenti (quali, per fare solo un esempio, quelle appena citate nel testo), l'altra ragione addotta denuncia venature di autoreferenzialità, non essendo indicati i motivi per cui la professionalità imparziale del giudice non sarebbe in grado di fornire adeguati interventi conformativi.

30.

Tre tipi di solidarietà.

Oltre la crisi nel diritto dei contratti

1. - Introduzione.

L'emergenza sanitaria del Covid-19 ha aperto tra gli studiosi del diritto privato un animato dibattito in materia di principi delle obbligazioni e rimedi contrattuali, allo scopo di osservare anche questi rapporti attraverso la lente della solidarietà.

In particolare, una simile analisi suggerisce di ripensare le applicazioni e gli effetti dell'art. 1218 c.c., e le regole in materia di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità, al fine di tenere adeguatamente in conto l'impatto della crisi economica, prodotta da quella sanitaria.

Si tratta di interventi pienamente condivisibili, specialmente quando essi evocano una revisione più complessiva del diritto delle obbligazioni e dei contratti, del resto già avviata prima della diffusione dell'epidemia. Va da sé che l'emergenza rischi di rendere meno urgente un ripensamento complessivo e abiliti, invece, soluzioni speciali, capaci di fronteggiare i casi più comuni portati all'attenzione del governo dalle parti sociali.

Proprio con l'obiettivo di non perdere questo slancio della riflessione civilistica verso un discorso per principi, attento al ruolo della solidarietà nel diritto dei contratti, intendiamo condividere alcune riflessioni, anche a partire dagli studi che, negli ultimi anni, abbiamo condotto nell'ambito del diritto della proprietà e dei beni comuni. Ci pare, peraltro, che sia un modo per tener viva la funzione del diritto anche in vista delle misure economiche drastiche che ci attendono. La speranza, insomma, è che la solidarietà sia invocata in un quadro di intervento generale: riemersa sì,

sull'onda della crisi sanitaria, ma capace di costituire un parametro di valutazione anche di futuri comportamenti di mercato.

2. - Due tipi di solidarietà: difensiva e sociale.

Come si è detto, le “declamazioni solidaristiche”, certamente non originali nel dibattito civilistico italiano, hanno trovato in questo periodo di crisi un nuovo terreno fertile, per evidenziare che “il contratto può e deve fare solidarietà”, come richiamato da Alberto Benedetti ¹.

Tale affermazione mette in evidenza due tendenze: la prima attiene la promozione della funzione solidaristica del contratto, difendendo un principio che – potremmo dire – non rappresenta una regola di default, ma, al contrario, risulta dal lavoro dell'interprete o, *rectius*, di una certa corrente interpretativa.

La seconda tendenza evidenzia la difficoltà di promuovere una funzione solidaristica del contratto, in una fase d'emergenza in cui il rapporto contrattuale fa a meno del contatto tra le parti, inteso come momento in cui si manifestano la cooperazione, l'assunzione di doveri verso gli altri e la cura degli interessi della persona più debole ². In ogni caso, la fase suggerisce che «l'adattamento all'emergenza del rapporto obbligatorio» debba diventare «davvero, un luogo in cui i doveri di solidarietà devono prevalere su ogni altro interesse» ³.

Raffaele di Raimo ha messo in evidenza i limiti dell'applicazione di questo principio nella revisione della disciplina relativa alle condizioni di esigibilità delle obbligazioni, dal momento che il richiamo risulta “estremamente parziale in quanto limitato alla patologia della crisi e non invece involgente appieno l'epicentro dei rapporti di credito nella loro fisiologia, costituito dall'esigibilità» ⁴. Questa critica compare nel suo saggio anche in un passaggio successivo, quando l'autore si domanda se «avranno an-

¹ A.M. BENEDETTI, *Il “rapporto” obbligatorio ai tempi dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020.

² A.M. BENEDETTI, *Il “rapporto” obbligatorio ai tempi dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, cit.

³ A.M. BENEDETTI, *Il “rapporto” obbligatorio ai tempi dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, cit.

⁴ R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020.

cora senso discipline che, per un verso – data per scontata l'esigibilità, a prescindere dalla condizione soggettiva del debitore – confinano l'applicazione del principio di solidarietà al momento della crisi e, per l'altro verso, assicurano al creditore un potere di esazione immediato e diretto, il cui esercizio non è controllabile dal giudice se non a posteriori».

Per converso, Francesco Macario ha ricordato come clausole generali e principi costituzionali – tra i quali, la solidarietà – costituiscano «una risorsa straordinaria a disposizione delle corti, per fare in modo che, prendendo lo spunto da una situazione destinata a rimanere tristemente nella memoria come vicenda inattesa ed eccezionale (si spera da parte di tutti, anche di brevissima durata), il diritto vivente, al pari del legislatore (se e quando si deciderà di porre mano alla ipotizzata riforma), dia il suo contributo alla costruzione di un diritto dei contratti più solidale e, in qualche modo, più rispondente all'idea di democrazia oggi maggiormente condivisa»⁵.

Da ultimo, la solidarietà è richiamata come base della rinegoziazione contrattuale⁶ e qualificata come “sociale” (Antonio De Mauro⁷; e Marcello Maggiolo, che riflette sul risarcimento del danno e intende la solidarietà come «diffusa, imposta davvero a tutti»⁸).

Ricaviamo, quindi, almeno due letture importanti per caratterizzare il principio di solidarietà nell'ambito contrattuale. Da una parte, esso è descritto come uno strumento nelle mani del giudice e svolge un compito correttivo: definiremo questa solidarietà come difensiva, perché interviene quando qualcosa sia andato storto, e quindi come è stato detto, “a posteriori”.

Dall'altra, il principio di solidarietà è invocato al fine di collegare rapporti interprivati – isolati dal resto del mondo dalla *privity* – con ciò che succede nel contesto in cui essi hanno luogo: si tratta della solidarietà sociale, la

⁵ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

⁶ D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020.

⁷ A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020.

⁸ M. Maggiolo, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *giustiziacivile.com*.

quale parrebbe richiamare un sostrato di riferimento che coincide con la comunità.

Queste due declinazioni della solidarietà – difensiva e sociale – meritano di essere approfondite, al fine di capire se siano sufficienti. Anticipiamo la conclusione dell'analisi, per dire che l'emergenza sanitaria ed economica obbliga a riflettere su un principio di solidarietà che non operi soltanto a posteriori, ma, in nome di una sua connessione con la comunità, intervenga anche a priori, e quindi come strumento di conformazione del contratto, iscritto nella sua stessa causa. Parleremo di solidarietà proattiva, capace di declinare *ex ante* in modo strutturale, tutto fuorché rugiadoso⁹, un progressivo passaggio da una società estrattiva ad una generativa ed ecologica.

3. - La solidarietà come termine relazionale.

Come si è detto, le declamazioni solidaristiche non sono certo una novità dell'ultimo periodo, ma costituiscono una costante di una parte della dottrina che, a nostro avviso, ha tutelato un principio di solidarietà difensiva. Esso ha alimentato gli studi e le riflessioni sulle tecniche di integrazione del contratto, sulle sopravvenienze e sulla rinegoziazione. Si tratta di un importante crocevia tematico, dove si incontrano i problemi legati alla definizione dell'estensione sia dell'autonomia privata, sia del potere d'intervento del giudice nel rapporto interprivato.

Da questo punto di vista, il principio di solidarietà si collega alla buona fede come fonte integrativa del contratto (art. 1374 c.c.), intesa come criterio di comportamento¹⁰ capace di disciplinare l'azione dei soggetti nella pratica degli affari in forza dell'appartenenza a una comunità¹¹, dando concretezza al principio della parola data (*pacta sunt servanda*).

Esiste, quindi, un'imprescindibile connessione tra affari – pratiche commerciali – e legami di comunità: lo scambio e la circolazione della ricchezza

⁹ P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in Riv. dir. civ., 2003, 409 ss.

¹⁰ R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, 1949, 14; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 195.

¹¹ G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in Riv. dir. comm., 1963, I, 412.

non possono essere isolati dal contesto sociale in cui si svolgono, perché lo condizionano e ne sono condizionati.

Come noto, il codice civile italiano del 1942 assegna alla buona fede un ruolo essenziale nello svolgimento della vicenda contrattuale. Essa, infatti, ammonisce le parti ad agire nel rapporto obbligatorio secondo correttezza (art. 1175)¹²; a svolgere le trattative, formare il contratto (art. 1337) e a eseguirlo secondo buona fede (art. 1375)¹³. L'endiadi sinonimica in cui è racchiusa¹⁴ – *buona fede e correttezza* – specifica il principio di solidarietà¹⁵, il quale prende forma soltanto nel concreto svolgimento del rapporto contrattuale.

Vale la pena di ricordare che nel codice del 1942, le tensioni solidaristiche che avevano accompagnato le elaborazioni della dottrina tedesca e francese sulla clausola della buona fede, furono risolte nello strumento della solidarietà corporativa. Si tratta di un criterio che ha tradotto l'ideologia fascista in diversi istituti del diritto privato: è sufficiente pensare alla costruzione del libro III e alle elaborazioni sulla funzione sociale della proprietà (poi non entrata nel codice) per comprendere gli sforzi del regime¹⁶.

Nel diritto dei contratti, la solidarietà corporativa fu espressamente richiamata nell'**art. 1175 c.c.**¹⁷, che metteva in relazione con questo principio le regole della correttezza che dovevano guidare il comportamento del debitore e del creditore nel rapporto obbligatorio,

Pugliese, componente della Commissione istituita nel 1944 dall'Istituto

¹² R. SACCO, *La buona fede*, cit., 14, nt. 5; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, 80 s.; S. PUGLIATTI, *Autoreponsabilità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 460; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 133 s.

¹³ Sullo sdoppiamento in due norme diverse dei precetti, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 119 ss. La buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione era disciplinata dal codice del 1865 all'interno della stessa norma, l'art. 1124.

¹⁴ Buona fede e correttezza costituiscono, infatti, un riferimento unitario; v. R. SACCO, *La buona fede*, cit., p. 14, nt. 5; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 119; per quest'ultimo Autore, tuttavia, tale scelta non esclude la necessità di chiarire i rapporti tra gli artt. 1175 e 1375 c.c.: si v. 133.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 150.

¹⁶ U. MATTEI, *La proprietà*, Torino, 2015, II ed., 109 ss.

¹⁷ G. FERRI, *Diritto agli utili*, cit.; L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, Riv. dir. comm., 1954, I, 393; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 82; S. Rodotà, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1965, I, 149.

italiano di studi legislativi per la riforma del codice civile ed estensore della parte del rapporto finale relativa al libro delle obbligazioni, definì tale espressione come vaga e priva di contenuto, da non prendere sul serio. Sebbene «[n]ell'intenzione dei compilatori l'art. 1175 (...) avrebbe dovuto costituire la chiave di volta del sistema, [esso] invece è appena un festone di poco gusto collocato all'inizio del libro per dare al lettore profano la sensazione che vi avrebbe respirato aria fascista»¹⁸. Tale osservazione era funzionale a provare il carattere ornamentale dell'art. 1175 che, pertanto, una volta rimosso attraverso la revisione di defascistizzazione del codice civile, non avrebbe "scalfito la bontà del libro". La disposizione è però rimasta, giacché è poi intervenuta soltanto un'abrogazione parziale che ha soppresso il riferimento ai principi della solidarietà corporativa.

Nel disegno codicistico originario, quindi, la clausola generale della correttezza era legata alla solidarietà corporativa secondo una prospettiva relazionale¹⁹, al fine di stabilire un principio-guida per determinarne il contenuto.

Tale collegamento relazionale costituiva un invito al creditore e al debitore, i quali, nel decidere il proprio comportamento contrattuale, avrebbero dovuto considerare la soluzione più desiderabile per implementare il corporativismo²⁰. Di conseguenza, dal momento che la solidarietà era definita come un'espressione di socializzazione a partire da un legame di comunità²¹, allora nella formulazione originale dell'art. 1175 c.c. le comunità di riferimento erano le corporazioni²², sulle quali si fondava l'ordinamento fascista.

¹⁸ *Annuario Diritto Comparato* St. Leg. XXIV 1950, 177.

¹⁹ Ciò non vuol dire assegnare alla solidarietà corporativa il ruolo di momento centrale dell'art. 1175 c.c. (su questo equivoco, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 127 nt. 31), ma valorizzare la scelta certamente non casuale né ornamentale del legislatore: il criterio di relazionalità aveva una funzione fortemente politica, anche basata sul concepire la corporazione come unità-base del sistema fascista.

²⁰ S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Riv. dir. comm.* 1942, I, 373. Il criterio della desiderabilità sociale della soluzione comportamentale è valido anche nell'interpretazione della solidarietà contrattuale, con la differenza che esso è oggi radicato nei principi e nei valori costituzionali. Così G. D'AMICO, *Buona fede e solidarietà sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 558; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 131.

²¹ G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 365.

²² È appena il caso di notare che le corporazioni fossero delle comunità impostate secondo i principi dell'ideologia fascista: esse erano camere di compensazione di interessi prive di ogni elemento di democraticità e inclusione.

Tali riflessioni sono rilevanti ai fini di questa analisi perché consentono di intravedere le “tendenze programmatiche alle quali si è ispirata la legislazione”²³ – nel caso di specie – del paradigma contrattuale. Esso, pertanto, non aveva come sostrato esclusivo l’antagonismo dei privati tipico del diritto dei contratti liberale, ma anche dinamiche per guardare il rapporto nella sua complessità, e quindi non soltanto avuto riguardo alla posizione isolata di ciascuno dei contraenti. Pareva ammettersi un’eccezionale e preventiva deroga alla *privity* contrattuale, imponendo alle parti di incorporare sin dal principio nella loro relazione, solidarietà e cooperazione, anche dirette alla cura di una comunità e di un interesse collettivo.

3. - La solidarietà e le fonti di integrazione del contratto.

I due orientamenti che si sono contesi il campo interpretativo – da una parte, coloro che avrebbero preferito mantenere nell’**art. 1175 c.c.** almeno un riferimento generico alla solidarietà e dall’altra, quanti lo hanno ricostruito richiamando l’**art. 2 Cost.** – hanno entrambi segnalato la possibilità che il contratto sia uno strumento della cooperazione sociale. Essi, tuttavia, lavorando nel campo della sua integrazione, hanno ragionato in modo *difensivo* di solidarietà sociale, proponendone l’intervento soltanto nella fase patologica del rapporto obbligatorio, quando cioè il comportamento delle parti è oggetto di una valutazione giudiziale²⁴.

È stata messa da parte, dunque, quella funzione preventiva che la solidarietà svolgeva. Il necessario rifiuto dell’ideologia fascista e dei riferimenti al corporativismo ha travolto anche l’idea di comunità, che era stata il termine relazionale della solidarietà. Nonostante essa sia stata recuperata attraverso il richiamo all’**art. 2 Cost.**, il dibattito sulla *solidarietà sociale come limite interno dell’autonomia privata* è venuto meno.

Nell’ambito del diritto dei contratti è dunque mancata una riflessione che ricalcasse il percorso interpretativo elaborato in materia proprietaria. Ora, è chiaro che anche nell’ambito delle relazioni dominicali la funzione sociale non costituisca la panacea di tutti i mali, però essa ha certamente

²³ S. PUGLIATTI, *L’ordinamento corporativo e il codice civile*, cit., 374.

²⁴ In tal caso, l’atto può essere inidoneo a produrre effetti giuridici oppure è conservato mediante integrazione: si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 182.

contribuito a sviluppare ragionamenti interpretativi e applicazioni normative (si veda la disciplina delle espropriazioni) ispirate dalla ricerca di un equilibrio tra le posizioni dei proprietari e quelle dei non-proprietari. Questa assenza è stata il terreno fertile della solidarietà difensiva.

Vale la pena di ricordare che l'emersione di questa soluzione interpretativa ha rappresentato a suo tempo una risposta a una certa temperie culturale. L'opera di Stefano Rodotà *Le fonti di integrazione del contratto* può essere letta come una reazione a quel filone interpretativo che ha superato il pensiero bettiano²⁵ in direzione liberale, descrivendo la causa del contratto secondo il modello della *consideration* (*quid pro quo*) tipico del *common law*. All'interprete, secondo Rodotà, non è preclusa l'identificazione di altri principi del *nuovo* ordinamento (quello che risulta dalla Costituzione repubblicana) che consentano di inserire correttamente i rapporti interpretati nel contesto sociale ed è sulla base di tale ragionamento che la connessione tra l'art. 1175 c.c. e art. 2 Cost., già evidenziata da Luigi Mengoni, diventa possibile²⁶.

La solidarietà, per il tramite della buona fede, diventava un limite all'autonomia dei privati.

Rodotà individuava il contenuto della solidarietà contrattuale nel dovere inderogabile – autonomo e direttamente operante²⁷ – di non recare danno ad altri, laddove *altri* è usato per rappresentare anche la comunità. Di conseguenza, l'intervento del giudice di integrazione del contratto deve guardare alle “finalità di ordine sociale perseguite dall'ordinamento”²⁸, ma, in ogni caso, l'operazione economica delle parti e non può subire modifiche sostanziali²⁹.

²⁵ Per una ricostruzione e un'illustrazione del pensiero di Betti in materia di solidarietà, si v. F.P. PATTI, *Autonomia privata e intervento del giudice. Orientamenti attuali nel pensiero di Emilio Betti*, in G. PERLINGIERI-L. RUGGERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Napoli, 2019, 999 ss.

²⁶ Ma principio di solidarietà ha guidato il pensiero di RODOTÀ a partire da *Il problema della responsabilità civile* (Milano, 1964) sino, negli anni più recenti, al lavoro monografico a esso dedicato *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014

²⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 163.

²⁸ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 152 s.

²⁹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 197.

4. - Oltre il diritto dei contratti della crisi: la solidarietà come termine di funzionalizzazione del contratto.

Tornando all'attualità, il dibattito in corso ci sembra che da una parte, stia lamentando l'insufficienza della solidarietà difensiva – la quale certamente dovrà guidare l'intervento giudiziale in caso di controversie negoziali – per evidenziare una riflessione che intervenga prima nell'equilibrio credito-debito; dall'altra, stia promuovendo un concetto di solidarietà sociale ancorato alla compassione, e cioè a una idea di comunità i cui componenti condividono sofferenze. Parrebbe emergere un'idea di solidarietà proattiva che interviene come limite interno all'autonomia contrattuale: per sostenere l'emersione di questa funzione e di questo tipo di solidarietà occorre chiarire meglio quale sia il suo termine relazionale, perché la comunità compassionevole non può costituire un riferimento duraturo, capace di fondare un sostrato interpretativo tramite il quale definire principi che ispirino la funzionalizzazione del contratto. Inoltre, il riferimento alla comunità non deve eliminare il valore delle differenze e, in particolare, quella pluralità di bisogni emersa con la frammentazione del soggetto³⁰. Da questo punto di vista, ci pare che alcuni indirizzi utili a costruire un contesto per la solidarietà proattiva vengano da studi e dibattiti recenti. Vogliamo qui richiamare le analisi in materia di contratti ecologici³¹, l'approfondimento sugli accordi stipulati per costituire gruppi di acquisto solidale³², e, non da ultimo, quelli per il governo del territorio³³. Si tratta di modelli che stanno emergendo in una società in cui i rapporti privatistici sono ispirati anche da nuovi valori, tra cui vale la pena di menzionare almeno la cura dell'ambiente, del territorio, e il consumo critico, in nome di una produzione sostenibile.

³⁰ M.R. MARELLA, *Tre snodi strategici per ripensare lo statuto del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 9 ss.

³¹ M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione negoziale*, in *Giust. civ.*, 2017, 809 ss. L'A. ha ragionato sull'emersione dell'endiadi "sostenibilità-solidarietà": si v. *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. e merc.*, 2015, 37 ss.

³² B. AGOSTINELLI, *Gruppi di acquisto solidale: un nuovo modo di negoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1200 ss. Si v. anche il suo *Autonoma iniziativa dei privati nell'economia solidale: nuove prospettive della sussidiarietà*, Napoli, 2018.

³³ F. GIGLIONI-A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio del Notariato*, Napoli, 2019.

Si tratta di rapporti che descrivono soluzioni giuridiche fuori dal mercato o che regolano transazioni di un *altro modo* di intendere il mercato e, sebbene non siano prevalenti, meritano di occupare un posto sul tavolo del civilista che voglia osservare il diritto vivente e i prodotti più maturi dell'autonomia privata. Ricorrendo a una espressione di Stefano Rodotà, questi contratti regolano *istituzioni della solidarietà* e fanno vedere come le parti concludano un contratto per soddisfare propri interessi, ma al contempo agiscano scegliendo soluzioni comportamentali capaci di implementare una comunità più attenta all'ambiente, alle diseguaglianze, agli interessi collettivi.

È stato scritto che l'emergenza sanitaria chiede agli intellettuali di osare e di abbandonare una certa prudenza. Da qui l'auspicio che questo nostro dibattito sul contratto più solidale si traduca in regole giuridiche per transazioni che seguano un altro modello di sviluppo economico. Vogliamo allora osare dicendo che serve una lettura che faccia del contratto uno strumento di redistribuzione *hard*, di contrasto agli arricchimenti ingiustificati e alle rendite di posizione, di allocazione progressiva e non solo proporzionale dei sacrifici immani che i sussulti del capitalismo in crisi ecologica terminale stanno imponendo. Sono molte le retoriche dominanti cui la civilistica italiana dovrebbe cessare di contribuire, per non ridurre il diritto a mera copertura formale di imperativi di riproduzione del capitale, i quali, oltretutto, non hanno più bisogno di giuristi per verificarsi.

Bisogna osare per rifiutare di restare abbandonati, insieme all'intero apparato valoriale del diritto, in un contesto materiale di distanziamento sociale economicamente marginale, spettatori di dinamiche di riproduzione capitalistica che avvengono sulle reti. Non possiamo rassegnarci a vivere in un mondo online "di fatto", in una logica del prendere o lasciare, governato da algoritmi e ingegneri informatici, in cui i giuristi sono lasciati ai margini, mentre il loro contributo resta essenziale, anche nell'immaginare le fasi della ricostruzione.

Occorre farlo subito, riprendendo davvero con coraggio la riforma del Codice Civile, insistendo tutti insieme, con rispetto ma senza timidezza, perché il Presidente del Consiglio, il collega Giuseppe Conte non lasci cadere la questione.

I civilisti devono poter agire subito, non solo in pur pregevolissimi dibattiti come questo, per portare gli interessi dei più deboli, dell'ambiente e delle generazioni future al cuore del codice civile: si tratta di parametri necessari per progettare la ricostruzione del nostro sistema economico che ha bisogno di regole, tanto imperative quanto di default, capaci di generalizzare i principi che sono emersi dai dibattiti e dalle prassi solidali ed ecologiche esistenti.

Fra le ragioni cogenti per ripartire subito al massimo livello delle fonti, c'è quella di non disperdere quel prestigio internazionale che i nostri Maestri hanno saputo conquistarsi nel mondo. Un codice civile italiano nuovo, nella sostanza e non solo nella forma, si diffonderebbe certamente, dalla Cina all'America Latina, dalla Russia ai paesi del Mediterraneo, influenzando una riconversione dell'economia che o è globale o è inutile. Occorre andar oltre la coltre di rugiada solidaristica, la *green economy* priva di cultura sistemica, il dialogo astratto insito nel feticismo provinciale della *soft law* e dei modelli competitivi a matrice di *common law*: occorre che i civilisti pretendano una ricostruzione fondata sul diritto e non solo sull'illusione della tecnologia.

31. Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia

1. - La cornice: dal decreto “blocca Italia” al decreto “cura Italia”.

È finalmente apparsa sulla Gazzetta ufficiale la legge di conversione del cd. decreto “cura Italia” (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con L. 24 aprile 2020, n. 27). Si tratta della seconda legge approvata dal Parlamento, posto che il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, e il d.l. 9 marzo 2020, n. 14 sono stati tutti abrogati.

Il primo intervento emergenziale (d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con L. 5 marzo 2020, n. 13, cd. “blocca Italia”) ha colpito al cuore libertà comunemente ritenute fondamentali in qualunque stato democratico. *Prima* dell’avvento del *coronavirus* era “normale” circolare sul territorio europeo, lavorare, partecipare a manifestazioni pubbliche o private, fruire senza limitazioni di prestazioni essenziali quali quelle erogate da asili, istituti scolastici e università, entrare in un cinema, in un teatro, o in un museo, viaggiare, acquistare liberamente beni e servizi, recarsi in uffici pubblici. *Durante* lo stato di emergenza – dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 – i rapporti civili, sociali ed economici, pur costituzionalmente tutelati, hanno subito, e stanno tutt’oggi subendo, una fortissima compressione, frutto del bilanciamento con l’interesse collettivo alla prevenzione della pandemia.

Il secondo intervento emergenziale appena licenziato dalle Camere, oltre a potenziare le attività del Servizio sanitario nazionale, ha introdotto misure a sostegno del lavoro, delle imprese, e delle famiglie, con la dichiarata finalità di ammortizzare le più immediate ripercussioni economiche e

sociali conseguenti all'attuazione ed al rispetto delle misure di contenimento.

L'eccezionalità che connota questo momento storico fa sì che il contributo che il giurista può dare sia per così dire a due dimensioni. È inevitabile partire dallo scrutinio delle centinaia di commi di cui si compone questo testo, mappando il perimetro di più stretto interesse per il civilista: l'esito dell'indagine è una *fotografia* che documenta i contenuti della nuova disciplina, ma non riesce a fornire una prospettiva adeguata sul futuro. È tuttavia necessario tentare di delineare le relazioni tra le nuove regole – elaborate in modo inevitabilmente frettoloso – ed il tessuto normativo preesistente, per comprendere l'effettiva portata delle novità introdotte dalla legislazione emergenziale e valutare in che misura essa possa riflettersi sui rapporti futuri. Se il presente contributo si colloca sul primo versante, quello informativo, non rinuncia del tutto ad offrire al lettore alcuni spunti per superare la (almeno apparente) frammentarietà della disciplina appena pubblicata.

2. - Esiste oggi un generale diritto di rinegoziare?

Il confronto avviato dai civilisti in queste settimane ha un protagonista indiscusso: l'obbligo di rinegoziazione.

Alcuni autori [BENEDETTI-NATOLI] hanno affermato che in tempi eccezionali «si possono e si devono chiamare in campo la buona fede contrattuale e i principi costituzionali», onde preservare «scambi irrimediabilmente alterati». Di qui l'invocazione di un generale obbligo di rinegoziare i termini economici del rapporto contrattuale, in quanto «coerente con quella reciproca solidarietà tra i contraenti che il principio costituzionale di solidarietà economica e sociale impone». Onde assicurare la cooperazione della controparte, e non lasciare l'istituto privo di un meccanismo di tutela, è stato affermato che il rifiuto di ridiscutere «a tempo» il contenuto del contratto abiliterebbe la parte che invoca la rinegoziazione, non solo ad avvalersi dell'eccezione di inadempimento **ex art. 1460 c.c.**, ma persino, attraverso una «modifica unilaterale dei termini [economici] del contratto», ad esercitare uno «*ius variandi* unilaterale» funzionale ad ottenere «l'autoriduzione della propria prestazione (fino alla misura che, consen-

sualmente e solidaristicamente, poteva concordarsi)». Sempre in tale prospettiva, è stato suggerito che il contraente fedele possa fare ricorso anche all'art. 9, l. 1992/98, configurandosi il rifiuto di ricondurre ad equità i termini del rapporto contrattuale «come un abuso perpetrato in danno della parte che [...] si trovi in una sopravvenuta situazione di dipendenza economica», cui porre rimedio attraverso la comminatoria di «nullità [del] patto originario non rinegoziato, sì da legittimare il rifiuto di adempiere agli originali termini» economici.

Non sono, per contro, mancate voci che hanno messo in dubbio la ricostruzione poc'anzi illustrata, evidenziandone l'indesiderabilità ove solo si presti attenzione agli incalcolabili costi transattivi che una rinegoziazione «affidata solo [alla] clausola generale di buona fede» porterebbe inevitabilmente con sé; costi che «non potrebbero essere verosimilmente sopportati dallo Stato, chiamato in questo momento ad uno sforzo finanziario di proporzioni inaudite» [Scognamiglio]. Non si può poi non considerare, come è stato osservato, che «l'incertezza del contesto, e l'impossibilità di fare previsioni, è tale da rendere insensato rinegoziare oggi le condizioni dei contratti in corso [in quanto] se contrattare vuol dire calcolare, è inutile contrattare dove non si può calcolare» [MAFFEIS].

Il rischio che al disastro sanitario, sociale ed economico segua «anche un'aspra e complessa contesa giudiziaria imperniata sulla disciplina delle sopravvenienze» [MACARIO] è tutt'altro che da scartare. Ciò induce ad affermare che il punto di partenza da cui il giurista deve necessariamente muovere, per una elementare ed insopprimibile esigenza di autoconservazione del sistema, è un'attenta valutazione in termini di *politica del diritto*: la cura che si somministra deve auspicabilmente far sopravvivere il paziente, non ucciderlo.

3. - La cura somministrata dal legislatore: temporanea ibernazione dei contratti in essere.

Prima di avanzare qualche considerazione, occorre riordinare un poco il magmatico dato normativo. Nella rete a strascico con cui il giurista pesca nei commi della legislazione emergenziale finisce, infatti, una nutrita serie di disposizioni che è necessario provare a selezionare ed organizzare. Ecco i primi risultati.

(i) Il d.l. 23/2020 contiene all'art. 4 una regola in materia di *conclusione del contratto*. Come noto, il TUB, nel disciplinare la trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, ne prevede la forma scritta *ad substantiam*. L'osservanza di questa regola può collidere con la primaria esigenza di prevenire la diffusione della pandemia. È questo il motivo per cui la legislazione emergenziale dispone che sino al termine dello stato di emergenza «i contratti, conclusi con la clientela al dettaglio [...] soddisfano il requisito [di forma] anche se il cliente esprime il proprio consenso mediante il proprio indirizzo di posta elettronica non certificata o con altro strumento idoneo, a condizione che questi siano accompagnati da copia di un documento di riconoscimento in corso di validità del contraente, facciano riferimento ad un contratto identificabile in modo certo e siano conservati insieme al contratto medesimo».

A questa novità viene naturale accostare la disciplina emergenziale in materia di rilascio della procura alle liti al difensore. In forza di quanto previsto dall'art. 83, c. 20-ter (ove non diversamente precisato, il riferimento sarà sempre da intendersi al decreto cura Italia), sino alla cessazione delle misure di distanziamento, il cliente, ancorché non munito di firma digitale (viene anche qui temporaneamente derogata la più severa disciplina di cui all'art. 20, c. 1-bis, d.lgs. 82/2005), può trasmettere al difensore via mail «copia informatica per immagine» (si legga: una scansione in pdf) della procura sottoscritta di proprio pugno, unitamente a copia del documento di identità. In tal caso, l'autografia viene certificata dall'avvocato mediante apposizione della propria firma digitale.

(ii) Di maggiore rilevanza è una serie di regole che possiamo ricondurre alla categoria dell'*integrazione del contratto*. Il legislatore ha, infatti, approvato specifiche norme imperative da ritenersi inserite nel contratto per effetto di sostituzione automatica **ex art. 1339 c.c.** Rientrano in questa categoria l'art. 56, c. 2, lett. c), in forza del quale il pagamento di rate di mutuo, di finanziamenti a rimborso rateale, nonché di canoni di *leasing* è per le piccole e medie imprese sospeso sino al 30 settembre 2020. La norma, detto altrimenti, introduce una proroga *ex lege* della durata convenzionale del rapporto contrattuale che comporta un'estensione del piano di ammortamento, conseguente al posticipato pagamento delle rate

o dei canoni oggetto di sospensione, senza che ciò comporti nuovi o maggiori oneri a carico delle parti.

Di significativo impatto per le “casse” degli appaltatori è poi l’art. 103, c. 2-ter, che, oltre a prevedere una proroga *ex lege* di 90 giorni della durata dei contratti di appalto in corso tra privati aventi ad oggetto «l’esecuzione di lavori edili di qualsiasi natura», statuisce – in deroga al principio di postnumerazione **ex art. 1665 c.c.** e con sostituzione automatica di ogni diversa clausola negoziale – che il committente «è tenuto al pagamento dei lavori eseguiti sino alla data di sospensione».

Meritevole di segnalazione è, ancora, l’art. 125 che introduce due norme imperative ad integrazione del regolamento contrattuale dei contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti. Si prevede, da una parte, che, sino al 31 luglio 2020, le imprese di assicurazione sono tenute a mantenere operante per trenta giorni successivi alla scadenza del contratto (e ciò in temporanea sostituzione dell’ordinario termine di quindici giorni previsto **ex art. 170, d.lgs. 209/2005**) la garanzia assicurativa prestata. Dall’altra, che, sempre sino al 31 luglio 2020, tali contratti di assicurazione possano essere sospesi, su richiesta dell’assicurato, con automatica proroga *ex lege* del loro termine finale. Con formula didascalica, la norma precisa che durante il periodo di sospensione il veicolo o natante «non può in alcun caso né circolare né stazionare su strada pubblica» in quanto temporaneamente privo della copertura assicurativa obbligatoria.

(iii) Il profilo di massimo interesse attiene, infine, alle disposizioni chiamate a disciplinare *rimedi contrattuali*. Rientrano in questa categoria l’art. 46, che ha «precluso per 60 giorni» al datore di lavoro di «recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo», e l’art. 56, c. 2, lett. a), in forza del quale – nei rapporti in essere con piccole e medie imprese – banche ed intermediari finanziari non possono «fino al 30 settembre 2020» recedere dai contratti di apertura di credito bancario né da altri contratti di finanziamento accordati a fronte di anticipi su fatture.

Più ampio spazio occorre per illustrare la disciplina introdotta con riferimento a «biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura» (art. 88): ancorché il legislatore ne dichiarò al primo comma – con una certa ipocrisia – l’intervenuta risoluzione «ai sensi e per gli effetti dell’art. 1463 del

codice civile», tali contratti – se si presta attenzione al regime introdotto dai successivi commi 2 e 3 – non sono affatto sciolti. Ove infatti il creditore della prestazione caratteristica presenti tempestiva «istanza di rimborso», è previsto che il debitore provveda alla «emissione di un *voucher* di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione», e non alla restituzione del denaro. Anche a un non-tecnico di fiscalità pare piuttosto evidente che, onde evitare complicazioni se non duplicazioni d'imposta, tali «*voucher*» debbano essere considerati quali semplici documenti di legittimazione **ex art. 2002 c.c.** Il che conferma ulteriormente che questi contratti, che l'**art. 1463 c.c.** scioglierebbe generando effetti restitutori, sono ad esito di questo procedimento (non risolti ma) modificati nel loro oggetto [SANTAGATA, riferisce di «novazione oggettiva *ex lege*»]. Gli operatori della cultura sono, dunque, stati protetti dal legislatore: tramite il *voucher*, i creditori avranno esclusivamente titolo per fruire di una futura prestazione che sarà da loro scelta all'interno del programma culturale che sarà predisposto dal debitore.

350

Laddove tale «istanza di rimborso» non sia presentata, nel silenzio della nuova legge verrebbe da affermare che trovi comunque applicazione la disciplina di cui all'**art. 1463 c.c.**, e ciò per un'elementare ragione: sciolto il contratto per impossibilità sopravvenuta non possono permanere in essere prestazioni *sine causa*, che debbono essere dunque restituite. Le lenti multifocali che il giurista deve indossare per cogliere da vicino (in sede di analisi delle disposizioni di legge), ma anche da lontano (in sede di verifica delle ricadute pratiche), la legislazione emergenziale si rivelano, però, indispensabili per suggerire una diversa lettura: l'«istanza di rimborso» va considerata al pari di un'adesione ad un obbligo di rinegoziazione che la legge pone a carico delle parti, obbligo che – congiuntamente al rapporto negoziale – si estingue, al più tardi decorsi 30 giorni (decorrenti dall'entrata in vigore dell'ultimo provvedimento con cui saranno state adottate misure di contenimento), ove non esercitato dal creditore della prestazione caratteristica.

Più problematica è la poco felice disposizione dedicata ai contratti «di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici». Dopo aver passato in rassegna una serie di fattispecie in presenza delle quali ricorre «ai sensi e per gli effetti dell'**art. 1463 del codice civile**» la sopravvenuta impossibilità della

prestazione, l'art. 88-*bis* ripropone, con una modifica, la soluzione poc'anzi descritta: ove il creditore della prestazione caratteristica presenti tempestiva «istanza di rimborso», il debitore procede «all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione» ovvero – ed in questo sta la novità – «al rimborso del corrispettivo versato» per il titolo di viaggio e per il soggiorno.

Disposizione poco felice, si diceva, in quanto tratta come “domestici” contratti regolati, invece, dal diritto dell'Unione europea. È il caso dei contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo e terrestre tramite autobus disciplinati, rispettivamente, dal regolamento 261/2004, dal regolamento 1371/2007, dal regolamento 1177/2010 edal regolamento 181/2011. In forza di tale legislazione sovranazionale, ove il trasporto venga cancellato dal vettore (circostanza, almeno in oggi, a dir poco frequentissima), il passeggero ha diritto ad ottenere la restituzione del prezzo pagato e – diversamente da quanto la legislazione emergenziale poco utilmente ribadisce all'art. 88, c. 12 – può rifiutare ogni offerta sostitutiva che gli venga proposta. Il cortocircuito tra fonti concerne anche i pacchetti turistici: l'art. 12 della direttiva 2302/2015, recepita dall'art. 41, c. 4, d.lgs. 79/2011, prevede infatti che, in caso di «circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione», il viaggiatore ha «diritto di recedere dal contratto», prima dell'inizio del pacchetto, «senza corrispondere spese di recesso» e con «diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati». In sintesi, l'interprete del caso concreto dovrà tenere a mente che le menzionate regole di diritto privato europeo si sovrappongono, almeno in parte, all'ambito di applicazione dell'art. 88-*bis*, su cui necessariamente prevalgono.

Quanto, infine, ai contratti di «soggiorno» – la cui disciplina è nuovamente costruita sull'alternativa tra *voucher* o rimborso, frutto della scelta unilaterale del prestatore del servizio tra mantenimento e risoluzione del contratto – occorre registrare che in base al comma 10 dell'art. 88-*bis* le regole appena analizzate trovano applicazione anche nei casi in cui i contratti con i clienti finali siano stati stipulati per il tramite di un «portale di prenotazione, anche in deroga alle condizioni pattuite». L'approvazione al Senato

del maxiemendamento con cui è stata introdotta la disposizione in esame è probabilmente la ragione pratica che ha indotto operatori del calibro di *booking.com*, che sino alla prima decade di aprile aveva rimborsato integralmente i propri clienti, sciogliendo unilateralmente i contratti a monte con gli albergatori, a modificare le proprie condizioni generali, consentendo ai debitori della prestazione caratteristica di essere arbitri del destino dei rapporti contrattuali.

(iv) Scattata la fotografia, emerge in modo piuttosto nitido la logica che ha animato il legislatore: *ibernare* temporaneamente i contratti in essere, nel tentativo di salvaguardarli dall'epidemia e dalla morte.

4. - Per un temperato protagonismo della buona fede nella prima fase di risveglio dei rapporti contrattuali: il dovere di dialogo.

È indubbio che in una situazione di eccezionalità quale quella che stiamo vivendo le clausole generali svolgono un ruolo essenziale: al pari di membrane traspiranti, consentono difatti una via di comunicazione tra contratto e contesto storico in cui vive la società. Onde riavvicinarci alla domanda di partenza (§ 2), non può che convenirsi circa l'attuale ruolo di protagonista della buona fede, essendo questa chiamata ad apportare un importante contributo su almeno tre versanti.

(i) Il primo attiene alla fase di *esecuzione* del contratto ed è di facile percezione. In un momento storico in cui il contatto umano è vietato, o quantomeno sconsigliato, la buona fede impone al creditore di accettare che la prestazione sia eseguita a distanza. Il tema è davvero ampio. Tocca le *obbligazioni pecuniarie*, facendo sì che il debitore abbia diritto ad utilizzare mezzi di pagamento alternativi al danaro contante. D'altronde – non pare fuori luogo darne atto – nel settore della giustizia «gli obblighi di pagamento del contributo unificato» devono essere attualmente «assolti con sistemi telematici di pagamento» (art. 83, c. 11). Ma tocca anche le *obbligazioni di fare*, aprendo all'esecuzione della prestazione da remoto da parte del debitore. È, d'altronde, quanto stanno da settimane sperimentando i lavoratori subordinati (tramite cd. *smart working*), i professionisti (dagli avvocati, agli psicologi), ed altri soggetti ancora (si pensi al caso delle “palestre” che da tempo rendono ai loro “iscritti” servizi di *fitness* esclusi-

vamente mediante “video-dirette” sui più noti *social network*). E ciò ben prima che l’art. 101, c. 4, intervenendo sulla disciplina dei contratti d’opera aventi ad oggetto attività d’insegnamento svolte nelle università da docenti “non strutturati”, confermasse che, nel periodo di chiusura degli atenei, «le attività formative ed i servizi agli studenti erogati con modalità a distanza [...] sono computati ai fini dell’assolvimento degli obblighi contrattuali di cui all’art. 23 della L. 30 dicembre 2010 n. 240».

(ii) Il secondo versante ha a che vedere con i *rimedi contrattuali* ed è, invero, tutto da costruire. Il punto di partenza è dato dalla constatazione di un evento senza precedenti: i Tribunali italiani sono stati chiusi il 17 marzo 2020 (data di entrata in vigore del d.l. 18/2020) e lo rimarranno sino all’11 maggio 2020 (in forza della proroga disposta dall’art. 36, d.l. 23/2020). In linea a quanto previsto dall’art. 83, c. 6, è stato peraltro attribuito ai capi degli uffici giudiziari il compito di adottare linee guida di gestione della “fase due”, relativa al periodo 12 maggio-31 luglio 2020 (termine, da ultimo, esteso dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28), in cui, per quanto è oggi dato sapere, saranno in buona sostanza trattati i soli procedimenti urgenti. Ebbene, il primo fatto su cui lo studioso dei contratti deve soffermarsi è che per circa due mesi i contraenti non hanno potuto adire la giustizia [MAFFEIS]. È ragionevole immaginare che il peso di questa disposizione di legge, di questo *stop*, non si riverbera sulla vita dei contratti? Proviamo, in punta di piedi, ad avanzare qualche ipotesi ovviamente collegata ai soli “inadempimenti da *coronavirus*”, ovvero a quegli inadempimenti manifestatisi a causa della pandemia, successivamente all’entrata in vigore delle misure di contenimento.

Non pare esservi dubbio che la gestione del ritorno alla “normalità”, con ciò intendendosi il regolare esercizio di azioni ed eccezioni contrattuali, vada mediata dal ricorso al principio di buona fede. Per meglio spiegare tale affermazione, occorre mettere in luce due premesse. La prima: è dato istituzionale che i rimedi contro l’inadempimento sono numerosi e si sviluppano, per così dire, in una scala che misura la (più o meno dirompente) portata dei loro effetti. La seconda: l’analisi della legislazione emergenziale – altro tassello fondamentale del ragionamento – ha evidenziato che il legislatore si è ben guardato dal mettere in discussione il contenuto economico dei rapporti contrattuali che sono stati, al contrario, ibernati.

Ebbene, se così stanno le cose, è ragionevole ritenere che il diritto emergenziale di oggi consentirà al creditore di agire in giudizio solo dopo aver esperito il primo rimedio possibile, e dunque dopo aver messo in mora il debitore. Un'azione di adempimento che si manifesti nel deposito di un ricorso per decreto ingiuntivo che non sia stato preceduto da un sollecito (che, a pena di inefficacia, sarà peraltro necessario inviare via PEC, posto che all'art. 108, c 1-bis il legislatore ha prescritto che «i termini sostanziali di decadenza e prescrizione di cui alle raccomandate con ricevuta di ritorno inviate nel periodo in esame sono sospesi sino alla cessazione dello stato di emergenza»), e da un confronto sulle ragioni dell'inadempimento, è contraria a buona fede, e dovrebbe condurre al suo rigetto. Non possiamo dimenticare che il legislatore, se è consentita una più forte espressione, ha procurato uno stato di coma ai contratti; l'interprete non può non immaginare che la ripresa debba necessariamente passare da un graduale risveglio. Stiamo, d'altronde, ipotizzando un dovere di dialogo tra contraenti che – in linea a quanto previsto dall'art. 10, d.l. 23/2020, in materia di dichiarazione di fallimento – può al più spingersi sino alla fine del mese di giugno, termine decorso il quale non sarà più ragionevole che il creditore faccia prevalere la solidarietà nei confronti del debitore, posto che a quella data quest'ultimo avrà avuto tempo sufficiente per valutare (a) se è in grado di “ripartire” e pagare i propri debiti, (b) se intende proporre un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti, o (c) se, invece, il constatato stato di insolvenza, o sovraindebitamento, non lo debba condurre a portare i libri in Tribunale.

Riflettiamo ora sull'ipotesi opposta, prestando attenzione all'azione di risoluzione che per prima sarà decisa dai Tribunali: quella di sfratto per morosità. È opportuno, a tal proposito, una breve digressione: il legislatore non solo non ha in alcun modo messo in discussione l'equilibrio economico dei contratti ma, con riferimento alle locazioni commerciali, ha all'art. 65 indirettamente confermato l'integrale esigibilità dei canoni [CUFFARO], riconoscendo ai soggetti esercenti attività d'impresa (ancorché nei soli limiti in cui l'immobile locato rientri nella categoria catastale C/1) «un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020». Credito naturalmente non fruibile, ove l'attività esercitata dal conduttore-imprenditore

rientri tra quei servizi di prima necessità che non hanno subito interruzione, elencati dagli allegati 1 e 2 del DPCM, 11 marzo 2020. Detto altrimenti, non appaiono sostenute dal dato normativo quelle opinioni che mettono in discussione il *quantum debendi* [SALANITRO], non ultimo perché – proprio con riferimento al caso del conduttore-imprenditore – la lamentata impossibilità ha ad oggetto non il godimento degli spazi locati ma, più in generale, lo svolgimento dell’attività economica organizzata. Si tratta di tipico rischio imprenditoriale che non può, neppure in parte, essere spostato in capo ai proprietari di immobili [GENTILI]. Ciò non significa che la buona fede non debba intervenire in maniera solidale a favore dei conduttori, anche nel diverso scenario dello scioglimento del rapporto. Si pensi al caso in cui il locatore notifichi sin dal primo giorno di cessazione della sospensione dei termini processuali (12 maggio 2020) un’intimazione **ex art. 658 c.p.c.** In una simile circostanza, ove sia mancato un confronto sulle ragioni dell’inadempimento, che è onere del locatore avviare, l’azione è contraria a buona fede e ciò potrebbe condurre il Tribunale a disporre un rinvio dell’udienza onde consentire al conduttore che voglia mantenere in essere il rapporto di ottenere un termine di grazia simile a quello previsto **ex art. 55, L. 392/1978** per i contratti di locazione abitativi.

In conclusione, è ragionevole assegnare alla buona fede il compito di accompagnare il ritorno alla nuova “normalità”, incidendo sull’utilizzo dei rimedi contrattuali. L’intervento della buona fede, naturalmente, non si arresta certo alle due ipotesi per semplicità illustrate, ma andrà declinato nei singoli casi concreti. Pare, ad esempio, che dalla buona fede possa ricavarsi una presunzione *iuris tantum* di impossibilità derivante da causa non imputabile al debitore capace di sterilizzare, dal mese di marzo e sino al mese di giugno 2020, non solo il computo degli interessi, ma anche il risarcimento del danno e il pagamento delle penali conseguenti al ritardo nell’adempimento. Per tornare in ambito di locazione, è ragionevole ritenere che il conduttore che, per ridurre le spese o evitare il fallimento, decida in questo lasso di tempo di recedere **ex art. 27, c. 8, L. 392/78**, restituendo prontamente l’immobile, non sarà tenuto al pagamento delle sei mensilità, in quanto previste a titolo di risarcimento.

Tutto questo entro un arco temporale che abbiamo ipotizzato avere quale

termine finale il 30 giugno 2020, dovendosi immaginare che la sospensione ex art. 10, d.l. 23/2020 del dovere di presentare istanza di fallimento porti con sé una sorta di *moratoria* nel diritto delle obbligazioni e dei contratti. E dopo? In tutti i casi in cui le parti, ad esito del loro dialogo, non abbiano rinvenuto un accordo sulle conseguenze dell'inadempimento, la buona fede solidaristica cesserà questo suo ruolo di protagonista assoluta. Il compito di valutare la situazione concreta, in caso di persistente conflitto, sarà inevitabilmente rimesso al giudice, il quale, nel dare applicazione alle regole di diritto comune (artt. 1218 e ss. c.c.), dovrà «sempre» valutare il «rispetto delle misure di contenimento». È questo quanto prevede l'art. 91, introducendo a favore del debitore un'attenuazione dell'onere della prova che sarebbe altrimenti a suo esclusivo carico.

(iii) Quindi nessuno spazio per una buona fede modificativa? Non è questa l'idea che si intende veicolare. Il fatto è che un più profondo intervento sul contenuto del contratto è bene che non riguardi i “contratti-spot”, dedicati ad un'unica operazione negoziale, ma sia limitato ai *contratti relazionali*, in quanto destinati a regolamentare non un affare, ma un rapporto economico di lunga durata. L'archetipo, come noto, è rappresentato dai contratti di distribuzione. Implicando simili rapporti una relazione a tal punto intensa tra le parti tale per cui almeno una di queste «organizza la propria sfera proprio in funzione di quel rapporto con l'altra, che diventa per lei assolutamente condizionante» [ROPPO], è piuttosto evidente che la buona fede, nella sua veste di strumento solidaristico di necessaria riscrittura di patti travolti dalle sopravvenienze, troverà qui fecondo terreno, e potrà anche rendere temporaneamente inefficaci una serie di clausole, tra cui, per fare un esempio, quella di *minimum purchase commitment*.

(iv) Avviandoci a concludere, l'opinione che fa discendere dal dovere di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.) un indifferenziato obbligo di rinegoziazione pare pericolosa per le drammatiche ricadute che potrebbe determinare, e rischia di rivelarsi controproducente: è difatti necessario favorire la ripartenza del sistema-Italia, inevitabilmente soffocato dalla legislazione emergenziale, senza ostacolarlo e senza alimentare la proliferazione di costi di transazione. Non stupisce, allora, che – almeno, in questa prima fase – la via della rinegoziazione non risulti adottata dal legislatore.

Milita in tal senso un ulteriore argomento: quando il legislatore ha voluto obbligare due contraenti a rinegoziare, lo ha fatto espressamente così come accade all'art. 78, c. 4-*series*, ove è previsto il diritto dell'imprenditore agricolo di rinegoziare «i mutui e gli altri finanziamenti destinati a soddisfare le esigenze di conduzione o miglioramento delle strutture produttive, in essere al 1° marzo 2020», stabilendosi ivi persino che «la rinegoziazione, tenuto conto delle esigenze economiche e finanziarie delle imprese agricole, assicura condizioni migliorative incidendo sul piano di ammortamento e sulla misura del tasso di interesse».

5. - Indifferibile urgenza di identificare una rotta.

Se è difficile distinguere cosa sta accadendo oggi, è praticamente impossibile immaginare il domani. Eppure è indispensabile, con coraggio, identificare una rotta. Diversamente il rischio, o meglio: la certezza, è quello di lasciare che la tempesta conduca la nave, ed i suoi passeggeri, dove il fato la spingerà.

Nella oggettiva drammaticità di queste settimane, la prima mossa del Governo è stata adottare misure di contenimento ponendo le «condizion[i] necessari[e] per la sopravvivenza della comunità» [DI MARZIO]. La seconda è stata *ibernare* i rapporti contrattuali, al fine di salvaguardarli.

Il più recente **d.l. 8 aprile 2020, n. 23** si sta occupando di *tenere a bordo* le imprese: (a) sospendendo l'operatività delle norme che prevedono l'obbligo di riduzione proporzionale del capitale in caso di perdita superiore ad un terzo, nonché l'obbligo di aumento laddove il capitale si riduca al di sotto del minimo legale (**art. 6, d.l. 23/2020**); (b) stabilendo una presunzione di continuità aziendale per l'esercizio 2020, nel limite in cui la stessa risulti «sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020», così da evitare che amministratori diligenti richiedano il fallimento in proprio (**art. 7, d.l. 23/2020**); (c) prevedendo che ai finanziamenti a favore di società effettuati entro il 31 dicembre 2020 da soci o da società che esercitano attività di direzione o coordinamento non si applichi la regola della postergazione (**art. 8, d.l. 23/2020**); (d) differendo al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa (**art. 5, d.l. 23/2020**).

Se è indifferibile rimettere in moto l'economia, servono idee che il legislatore possa sposare ed incoraggiare supportandole con la *leva fiscale*. Sia, in questa prospettiva, consentita una proposta. Il monitoraggio del Ministero della Giustizia riporta che il numero di controversie civili pendenti al 31 settembre 2019 è pari a 3.329.436. Perché non facilitare sensibilmente la conciliazione di ogni controversia di ogni ordine e grado instaurata prima del 1° gennaio 2020? Perché non prevedere, nello specifico, che ai clienti degli avvocati che transigono una di queste controversie entro i prossimi 12 mesi sia riconosciuto un credito d'imposta pari ai valori medi della fase di studio della controversia (da identificarsi in base al grado di giudizio in cui il procedimento si trova) e di assistenza stragiudiziale prevista alla voce 25 del d.m. 55/2014 (da identificarsi in base all'importo pagato con la transazione)? Perché non approfittare del disastro in corso per dare un calcio al passato, e cercare di costruire una giustizia più efficiente e, dunque, un'Italia migliore?

Riferimenti bibliografici.

A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25 marzo 2020.

C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in www.giustiziacivile.com, 15 aprile 2020.

D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in www.giustiziacivile.com, 10 aprile 2020.

F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in www.giustiziacivile.com, 17 marzo 2020.

R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in www.giustiziacivile.com, 17 aprile 2020.

V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in www.giustiziacivile.com, 31 marzo 2020.

U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in www.giustiziacivile.com, 21 aprile 2020.

A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in www.giustiziacivile.com, 29 aprile 2020.

V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.

F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in www.giustiziacivile.com, 12 marzo 2020.

32.

Emergenza.

Diritto delle obbligazioni.

Umanità

1. - Premessa.

Gli annunci da ogni parte – politica, medico-specialistica, socio-economica, opinione pubblica – sovrengono e si ripetono ¹ : è in atto, dopo le “guerre giuste”, le “guerre per la democrazia” e le “guerre a pezzi” ², una (ennesima, ma purtroppo non nuova ³) guerra ⁴ (anche) contro il Covid19. È già, ma si dovrebbe pure precisare che è una guerra da combattere con modalità tutte nuove alle quali nessuno è pronto. Si tratta, invero, di enucleare almeno due profili di distinzione che la rendono del tutto innovativa rispetto a quelle del passato: si combatte contro un ne-

¹ Probabilmente senza trarre profitto sia dall'invito di G. ZAGREBELSKY, *Giusti i divieti se tutelano il diritto alla vita. Non vedo prove di dittatura*, dalle colonne de *La Repubblica*, 21 marzo 2020, che mette in guardia da quelle «pesti psicologiche» che le parole sono idonee a diffondere, sia di U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2018, 13, il quale ammonisce di come «le ‘parole’ [anche] dei giuristi vanno trattate con massima cautela»)

² Così l'incipit di A. BONOMI, *La vita nuda rivela di quale comunità abbiamo bisogno*, in *Il Manifesto*, 4 aprile 2020, 1 e 15

³ Sarebbe qui sufficiente rammentare la tremenda epidemia da “Spagnola” diffusasi dapprima in Europa, poi in tutto il mondo a cavallo del triennio 1918/1920 per evocare i medesimi scenari di “guerra”.

⁴ Ce lo rammenta autorevolmente M. DRAGHI il 25 marzo 2020 dalle colonne autorevoli del *Financial Times* con il suo intervento: *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*. Nel linguaggio formatosi successivamente all'anno mille, il termine di etimologia germanica *wërra* si è sempre più diffuso in luogo di quello latino *bellum* (che, spesso, finiva per confondersi con il *bello*, *bellezza* di origine romanza): i linguisti, pur sufficientemente d'accordo sul riferirsi dei significanti al medesimo significato, li distinguono nella misura in cui il primo evoca un contrasto, una battaglia combattuta da una moltitudine disordinata, là dove il secondo rimanda ad uno scontro tra opposti schieramenti ordinati secondo le puntuali regole di combattimento dell'esercito romano

mico *invisibile* (e non solo agli occhi della quotidianità, bensì anche a quelli specialistici della scienza medica) e che, dunque, per essere combattuto deve, ancor prima, essere *ri-conosciuto*, nelle sue coordinate identificative; si tratta, poi, di una guerra – ed è la prima volta nella storia – che non si svolge *nell’Umanità* (*melius*: all’interno della), ma si svolge *all’Umanità* e che, quindi, per la prima volta, auspica un’Umanità che non *si* combatta (dal suo interno) ma che combatta *per* (un *quid* proveniente dall’esterno). Ci s’interroga, con differenti impostazioni, sui provvedimenti governativi ⁵ che, nell’elezione della salute pubblica (art. 32 Cost.) ad interesse nazionale prevalente, ed in esito ad un ponderato (e quanto mai difficile) bilanciamento ⁶ (tra diritti costituzionali), comportano stringenti restrizioni e/o limitazioni (almeno) alla libertà personale dei cittadini (art. 13 Cost.), alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) ed al diritto al lavoro (art. 4 e 35 Cost.). Si discute problematicamente di un sovrveniente stato d’eccezione ⁷ evocante (con le formulazioni limitrofe dello stato di guerra, stato di assedio, stato d’emergenza, ecc.) quella situazione di *anomia* – di assenza o, meglio, di sospensione della vigenza dell’ordine costituzionale – idonea alla *legittimazione* dell’assunzione di norme *extra-ordinem*, che soltanto in *astratto* sarebbero in contrasto con l’ordine pre-costituito, ma che in *concreto* proprio per garantire quell’ordine vengono adottate. Di tale “stato di eccezione” – sfuggente ad ogni compiuta e definitiva collocazione teoretico-sistematica (rimandando, almeno, per provare a comprenderne le coordinate, al vigoroso confronto tra Schmitt e Benjamin) – manca, nel nostro Ordinamento costituzionale, una espressa previsione ⁸, al pari di

⁵ Tra i quali occorre rammentare anche quello di cui all’ art. 6 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 il cui primo comma prescrive che «il Capo del Dipartimento della protezione civile può disporre, nel limite delle risorse disponibili di cui al comma 10, anche su richiesta del Commissario straordinario di cui all’articolo 122, con proprio decreto, la requisizione in uso o in proprietà, da ogni soggetto pubblico o privato, di presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare la predetta emergenza sanitaria, anche per assicurare la fornitura delle strutture e degli equipaggiamenti alle aziende sanitarie o ospedaliere ubicate sul territorio nazionale, nonché per implementare il numero di posti letto specializzati nei reparti di ricovero dei pazienti affetti da detta patologia»

⁶ M. VOLPI, *Gli effetti del coronavirus e lo stato di emergenza*, in *libertaegiustizia.it*, del 24 marzo 2020

⁷ G. ZAGREBELSKY, *Costituzione. Attenzione all’uso dei soldati*, in *La Stampa*, 25 marzo 2020, e anche in *www.libertaegiustizia.it*, 31 marzo 2020

⁸ Senza che tale mancata previsione possa condurre l’interprete all’impossibilità logico-giuridica di una sua impossibile adozione, se non fattuale, nel nostro sistema costituzionale,

quanto accade in Gran Bretagna e Stati Uniti ed all'opposto di ciò che registrano gli ordinamenti tedesco e francese, e originerebbe, nel sostrato politico-sociale, dall'attuale grave situazione di emergenza nazionale in seguito alla diffusione del coronavirus⁹. Senza che, tuttavia, in termini di manifestazione del *potere*, esso si mostri mediante modalità diverse da quelle che l'Italia è da tempo, troppo tempo, costretta a registrare con un diffuso, quanto insostenibile, ricorso agli strumenti della decretazione d'urgenza e la conseguente assunzione del ruolo *sostitutivo* da parte del governo¹⁰, con la *sostituzione* del medesimo nell'esercizio delle prerogative parlamentari¹¹, ormai ridotte, per l'originario organo depositario, a quelle di verifica e approvazione di quanto da *altri*, in *altri* luoghi, valutato e deciso¹². Uno stato di eccezione che nella *necessitas* rinviene la sua *legge* (e nel quale *necessitas facit legem*) e che faticherebbe ad emanciparsi da quella contraddittorietà¹³ fondativa che lo pervade, veicolando

come parrebbe intendere A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in www.giustiziacivile.com, 3 aprile 2020, 1 ss. E tuttavia lo stato di emergenza, nel nostro Paese, è stato formalmente dichiarato nella riunione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, con il che, come conferma G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo extraordinem*, in *Il Manifesto*, 19 marzo 2020, lo "stato di necessità", di per se stesso, non ... necessita di una legge autorizzatoria, giustificandosi in ragione della stessa necessità, costitutiva e fondativa del relativo stato *extraordinem*

⁹ Si tratta, dopo qualche prima vivace controversia medico-politica, di una *pan-*demia o *epi-*demia, senza ulteriori sofismi di differenziazione. Di chiara derivazione greca, con i suffissi *pan-* ed *epi-* evocanti il tutto, essa impone una riflessione che lasci da parte ogni residuo settorialismo o particolarismo e schiuda, al contrario, ad una visione della *totalità*, sia concettuale, sia territoriale: per un verso, evocando quella logica totale dell'*inclusività* edella *sostenibilità* (*melius*: la somma idealità che esse veicola) dalla quale *ogni* ragionamento che si dovesse svolgere non dovrà (*melius*: non potrà) prescindere; per l'altro, evidenziando che lo stesso ragionamento non potrà confinarsi nelle sicure (e talvolta tranquillizzanti) coordinate territoriali di uno Stato o di una unione di Stati per accedere a quel senso di *spaesamento*, ben noto al Poeta (G. Leopardi) ed al Filosofo (M. Heidegger), e così caricarsi della fatica della sterminatezza dalla quale muove e alla quale deve tendere

¹⁰ Ovvero del suo Presidente del Consiglio con ripetuti d.P.C.M. che si sottraggono finanche al controllo della collegialità del consiglio dei ministri.

¹¹ Lo si era già rilevato in R. FRANCO, *Decreto legge 25 marzo 2020, 19: una possibile chiave di lettura (d'emergenza) per le «attività professionali»*, in *Notarnews*, 4, 2020, 19 ss.

¹² La gravità della questione è stata ora posta con toni accesi e vigorosi da U. MATTEI-A. LUCARELLI, *Salute bene comune e democrazia diretta*, in *Il Manifesto*, 4 aprile 2020, 14, nel più ampio rapporto del Comitato Rodotà; con toni più pacati, ma parimenti perentori, S. CASSESE, *Il corpo (malato) dello Stato*, in *Il Sole 24Ore*, supplemento *La Domenica*, 22 settembre 2019, 28; G. ZAGREBELSKY, *Costituzione. Attenzione all'uso dei soldati*, cit.

¹³ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 251 ss., spec., 260 ss.: lo stato di eccezione è, «nel

esso una forza meta-normativa in un *logos* in cui il giuridico è *sospeso* (se non definitivamente superato nell'ordine pre-costituito), con una sovveniente legittimazione (giuridica? O soltanto ... politica?) che si cimenta e si pone in relazione esclusivamente con il *reale*, alla stregua del richiamato principio per cui la necessità non è legge, ma fa legge, costituendo, essa stessa, fonte originaria del diritto¹⁴. Si verifica, così, un'inversione logica, prima che metodologica, tra *vigenza e applicazione*: se nel regime normativo ordinario la prima precede la seconda, nello stato di eccezione la seconda precede (la posizione formale sottesa al) la prima, con una forza-di-legge senza legge¹⁵, con uno stato politico che *supera* l'ordinamento giuridico.

2. - Una preliminare riflessione.

La considerazione – che dal pensiero giuridico sovviene e che pure in esso non si esaurisce – permette di registrare una curiosa coincidenza terminologica tra gli *organi* umani più afflitti dall'emergenza sanitaria e quelli che dall'Ordinamento (non solo giuridico, bensì quale significante del più ampio riferimento alla Comunità internazionale) dovranno essere adoperati per provare a riequilibrare i sovvenienti molteplici interessi e diverse esigenze (non soltanto di quelli che fossero stati costretti nelle pagine *economiche* di un contratto), in un virtuoso e solidale bilanciamento. Il riferimento è – come potrà essere sovvenuto – agli 'organi respiratori'. Se, per un verso, potranno essere protetti soltanto dai risultati che l'affannosa ricerca medica globale riuscirà a produrre nei prossimi mesi, per permettere di immaginare una guarigione dei pazienti e della società (intesa come globalità delle persone) da un virus sì aggressivo, con un successivo (e quanto mai auspicato) ritorno alla 'normalità' (che, nell'etimo, evoca sì la *misura*, ma pure la regolarità delle azioni, con l'accezione giuridica di *norma*); per l'altro, nella metafora evocante le clausole generali della correttezza e buona fede, unitamente ai principi generali (trans-costituzionali)

diritto italiano, un provvedimento contrario alla legge, diciamo pure illegale, ma nello stesso tempo conforme al diritto positivo non scritto, e perciò giuridico e costituzionale»

¹⁴ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., 260 s.

¹⁵ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 51

di solidarietà e ragionevolezza, consentiranno, parimenti, all'Ordinamento (inteso come 'organismo vivente' immerso, inevitabilmente, nel fluire perenne della storia) di porre in essere le più spiccate strategie all'insegna della resilienza, permettendo di oltre-passare (nel senso severiniano) quest'ulteriore grave prova ¹⁶ che l'Umanità intera è chiamata sostenere, immergendosi in quella Storia nella quale è *de-stinata eternamente a stare* (ancora Severino), ma nella quale non può stare se non conformandosi all'idealismo dei Valori sommi posti a suo fondamento.

Il Diritto ¹⁷ è chiamato (mediante la meritoria opera di quella che qui, virtuosamente, si identifica come *clasa descutidora*, esposta a gravi rischi dalla diffusione della "cultura del contagio" ¹⁸) a porre in essere ogni sforzo utile e necessario perché ogni *scelta* sia adeguatamente collocata nell'includente «orizzonte d'attesa» (...) [di] una decisione ragionevole» ¹⁹. Fermamente respingendo ogni prospettiva che sovvenisse dall'arroganza del 'pensiero unico' ed esaltando, al contrario, la ruvidità del confronto e la virtuosità del «disaccordo cooperante» ²⁰, con un 'metodo diveniente' e mai definitivamente fissato. E avvertiti che ogni *decisione* (che, intrinsecamente, evoca il trauma di una ferita, di un taglio) dovrà essere argomentata ²¹ e persuasiva ²², esaltando il valore fondativo di ogni questione terrena: l'essere umano, quale supremo, ma concreto, riferimento di ogni realtà ²³

¹⁶ Alla 'prova' (alla quale tutti siamo chiamati) s'appella anche l'accorato invito di F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, Editoriale del 12 marzo 2020, in *giustiziavile.com*, 1 ss.

¹⁷ Nella sua interezza: da quello costituzionale a tutela delle *minime* libertà personali e delle prerogative *massime* della salute a quello penale, con disposizioni sanzionatorie per coloro che, volontariamente o meno, si rendessero responsabili della diffusione dell'epidemia; dal diritto del lavoro (con le imminenti gravissime problematiche) al diritto privato, nella sua infinita vastità

¹⁸ Contro la quale si scaglia la pagina virulenta di G. AGAMBEN, *Contagio*, in *www.quodlibet.it*, 11 marzo 2020, e ID., *Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata*, sulle colonne de *Il Manifesto*, 26 febbraio 2020

¹⁹ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. a cura S. PATTI-G. ZACCARIA, Napoli, 1983, *passim*, spec., 136.

²⁰ J. MARITAIN, *On the Use of Philosophy*, Princeton, 1961, 32 ss.

²¹ RICOEUR, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars interpretandi*, 1996, 77 ss.

²² C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it., Torino, 1996, 28 ss.

²³ Che è il messaggio ultimo del pensoso e denso, recente, volume di A. CARRINO, *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*. Milano, 2019, *passim*.

, intesa, nel suo divenire, quale *atto incessante* del pensiero pensante (G. Gentile).

Tanto che non si è fatta attendere la proposta (tutt'altro che provocatoria o di politica onirica) di Ugo Mattei che suggerisce di adottare, nella grave situazione emergenziale, non soltanto il rimedio della socializzazione del debito, con una primaria responsabilità dello Stato, ma anche misure, nella sottesa logica di un'effettiva solidarietà sociale ²⁴ (**ex art. 2 Cost.**), per quelle realtà private (imprese nazionali e multinazionali) che stanno godendo, per effetto della medesima emergenza, sia pure in termini invertiti, di un benefico effetto volàno. Si pone l'interrogativo se tali vantaggi siano realmente profitti o non piuttosto 'rendite di posizione' e se, rispondendo in questo secondo senso, non sia davvero il caso di socializzare, altresì, quel *delta positivo* che ha trasformato i primi nelle seconde: si tratta di un *surplus* che quale nuovo (per quanto non auspicato) «bene comune prodotto dalle circostanze avverse [e per] tale va trattato, restituendolo alla collettività. Perché quel surplus di profitto (agevolmente misurabile) che è certamente generato unicamente dalla crisi non [dovrebbe] essere socializzato?» ²⁵. Proposta che, nella comune evocazione della solidarietà sociale, incontra idealmente, sia pure da un'altra prospettiva, la provocazione lanciata da Marcello Maggiolo ²⁶ che invita a riflettere seriamente sulla possibile costituzione di un fondo pubblico vincolato per tutte le strutture sanitarie nazionali, sovvenzionato con una porzione dei numerosissimi (talvolta ingenti) risarcimenti per danni non patrimoniali alla salute disposti in quei giudizi che sempre più affollano le nostre aule

²⁴ La cui traduzione in provvedimenti concreti per la gestione dell'emergenza sanitaria (principalmente in materia di programmazione di aiuti economici ai singoli Stati partecipanti) assai gravi tensioni sta generando nell'ambito dell'Unione europea, sostanzialmente dividendosi al suo interno tra coloro i quali, nell'eccezionalità della situazione, immaginano misure altrettanto eccezionali, proponendo una socializzazione diffusa del debito complessivo (generato dai molteplici e ripetuti interventi a sostegno della crisi) tra tutti i paesi partecipanti all'Unione (nonostante tale misura non sia stata disciplinata nell'ambito dell'organizzazione europea) e coloro che intendono programmare tali interventi economici con strumenti già presenti nell'ambito dell'Ordinamento europeo (anche di più recente formazione: ad es. Mes), con un peso che finirebbe per gravare, sia pure in forme attenuate, sui singoli Paesi che a tali aiuti faranno ricorso.

²⁵ U. MATTEI, *Covid: male comune con benefici privati*, in *Il Fatto Quotidiano*, 2 aprile 2020, 13

²⁶ M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Giustiziacivile.com*, 12 aprile 2020, 1 ss.

giudiziarie in uno scontro (che la contingente grave situazione sanitaria mondiale potrà rivelarsi determinante nel non farlo divenire) perenne. D'altra parte, ed è notizia recente ²⁷, il *China Council for the Promotion of International Trade*, recependo istanze provenienti da una chiara politica protezionistica, ha ritenuto di lanciare i c.dd. “certificati di forza maggiore”, con la principale funzione di scriminare, alla stregua del diritto internazionale (che riconosce, sia pure mediante innumerevoli trattati, l'universalità del diritto alla salute ²⁸), le condotte delle imprese cinesi, coinvolte in rapporti giuridici con altri Stati o entità private, sia in termini di inadempimento, sia in termini di ritardo (ben consci che i contratti internazionali sono ridondanti non soltanto di clausole gravemente sanzionatorie del benché minimo ritardo nell'esecuzione della prestazione, bensì anche di definizioni, tra le quali non mancherebbe la forza maggiore

²⁷ Alla quale hanno dato risalto alcuni quotidiani.

²⁸ Per tutti la Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che, approvata nel 1946 ed entrata in vigore nel 1948, nel suo Preambolo così proclama: «Gli Stati partecipanti alla presente costituzione dichiarano, conformemente alla Carta delle Nazioni Unite, che alla base della felicità dei popoli, delle loro relazioni armoniose e della loro sicurezza, stanno i principi seguenti:

La sanità è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste solo in un'assenza di malattia o d'infermità.

Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione, d'opinioni politiche, di condizione economica o sociale.

La sanità di tutti i popoli è una condizione fondamentale della pace del mondo e della sicurezza; essa dipende dalla più stretta cooperazione possibile tra i singoli e tra gli Stati.

I risultati raggiunti da ogni Stato nel miglioramento e nella protezione della sanità sono preziosi per tutti.

La disparità nei diversi paesi per quanto concerne il miglioramento della sanità e la lotta contro le malattie, in particolare contro le malattie trasmissibili, costituisce un pericolo per tutti. ...

I governi sono responsabili della sanità dei loro popoli; essi possono fare fronte a questa responsabilità, unicamente prendendo le misure sanitarie e sociali adeguate».

S'interroga, assai preoccupato, sull'improvvido *frazionamento* regionale della gestione politica della salute operato dal riformatore costituzionale (mercé la modifica federalista del 2001, con zelo messa in pratica da alcuni Governatori) in luogo dell'impostazione adottata originariamente dai Padri costituenti che individuava nella salute pubblica un fondamentale interesse nazionale, M. VILLONE, *La supremazia ha bisogno di finanziamenti*, in *Il Manifesto*, del 4 aprile 2020, 1 e 15, con un articolo denso e di gravissima accusa verso l'improducente politica nazionale, ricorrendo, senza mezzi termini, ad espressi riferimenti a partiti e persone; ID., *Ricostruire la sanità pubblica*, in *La Repubblica*, inserto Napoli, 20 marzo 2020; M. VOLPI, *Gli effetti del coronavirus e lo stato di emergenza*, cit.; N. URBINATI, *Non arrendiamoci a "tacere e obbedire"*, in *libertagiustizia.it.*, del 19 marzo 2020

che, per l'appunto, quei certificati s'incaricherebbero formalmente di attestare).

3. - L'emergenza e la forza maggiore.

Orbene l'emergenza sanitaria creata dal Covid19 parrebbe immediatamente andarsi a collocare, nella tradizionale (e insuperabile) prospettiva dell'individuazione degli strumenti di conoscenza (non solo giuridica), nella *categoria* della forza maggiore, con tutte le conseguenze che i diversi Ordinamenti giuridici prefigurano al riguardo. Eppure, da quella categoria dovrà immediatamente prendere le distanze, almeno per come la medesima è stata concepita e ricalcata in ogni Ordinamento, statutale e non: un evento imprevedibile (o, almeno, non ragionevolmente prevedibile) e fortuito, estraneo alla sfera di influenza del contraente (creditore e debitore), più o meno ampio, incidente direttamente sulle probabilità (azzerandole o fortemente ridimensionandole) che il precedente rapporto giuridico oggetto di incisione giunga a realizzazione, con il soddisfacimento degli interessi che in quel rapporto avevano rinvenuto programmatica composizione. Invero, parrebbe potersi intuire che il concetto di 'forza maggiore', filtrato mediante il linguaggio e l'ideologia del codice civile, consista in un evento, senz'altro imprevisto o imprevedibile, che incide sulla programmazione negoziale, sostanzialmente alterandola, ma, e qui sta il punto, incidendo su *quel* singolo e su *quel* dato rapporto giuridico²⁹ o su una serie di rapporti, là dove l'attuale emergenza sanitaria pare presentarsi con due sue proprie specificità: l'una formale (e giuridica), l'altra sostanziale (ed economica).

La prima consiste nell'*eccezionale*³⁰ elaborazione normativa³¹ che essa sta producendo e nel come la medesima, giustappunto attraverso la *regola giuridica*, riceve rilevanza *formale* nel nostro Ordinamento, sì che potrebbe

²⁹ Riserve in margine all'effettiva utilità euristica della formula esprime N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 49 s.; formula, qui intesa, come relazione tra situazioni giuridiche soggettive complesse e non tra soggetti: PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*², Napoli, 2004, 114.

³⁰ L'avverbio è adoperato in termini qualitativi, non già quantitativi, in riferimento all'ordinamento giuridico costituzionale pre-costituito.

³¹ Non soltanto privatistica e per quanto parziale e sottoposta ad eventuali, possibili, ulteriori rimodulazioni.

a ragione discutersi di una forza maggiore *tipizzata* e che attraverso questa (*id est*: attraverso la *valutazione* compiuta mediante l'intervenuta) *formalizzazione* incide sui rapporti giuridici ³². In altri termini, non è l'attuale emergenza sanitaria ad incidere, di per sé e direttamente, sulle sfere giuridiche dei soggetti uniti nel vincolo obbligatorio ³³, limitando, cumulativamente o alternativamente, la *ricevibilità/utilità* e/o le *possibilità di adempimento* della prestazione (che pure rimane *oggettivamente e assolutamente* possibile), bensì la *regola giuridica* che, all'uopo predisposta per gestirne le conseguenze, per un verso, introduce limitazioni *formali* alla circolazione delle persone ³⁴ (e, dunque, dei creditori e dei debitori) e, per l'altro, prescrive la chiusura obbligatoria per la maggior parte delle attività industriali e commerciali, provocando la configurabilità del *presupposto fondativo* delle diviate ipotesi di *irricevibilità* o *impossibilità* (in senso generico ³⁵) della prestazione. E tuttavia di tale presupposto, oggettivamente e astrattamente ricorrente, dovrà accertarsi in concreto ³⁶ l'incidenza sulla relazione giuridica, con una *valutazione* sia in funzione di una rideterminazione del contenuto dell'obbligo, sia strumentale all'esonero da responsabilità per inadempimento (o inesatto adempimento), rilevante nella sua oggettività. Orbene, converrà allora distinguere tra gli *effetti* provocati dalla regola giuridica (che provvede alla *qualificazione* dell'evento eccezionale mediante l'introduzione di «misure di contenimento») e gli *effetti* prodotti della causa (*id est*: dell'evento a fondamento dell'adozione) della regola giuridica ³⁷. Se i primi saranno assistiti da quell'intrinseca e formale temporaneità che assiste pure l'efficacia della

³² Se non ci s'inganna sul punto conviene anche A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., 5.

³³ Salvo, evidentemente, per quelle persone affette drammaticamente dal coronavirus.

³⁴ Oltre che la chiusura della prevalenza delle attività commerciali e di buona parte delle realtà industriali.

³⁵ Per la quale sarebbe invano provare a rinvenire *prima* dell'ordinamento o *nell'ordinamento* una definizione compiuta, immodificabile e di rigore logico. Cfr., sul punto, PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 440 s. Essa è, al contrario, nozione intrinsecamente mutevole, in ciò individuandosi la sua *resilienza concettuale e funzionale* alla risoluzione dei conflitti di interessi – non solo omogenei, stante il coinvolgimento anche di interessi personalistici dei soggetti del vincolo obbligatorio – alla cui risoluzione dovrà contribuire nella valutazione della complessità del caso concreto.

³⁶ Art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, come in seguito meglio si preciserà.

³⁷ Ovvero, come si direbbe nel rigore del linguaggio dogmatico, tra *fattispecie* ed *effetti*.

regola giuridica che li genera ³⁸, sì che esauritasi la vigenza di questa anche quegli effetti si esauriranno; i secondi saranno direttamente riconducibili all'evento emergenziale in sé ³⁹, senza l'intervento del *filtro* giuridico, sì che il debitore (ma anche il creditore), anche a prescindere dalla vigenza della divisata regola giuridica, potrà ad esso rimettersi nel tradizionale rinvio alla figura della forza maggiore, dimostrando l'incidenza di essa sulla prestazione in termini di (sopravvenuta) impossibilità ⁴⁰, ora definitiva con l'estinzione del rapporto, ora temporanea, con una modificazione dello stesso.

La seconda s'individua nel rilevare come, a dispetto di quanto è verificabile nella comune operatività della forza maggiore (la quale limita la propria incidenza a quella singola e data relazione giuridica o ad una serie, comunque limitata, di relazioni), quella attuale si manifesta e si propaga con un'impressionante virulenza e *forza*, in sé potenzialmente ⁴¹ idonea a ripercuotersi su ogni relazione giuridica in essere nella dimensione trans-territoriale della globalità, in un'incessante circolarità economica e globalità di interessi.

Sarebbe sufficiente richiamare i severi provvedimenti ⁴² di limitazione alla circolazione delle persone ⁴³ – funzionali alla tutela del preminente inte-

³⁸ Come emerge evidente dalla lettura del predetto art. 91.

³⁹ Almeno fino a quando il medesimo non potrà dirsi definitivamente debellato.

⁴⁰ È rimasta isolata quell'autorevole e suggestiva prospettiva (M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, 50 ss.) che ricacciava nell'inutilità euristica la nozione di impossibilità della prestazione, in quanto essa, incidente (originariamente o successivamente) su di un presupposto fondativo dell'obbligazione, la stessa sarebbe venuta meno giustappunto in ragione di ciò, senza la necessità logica di immaginare la sovveniente necessità di elaborare la categoria dell'impossibilità.

⁴¹ Per quanto le cronache si siano già incaricate di dimostrarne la trasformazione da *potenza* in *atto*.

⁴² Introdotti con il d.P.C.M. 8 marzo 2020 in riferimento al territorio regionale lombardo ed a quello di altre province italiane (Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanco-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia), immediatamente estesi a tutto il territorio nazionale con il d.P.C.M. 11 marzo 2020, successivamente prorogati con i d.P.C.M. 22 marzo 2020 e 1° aprile 2020 e, quindi, ad oggi, con efficacia, almeno e salvo proroghe, fino al 13 aprile 2020.

⁴³ Sostanzialmente tutti diretti – e salvo, evidentemente, l'esclusione di tutte quelle persone che svolgono attività e/o professioni ritenute, alla stregua dei medesimi provvedimenti, essenziali agli interessi nazionali – a vietare l'allontanamento dalle proprie abitazioni se non per giustificate esigenze lavorative (e dunque, daccapo, per quelle attività per quali non è stata disposta la chiusura), motivi di urgenza, ragioni di salute.

resse della salute pubblica – per rendersi avvertiti della gravità e dell’assoluta novità di questa nuova ipotesi di forza maggiore. Dunque, il primo passaggio che deve superarsi nella ricostruzione della giustificazione all’inadempimento (o al ritardo) e, dunque, nella configurabilità di un’impossibilità sopravvenuta ovvero di «avvenimenti straordinari e imprevedibili» incidenti sulle vicende attuative del rapporto giuridico potrà ritenersi compiuto: il debitore non dovrà (anche) incaricarsi di dimostrare che l’evento *impossibilitante* o *ritardante* si è verificato, al cospetto di una situazione per la quale potrebbe a ragione discutersi di «forza maggiore a carattere sociale»⁴⁴.

Invero, già *icto oculi*, emerge come l’impossibilità di allontanarsi dalla propria abitazione – potendo configurare ora un’ipotesi di impossibilità sopravvenuta per *factum principis*⁴⁵, ora, in una prospettiva non necessariamente alternativa, una di quelle situazioni a fondamento dell’*inesigibilità* della prestazione – potrà incidere sull’esecuzione della prestazione e, dunque, sul vincolo giuridico, impedendone, definitivamente o temporaneamente⁴⁶, la realizzazione programmata, con la conseguente risoluzione (e, dunque, l’estinzione dell’obbligazione) ovvero temporanea sospensione (senza l’imputabilità per il ritardo, con un’obbligazione la cui efficacia è anch’essa sospesa). E se appare agevole comprendere come tale impossibilità possa incidere⁴⁷ sull’*esecuzione* della prestazione da parte

⁴⁴ Così A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell’obbligazione*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, 23 ss., spec. 32, richiamandosi alla dottrina nord-europea.

⁴⁵ Sia pure dovendosi valutare, con riferimento alla sfera del debitore, la diversità dell’oggetto della prestazione, e la mutevole declinazione dell’interesse creditorio a riceverla in riferimento alla situazione concreta (operando, peraltro, una ragionevole comparazione tra l’interesse creditorio al momento in cui la prestazione avrebbe dovuto essere eseguita e quello al momento in cui la prestazione potrebbe (in ipotesi) ritornare ad essere eseguibile, ben potendo emergere un sopravvenuto disinteresse alla prestazione da parte del creditore medesimo).

⁴⁶ Là dove, di là da ogni dogmatismo, la *definitività* e *temporaneità*, concetti evocanti (sia pure da approcci diversi) il trascorrere del tempo, andranno verificate, nelle rispettive discipline che le evocano, soltanto in concreto in ragione dei diversi interessi di creditore e debitore sì come conformati dal (e dedotti nel) vincolo obbligatorio.

⁴⁷ S’interroga sull’interferenza in merito all’accertamento dell’impossibilità generata dal *factum principis*, della possibile imputabilità (alla parte contrattuale che l’invoca) della condotta di mancata previsione, alla stregua della comune diligenza, della verificabilità del *factum principis* al momento dell’assunzione del vincolo obbligatorio, F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello*

del debitore (art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18), non meno evidente dovrà rivelarsi anche l'ipotesi in cui essa potrà finire per incidere sulla sfera del creditore, configurando un'ipotesi di *inutilizzabilità* o *irricevibilità* della prestazione ⁴⁸ (da verificarsi in concreto alla stregua del contenuto concreto dell'obbligo ⁴⁹), con un debitore che sarebbe pronto ad adempiere alla propria prestazione (in quanto, in ipotesi, la sua attività lavorativa non ricade nell'ambito di quelle per le quali è stata prescritta obbligatoriamente la chiusura), ma con un creditore che, per le severe misure di restrizione alla circolazione personale, non potrebbe riceverla in luoghi diversi dalla sua abitazione ⁵⁰. Situazione che riceve ora, per quanto

spettacolo e assimilate, in *giustiziavivile.com*, 1 ss., spec. nt. 9 e 16, sia pure, condivisibilmente, giungendo alla conclusione dell'irrelevanza della ragionevole prevedibilità sulla prefigurazione del *factum principis* e sulle conseguenze che da esso discendono sulla realizzazione del rapporto giuridico in termini di responsabilità del debitore.

⁴⁸ Le prime pronunce che hanno recepito la formula sono Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur. it.*, 2008, 857 ss.; Cass. civ., 14 agosto 2007, n. 26598, in *Dejure*; Cass. civ., 2 ottobre 2014, n. 20811, in *De Jure*; più di recente, conferme in Cass., 10 luglio 2018, n. 18047, in *Plurisonline*; riprendendo gli spunti contenuti in C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 543 ss.; ID., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, rist. agg., Milano, 2019, 413 s.

⁴⁹ Se il ricevimento di una prestazione in denaro potrà avvenire dal creditore comodamente mediante il sistema di home-banking, al pari di quella che avesse ad oggetto beni mobili per esigenze personali, ricevibile, altrettanto comodamente, a casa propria mediante la capillare diffusione territoriale di corrieri e rider, la faccenda si complica qualora la prestazione avesse ad oggetto ad es. una fornitura di mattoni (proveniente dall'estero ovvero da imprese italiane non sottoposte a restrizioni lavorative) da riceverli presso il capannone nel quale si svolge la relativa attività, tuttavia chiuso per le imposte restrizioni nazionali; ovvero, ancora, avesse ad oggetto la tipica prestazione alberghiera (gli hotel e tutte le strutture di ospitalità sono aperte, sia pure scatenandosi qualche polemica interpretativa in seguito all'Ordinanza della Lombardia n. 514 del 21 marzo 2020 alla quale ha fatto seguito il d.P.C.M. 22 marzo e l'immediata successiva Ordinanza Lombardia n. 515 del 22 marzo 2020) che risulterà irricevibile per il creditore-cliente il quale, (ancora una volta) per i richiamati provvedimenti di restrizione alla circolazione delle persone, non potrà recarsi presso quella struttura ricettiva (a ricevere la prestazione).

⁵⁰ Così lasciando pienamente possibile l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, ma senz'altro impossibile quella avente per oggetto l'ospitalità alberghiera, l'effettuazione di un soggiorno presso un agriturismo, ecc.

In forza di una diversa 'misura di contenimento', per medici, infermieri, operatori sanitari e tutti coloro la cui specializzazione professionale è strettamente funzionale all'attività di contrasto alla diffusione del virus sul territorio nazionale si è disposta l'inaccessibilità temporanea (e per tutta la durata prevista dagli intervenuti provvedimenti normativi) a ferie, congedi parentali e non, permessi giornalieri, ecc., si da potersi ritenere per essi prefigurato, nei relativi rapporti giuridici e con valutazione da compiersi in concreto, il fondamento giustificativo dell'*inutilizzabilità* o *irricevibilità* della prestazione (per il creditore), con esclusione, per l'effetto, della responsabilità che, in mancanza di quel fondamento (*id est: formale* adozione della misura di contenimento), integrerebbe un'ipotesi di *mora credendi* (e salvo sempre il caso in cui la prestazione non sia eseguibile al domicilio del creditore).

indiretta, collocazione negli **artt. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9** e **88 d.l. 17 marzo 2020, n. 18** i quali dispongono (per le tipologie contrattuali in essi individuate ⁵¹) che «ricorre la sopravvenuta impossibilità» (ai sensi ⁵² dell'**art. 1463 c.c.**) nelle ipotesi in cui per il creditore la prestazione fosse divenuta inutilizzabile o irricevibile, con la conseguente impossibile realizzazione del programma negoziale. Una forza maggiore (*melius*: i provvedimenti emanati per fronteggiarla) che potrebbe, pertanto, agire sia limitando (o azzerando del tutto) le utilità che il creditore poteva attendersi dall'esecuzione della prestazione, prefigurando la sovveniente *inutilità* o *inutilizzabilità* ⁵³, sia azzerando (o sensibilmente riducendo) le facoltà (fisiche ⁵⁴ ed economiche ⁵⁵) del debitore (totalmente o parzialmente) impedito, in ragione (*esclusivamente*) delle prescritte misure di contenimento, a porre in essere quelle attività necessarie e strumentali all'adem-

⁵¹ E che, per la verità, almeno limitatamente alle attività indicate nell'art. 88, integrano, in seguito all'adozione dei provvedimenti che hanno disposto la chiusura di musei, cinema, arene, teatri, ecc. (art., 2, comma 1, lett. b) e d), d.P.C.M., 8 marzo 2020), l'impossibilità sopravvenuta anche della prestazione del debitore (non così per quelle indicate nell'art. 28 per le quali non si prescrive alcun provvedimento di chiusura).

⁵² Rileva, esattamente, che la formula legislativa adottata dall'art. 28 d.l. n. 9 del 2020 «ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile» non è del tutto perspicua, in ragione delle differenti modalità delle conseguenze derivanti dall'*exit* dal rapporto contrattuale dall'art. 28 rispetto a quelle generali valenti per la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, cit., 6 s.

⁵³ Concetto, quello riferito nel testo, che potrebbe (insieme a quello dell'inesigibilità della prestazione da parte del locatore) coadiuvare l'analisi funzionale diretta ad accertare, caso per caso, l'incidenza dell'emergenza sanitaria nei contratti di godimento di immobili destinati alle attività commerciali, in riferimento alle quali, in forza dei divisati provvedimenti di restrizione (sia soggettivi, sia oggettivi), il conduttore potrebbe rilevare sia la soggettiva impossibilità di allontanarsi dalla propria abitazione, sia la disposta chiusura delle medesime al fine di sollecitare una rinegoziazione dei termini contrattuali, non dimenticando, evidentemente, un corretto bilanciamento con l'agevolazione statale disposta a favore di tutti gli esercenti un'attività commerciale ed avente ad oggetto un credito di imposta pari al 60% dei canoni corrisposti nel periodo di emergenza in corso (misura, quest'ultima, che si crede, non sia idonea, almeno in termini astrati, ad escludere, di per sé, il ricorso sia all'inesigibilità sia all'inutilizzabilità della prestazione).

⁵⁴ Per l'impossibilità di circolazione dovuta all'adozione delle predette misure, rendendo, quindi, irraggiungibile sia il domicilio del creditore, sia il luogo in cui il debitore avrebbe potuto adempiere la sua prestazione.

⁵⁵ Giacché, in ragione della chiusura di innumerevoli attività industriali-commerciali, il debitore potrebbe, con elevata probabilità, sia non aver ricevuto (dai suoi ulteriori debitori o per la chiusura della sua propria attività) le provviste necessarie all'adempimento ovvero non essere riuscito a recarsi presso quei luoghi (propri o di terzi) presso i quali avrebbe potuto porre in essere tutte quelle attività strumentali all'adempimento.

pimento, prefigurando un'ipotesi ⁵⁶ concreta di *inesigibilità* ⁵⁷ della prestazione ⁵⁸, intesa quale nozione generale idonea a ricomprendere ogni evento e/o vicenda, di qualsivoglia natura, patrimoniale o non patrimoniale, incidente significativamente nella sfera giuridica del debitore nella *tensione* all'adempimento ⁵⁹.

La diffusione del Covid19 è evento a tal punto notorio, pervasivo, globalizzato e formalmente recepito ⁶⁰ (*id est*: è una forza maggiore espressamente tipizzata), che non esigerà la prova dimostrativa ⁶¹ della sua verifica da parte di nessuno, né tampoco dal debitore (a differenza di ciò che normalmente potrebbe verificarsi con riferimento ad tradizionale altro evento riconducibile alla forza maggiore), e che costituisce, in alcune

⁵⁶ La figura è debitrice della rielaborazione dogmatica della dottrina tedesca che, ricavando, in via interpretativa, dal §242 del BGB ora lo rinviene codificato (dopo il 2001) nel §275 BGB, co. 3, fortemente conformato dall'esigenza dei valori personalistici del debitore.

⁵⁷ Che, per un verso, deve rimanere distinta dalla mera *difficultas praestandi*, per l'altro, non dovrà, assolutamente, servire a giustificare o avallare comportamenti opportunistici di inqualificabili debitori che, letteralmente approfittando dell'emergenza, vorrebbero da essa trarre spregevoli vantaggi, condannando espressamente, in una rinnovata visione weberiana del capitalismo, coloro che si producessero in siffatte condotte oltremodo nocive e perniciose (un virtuoso appello è stato lanciato dall'imprenditore bresciano **Alfredo Rabaiotti** ed accolto, nelle immediatezze, da Giuseppe Pasini, presidente dell'Associazione industriale bresciana, e circolante in rete con *#iopagoifornitori* e *#impreseresponsabili*, in *Il Sole24Ore*, 8 aprile 2020, 27)

⁵⁸ Qui, evidentemente, non sarebbe il caso di intrattenersi – tra le innumerevoli questioni inerenti all'inesigibilità – neppure su quelle principali inerenti al suo fondamento giuridico – codicistico della buona fede (o, meglio, al criterio omogeneo della diligenza funzionale alla valutazione del comportamento: G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, 116, ed ivi la lunga nt. 83) o costituzionale della solidarietà – ovvero al suo ambito di applicazione limitato o meno alle sopravvenienze non-patrimoniali incidenti sul rapporto obbligatorio.

⁵⁹ G. ROMANO, *Equilibrio e meritevolezza nel rapporto obbligatorio. (A proposito della inesigibilità della prestazione)*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, III, Napoli, 2007, 35: «il concetto di inesigibilità è destinato ad operare come limite di un potere ovvero come causa di esclusione della doverosità della condotta o, infine, come criterio di giustificazione dell'inadempimento (in quest'ultimo caso, disegnando l'elemento di cesura tra le [norme] contenute negli artt. 1176 e 1218 c.c.)»; nonché, in termini densi e problematici, in G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., 70 ss.

⁶⁰ La situazione d'emergenza è stata *positivamente* prevista nella richiamata deliberazione del CDM 31 gennaio 2020, e successivamente è stata formalmente qualificata, per mezzo del suo Direttore generale, nella conferenza stampa del 11 marzo 2020, dall'OMS, come "pandemia", dopo che la medesima Organizzazione aveva dichiarato, il 30 gennaio 2020, che si trattava di un «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale».

⁶¹ Lo rileva anche A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., 8.

vicende negoziali ⁶², un'ipotesi *tipizzata* di impossibilità sopravvenuta ⁶³, con la conseguente risoluzione del rapporto. All'un tempo segnando quel percorso che, significativamente prefigurato dalla più attenta civilistica ⁶⁴ e recepito in alcune discipline ⁶⁵, dalla purezza della risoluzione codicistica (per la quale è statuita la non debenza delle prestazioni ineseguite e la ripetizione per quelle effettuate) conduce all'apertura (temporanea ⁶⁶, almeno dal profilo formale) alla complessità della logica *manutentiva*, propria di quella più ampia cultura rimediale di matrice europea, a mezzo guado tra ordine pubblico di *direzione* (a tutela, non soltanto della concorrenzialità, del mercato ⁶⁷) e ordine pubblico di *protezione* (a tutela del contraente debole), in margine alla quale pure sarebbe bene interrogarsi ⁶⁸ circa la sua natura *integrativa* o *sostitutiva* della disciplina rimediale di matrice codicistica. Invero, tale impostazione – prendendo le distanze dalla logica binaria codificata ⁶⁹ dall'art. 1463 con un rapporto giuridico che è o *tutto realizzato* o *definitivamente estinto* – parrebbe ora recepita in ragione della richiamata differente disciplina prevista per le conseguenze dell'intervenuta risoluzione per impossibilità sopravvenuta dagli **artt. 28 d.l. n. 9 del 2020**, e **88 d.l. n. 18 del 2020**, i cui relativi disposti facoltizzano il debitore della prestazione divenuta (temporaneamente) impossibile non

⁶² Così, a titolo esemplificativo, rinviando alle relative disposizioni normative l'elencazione esaustiva, per le ipotesi di contratti aventi ad oggetto i c.d. "pacchetti turistici", di contratti di viaggio con qualsivoglia vettore, ecc.

⁶³ Art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, e art. 88 d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

⁶⁴ R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, 1702 ss., 1708 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 2011, 963 ss.; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1988, 104 ss.; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *www.juscivile.it*, 1 ss.

⁶⁵ Si pensi a quella relativa ai difetti di conformità della vendita di cui all' art. 130 ss. cod. cons.

⁶⁶ Invero – per quanto l'art. 88, comma 4, espressamente lo preveda – la divisata logica manutentiva parrebbe essere direttamente collegata all'emergenza in corso nel nostro Paese (almeno per quanto sembra emergere dalla lettura dei disposti normativi che la introducono), sì da probabilmente collegarne le sorti giuridiche agli stessi tempi di durata della pandemia.

⁶⁷ Ma altresì a tutela di tutte le imprese che in esse operano.

⁶⁸ E così, accogliendo l'invito, F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, cit., 8 s., che pure opta per il secondo ramo dell'alternativa proposta nel testo.

⁶⁹ Sia pure fortemente confermata, non solo dal principio generale di conservazione degli atti giuridici, bensì anche alla stregua di un più consapevole ricorso ai valori costituzionali ed alle clausole generali che su quell'astratta *binarietà* hanno inciso in funzione applicativa alle specificità assiologiche emergenti dal caso concreto.

soltanto alla restituzione ⁷⁰ del corrispettivo ricevuto (sì come prescrive, quale unica possibilità, l'art. 1463), bensì anche all'emissione di un *voucher*, consistente in un documento portante l'indicazione di un determinato importo da impiegare per le (*melius*: tutte o alcune di quelle) prestazioni che rientrano nell'attività commerciale di chi l'ha emesso, da utilizzare entro un determinato lasso temporale. Evidente, allora, che l'emissione del *voucher* consentirà alla relazione giuridica non già di esaurirsi, con il conseguente venir meno del titolo giustificativo dell'intervenuta allocazione delle eseguite prestazioni nelle sfere dei rispettivi creditori, bensì di rimanere in vita (*id est*: pienamente efficace), sia pure posticipando la sua programmata realizzazione in un tempo in cui saranno cessati gli eventi che hanno causato l'impossibilità della prestazione.

4. - Debito e responsabilità messi in relazione dall'inesigibilità.

L'art. 91 d.l. n. 19 del 2020 costituisce conferma *formale* del rapporto *funzionale* ⁷¹ tra debito e responsabilità ⁷² individuando nelle «misure di contenimento» ⁷³ adottate per contrastare la emergenza sanitaria l'ele-

⁷⁰ Peraltro, la facoltà alternativa di esecuzione della prestazione restitutiva concessa al debitore, consentendogli di «procede[re] al rimborso del corrispettivo versato (...) ovvero all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno», è prevista unicamente dall'art. 28, là dove l'art. 88 prevede esclusivamente la modalità dell'emissione del voucher: in entrambi i casi segnandosi quella significativa distinzione rispetto alle modalità indicate dall'art. 1463 alla cui stregua parrebbe ragionevole ipotizzarsi la formale ricezione di mutamento nell'approccio alla dimensione rimediale da parte dello stesso legislatore che, come indicato nel testo, dalla *purezza* della risoluzione codicistica giunge alla *flessibilità* sottesa alla logica manutentiva del rapporto.

⁷¹ Funzionale e non strutturale come autorevolmente precisa A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit., 23 ss.

⁷² Sulla distinzione tra debito e responsabilità, almeno, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 176 ss.; e, nella trattatistica, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 2000, 26; nonché V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1043 ss.

⁷³ Per la verità l'art. 91 fa espresso riferimento alle *sole* «misure di contenimento di cui al presente decreto» e non anche a tutte quelle che, nel rapido susseguirsi dei provvedimenti normativi (non solo altri Decreti-legge, bensì anche d.P.C.M. e Ordinanze regionali) e per il persistente periodo di crisi, le competenti autorità stanno via via adottato. È ragionevole, nondimeno, ipotizzare che alla disciplina in esso individuata possa ricondursi una *valenza generale*, sì che anche altre ulteriori e diverse misure «di contenimento» che fossero state adottate o saranno adottate, in altri contesti normativi, per far fronte alla crisi sanitaria, potranno verosimilmente essere ritenute del pari incidenti sulla relazione debito/risponsabilità.

mento specifico che mette in *relazione* il primo con la seconda, pur confermandone le distanze. Se, invero, la responsabilità è fuori dalla *struttura* del debito, costituendo quel complesso di *mezzi* (presenti e futuri) che *subentra* in vista dell'inadempimento, a garanzia *illimitata* (art. 2740 c.c.) del suo soddisfacimento per equivalente, essa continua, tuttavia, a posizionarsi sul medesimo piano *sostanziale* di analisi dell'obbligazione, senza ricollocarsi su quello esclusivamente processuale. È proprio nella divisata relazione debito-patrimonio (che, in altre prospettive, condurrà alla revisione dell'intero rapporto obbligatorio in termini di *relazionalità* ⁷⁴) che si colloca la condotta del debitore, il quale deve porre in essere una *diligente* ⁷⁵ strategia diretta a predisporre ogni mezzo ⁷⁶ necessario e funzionale all'adempimento; ma è anche qui che, allora, s'avverte ragionevolmente la necessità dell'originarsi della cd. teoria 'dei limiti', vale a dire di quelle vicende che, in funzione dell'adempimento, richiederebbero sforzi e impegni (non solo quantitativamente, bensì qualitativamente) *sproporzionati* rispetto agli interessi agglutinati nel vincolo obbligatorio e, in ultima istanza, rispetto ai diritti fondamentali della persona del debitore (con l'innesto virtuoso del profilo *esistenzialistico*, ora mediante il ricorso alla clausola generale di buona fede, ora mediante il richiamo ai principi costituzionali, in particolare a quelli della solidarietà e ragionevolezza). E tuttavia, nel collegamento tra (inadempimento del) debito e (assenza di) responsabilità non varrà il *mero* (o fondativo, in altre ricostruzioni ⁷⁷) sforzo di diligenza a *scriminare* la condotta del debitore, bensì sarà necessario accertare che quello sforzo abbia incontrato, *altresì*, un impedimento di carattere oggettivo ⁷⁸. L'impossibilità (definitiva o temporanea) per

⁷⁴ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eu. dir. priv.*, 2011, 70 ss.

⁷⁵ Qui la diligenza è evocata (in termini "impropri") quale predicazione, qualificazione del comportamento del debitore (non già per configurare il comportamento medesimo), sì da escludere ogni perplessità sovveniente dalla sua ricollocazione euristica nella sfera di analisi soggettiva inerente al profilo della responsabilità

⁷⁶ Pur sempre individuato e calibrato alla stregua delle coordinate concrete provenienti dagli interessi che nel rapporto giuridico hanno ricevuto composizione

⁷⁷ M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 1959, Milano, III ed. riv., 1975, 228 ss.

⁷⁸ L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 64 ss.

potersi ritenere configurata va, daccapo, commisurata, non già (o, almeno, non soltanto) allo sforzo di diligenza richiesto al debitore (in termini di condotta), bensì «alla individuazione di un *fatto impeditivo* (dell'adempimento), ossia di un fatto [avente carattere di oggettività, sia pure relativa] che, a prescindere dallo sforzo diligente dovuto, e cioè dall'attività dell'obligato, abbia *impedito* al soggetto di adempiere»⁷⁹ : «[l]a diligenza è regola di controllo degli impedimenti sopravvenuti e non direttamente limite della responsabilità debitoria»⁸⁰ . Dunque, essa non è regola di misura dello sforzo strumentale all'adempimento, ma regola di misura dello sforzo funzionale ad evitare che si verifichi un dato impedimento oggettivo che incida (direttamente) sulle possibilità dell'adempimento, rendendolo (definitivamente o temporaneamente) impossibile.

Il discorso deve inevitabilmente *virare*, con la svolta assiologica sottesa alla metodologia dell'argomentazione orientata alle conseguenze, sul terreno della rideterminazione del contenuto dell'obbligo (e del conseguente esonero da responsabilità) e, dunque, dall'impossibilità sopravvenuta (oggettiva, sia pure intesa in termini giuridici e non più essenzialmente naturalistici⁸¹) all'*inesigibilità* della prestazione⁸², idonea, quest'ultima, a reagire sulla condotta del debitore (oltre che, mediante il metro della buona fede, sulla ri-determinazione del contenuto della prestazione), ren-

⁷⁹ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 79-80; già, nello scritto ormai classico, L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss., 280 ss., 366 ss.; nonché ID., *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156 ss.; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, ora in ID., *Scritti*; II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, 294 ss.; una pregevole trattazione in G. ROMANO, *Equilibrio e meritevolezza nel rapporto obbligatorio*, cit., 23 ss.

⁸⁰ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 80 richiamandosi espressamente a L. MENGONI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1091, il quale discute pure di «limite di sacrificio»; nonché ID., *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eu. dir. priv.*, 2012, 119 ss.

⁸¹ In accordo a tutto l'orientamento ormai definitivamente consolidato in dottrina e in giurisprudenza, si da destinarsi alla storia quella vigorosissima disputa (talvolta più costruita che effettivamente verificata nelle linee ricostruttive dei rispettivi autori e, principalmente,) tra G. Osti e L. Mengoni (sulla quale almeno C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, 1 ss.; più di recente, G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1 ss.), poi successivamente rinnovatasi, sull'individuazione della natura dell'impossibilità di cui all'art. 1218 c.c. tra oggettività assoluta e soggettività relativizzante

⁸² Concetto ben noto e magistralmente rappresentato già da N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, 93 ss., il quale, a sua volta, subiva, evidente, l'influenza della dottrina germanica del di fine ottocento e inizio novecento del secolo scorso

dendola, appunto, non-esigibile (sia pure talvolta soltanto *temporaneamente*), fino a giungere alla possibile configurazione di un non-adempimento di *necessità*⁸³. Il tutto in forza di un proficuo passaggio metodologico che dalla *struttura* dell'obbligazione conduce alla regola di *comportamento*, sì come riconfigurato nella lettura⁸⁴ funzionale ed assiologica degli artt. 1218 e 1256 (tra buona fede⁸⁵, abuso del diritto e preminenti valori costituzional-personalistici⁸⁶, là dove altrove andrà a collocarsi la valutazione dell'agire diligente⁸⁷), con un movimento che induce il *debito* ad incidere sulla *responsabilità*. Movimento che, al contrario, le sopraggiunte discipline dell'esdebitazione – con una logica che amplia i profili dell'insolvenza da quella *commerciale* a quella *civile* – si rivelano idonee ad invertire, con una *responsabilità* incidente sul *debito*, riconfigurandolo in funzione estintiva, là dove lo stesso *squilibrio* tra ob-

⁸³ Mutuando qui quanto perspicace dottrina ha ritenuto di poter configurare con riferimento alla crisi economica e finanziaria del 2008: G. Grisi, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, cit., 281 ss., a sua volta influenzata dallo "stato di necessità" prefigurato da N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it., sc. giur.*, XXIII, 1897, 209.

⁸⁴ Ma cfr., le diverse impostazioni di L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., 1077, e A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit., 31 ed ivi nt. 7.

⁸⁵ Alla cui stregua dovrà determinarsi in concreto il contenuto della condotta necessaria, nel caso specifico, al fine della soddisfazione dell'interesse del creditore. La buona fede, pertanto, opererà sul piano della condotta incidendo sul profilo dell'esigibilità o inesigibilità della prestazione (*id est*: del comportamento del debitore). E rimarrà definitivamente distinta dalla diligenza alla quale si ricorrerà allorché sarà oggetto di valutazione il *comportamento del debitore ai fini della determinazione dell'esonero dalla eventuale responsabilità*.

Senza che qui sia utile approfondire la assai complessa e dibattuta controversia in merito alla questione, alla quale sottende una differente impostazione culturale, se la buona fede sia essa stessa fonte originaria per la rilevanza degli interessi personalistici del debitore che sovengono, nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio, a determinare il contenuto concreto della prestazione ovvero se essa sia soltanto una clausola generale di apertura del sistema codicistico al modello della legalità costituzionale, filtrando, nel momento interpretativo-assiologico, i preminenti principi costituzionali di natura personalistica; questione che, come si sarà intuito, evocherebbe, altresì, quella dell'applicazione diretta del principio costituzionali nei rapporti privatistici.

⁸⁶ Lo sottolinea, da tempo, con vigore P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 454, ove si evidenzia come l'innesto nella disciplina dell'obbligazione (preminentemente declinata alla stregua di valori patrimonialistici) dei principi costituzionali sia «la via da seguire per umanizzare e socializzare l'attuazione della disciplina dell'impossibilità della prestazione attribuendole contenuti che si ispirano anziché alla fredda logica della produttività, alla logica del rispetto della dignità e della personalità dei soggetti».

⁸⁷ Inteso qui come criterio alla cui stregua scriminare la responsabilità del debitore e, quindi, operante sul diverso piano di valutazione rispetto a quello riservato alla clausola generale di buona fede.

bligazioni assunte e patrimonio a garanzia dell'adempimento è idoneo a preconstituire un *limite* formale all'adempimento.

Rimane, nondimeno, per il debitore l'onere probatorio (per quanto ridimensionato, nel suo peso, dalla previsione dell'**art. 91 d.l. n. 18/2020** che impone di valutare *sempre*, escludendo peraltro ogni automatismo effettuale, le conseguenze che «le misure di contenimento» possono provocare sul rapporto giuridico e, dunque, sull'accertamento della responsabilità *ex* artt. 1218-1256⁸⁸) di dimostrare il sotteso nesso di causalità. E, tuttavia, questo andrà a specificarsi non tanto⁸⁹ in quello di causalità *materiale* tra l'evento e l'inadempimento – qui inteso (a differenza di quello operativo in ambito extracontrattuale, in termini di causalità efficiente) sotto il diverso profilo dell'imputazione soggettiva dell'inadempimento, la cui registrazione avverrà in ragione delle possibili incidenze che, anche alla stregua della diversa natura della prestazione dedotta in obbligazione, le adottate «misure di contenimento» potranno essere idonee a produrre nell'ambito dell'esecuzione del rapporto obbligatorio, recependo la teoria che nell'oggettività dell'inadempimento individua, *in ogni caso* e di per sé, l'evento dannoso per il creditore – quanto in quello di cd. causalità *giuridica* al fine di governare la relazione tra il verificato non-adempimento (nella sua oggettività, sì come richiede la regola contrattuale) e le possibili conseguenze predisposte dall'ordinamento (risarcimento del danno, esecuzione coattiva, esecuzione in forma specifica, ecc.): «l'impossibilità non imputabile costituisce il limite e non il fondamento (se imputabile) della responsabilità»⁹⁰. Sì che il giudice, in esito alla ponderata e ragionevole valutazione della relazione, *formalmente* istituita, tra «misure di contenimento» e

⁸⁸ La formulazione della disposizione nel riferirsi all'avverbio *sempre* in relazione con l'attività di valutazione dell'autorità giudiziaria potrebbe far sorgere qualche perplessità sull'ambito operativo della medesima. Se cioè essa incida sul piano sostanziale dell'obbligazione, come si è cercato di rappresentare nel testo, ovvero se la medesima abbia una più estesa portata di natura processuale, per indicare una *eccezionale* estensione dei poteri *istruttori* del giudice. Il quale – di là dalla deduzione in giudizio della vicenda dell'emergenza sanitaria ad opera delle parti e dalla domanda di valutare la relazione tra le adottate misure di contenimento e l'eventuale esonero da responsabilità per inadempimento – sarebbe dalla medesima disposizione *autorizzato* (se non addirittura tenuto), in deroga al principio della domanda, a rilevare *ex officio* la possibile divisata relazione, ai fini della decisione del conflitto di interessi sottoposto al suo vaglio.

⁸⁹ Come per vero in ogni rapporto obbligatorio di fonte contrattuale.

⁹⁰ A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 100 ss.

inadempimento (*id est*: responsabilità per), potrebbe: *i*) negare che quelle misure siano state idonee ad incidere nella sfera giuridica del debitore, escludendo la verifica di un'ipotesi di impossibilità (ovvero di una situazione integrante quel sostrato concreto a giustificazione dell'inesigibilità) della prestazione, con la conseguente imputabilità al debitore della responsabilità per l'inadempimento (o per il ritardo di cui all'**art. 1256, comma 2, c.c.**) alla stregua dei comuni (sia pur non sedimentati) criteri ermeneutici; *ii*) accertare, al contrario, che le divise misure di contenimento abbiano integrato quel nesso di causalità giuridica idoneo ad esonerare la condotta del debitore da responsabilità (sia in termini di inadempimento, sia in termini di ritardo); *iii*) ritenere, infine, che le ripetute 'misure' abbiano inciso, ma non in senso esclusivo ed escludente, sulle attività che il debitore deve diligentemente predisporre per l'adempimento, sì da rimettere l'esito del giudizio ad un'ulteriore valutazione complessiva che, e così mutandone il piano di analisi, nella *compensazione economica* rinverrà lo strumento riequilibratore dell'attuazione dimidiata del rapporto giuridico.

5. - Auspici finali.

Parrebbero essere divenuti maturi i tempi per «l'avvio di una riflessione serena e soprattutto liberata da preconcetti» ⁹¹ che consenta di accedere ad una dimensione del vincolo obbligatorio in cui il medesimo, dismettendo le rigidità economico-patrimonialistiche, potrà schiudersi alle dinamiche, flessibili e virtuose, della ri-considerazione delle sopravvenienze non patrimoniali incidenti nella sfera giuridica del debitore, con una sensibilizzazione ad una rinnovata cultura dell'«adattamento» (ora imposta dalla grave situazione di emergenza pandemica mondiale), riconfigurandolo – con una tendenza che vorrebbe sopravvivere alla sua stessa causa originante – quale «luogo in cui i doveri di solidarietà devono prevalere su ogni altro interesse» ⁹². Il medesimo andrà collocato in un più ampio

⁹¹ M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, cit., 5.

⁹² A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., 8.

orizzonte d'intesa nel quale «il diritto [si faccia] vivente»⁹³ e vigente⁹⁴, ricorrendo all'impegno di ogni interprete che, nel rispettivo campo di operatività, offra⁹⁵ «il suo contributo alla costruzione di un diritto dei contratti più solidale, e, in qualche modo, più rispondente all'idea di democrazia oggi maggiormente condivisa», senza percióché perdere di vista il momento fondativo di ogni rapporto giuridico che nella *ruvidità* del contrasto tra interessi (*melius*: tra le figure di qualificazione giuridica che li recepiscono), più che nella *rugiadosità* dell'armonia tra essi, ripone il principale criterio alla cui stregua svolgere ogni ulteriore valutazione. Si accetti allora la sfida più grande: non c'è tempo da perdere. L'Umanità intera – «nel salto d'epoca da una società del '900 dai mezzi scarsi con fini certi ad una società con mezzi sempre più potenti [eppure non infiniti come, invece, vorrebbe ipotizzare la cultura della tecnica quale volontà di potenza], ma con fini totalmente incerti»⁹⁶ – si renda avvertita della consapevolezza che mai come oggi l'*io* dipende dal *noi* ed il tutto dipende da ciascuno (come *Persona*, non come individuo). Senza che alcuna *distanza*⁹⁷ (pure imposta nella *fisicità* dalle odierne contingenze) potrà impedire di apprendere la necessità di una rinnovata consapevolezza di un'ambizione al futuro (che *solo* ci attende, perché *già* esiste), di una proficua riscoperta *per e dell'essenziale* con una sovveniente «memoria del limite»⁹⁸, rinviano a quella 'circularità esistenziale' che non può più attendere di essere collocata tra i Valori fondativi della comunità mondiale (e primariamente dell'Europa⁹⁹), nella generale chiamata alla responsa-

⁹³ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustizia-civile.com*, 17 marzo 2020, 1 ss., spec. 7-8, anche per il successivo virgolettato.

⁹⁴ Sul punto illuminante la lettura di M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagirisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010, *passim*.

⁹⁵ L. RAISER, *Il compito e la responsabilità del giurista nella società*, in ID., *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 195 ss.

⁹⁶ A. BONOMI, *La vita nuda rivela di quale comunità abbiamo bisogno*, cit., 15.

⁹⁷ Unendoci così all'accorato appello di M. PACIONI, *La scelta di vivere o sopravvivere in tempo di pandemia*, in *Il Manifesto*, 8 aprile 2020, 11.

⁹⁸ Come suggestivamente di ricorda L. MANICARDI, *Memoria del limite. La condizione umana nella società postmortale*, Milano, 2011, *passim*.

⁹⁹ Estremamente allarmanti le riflessioni che al riguardo sollecita la lettura dell'appassionata pagina di M. CACCIARI, *De profundis Europa*, in *www.libertaegiustizia.it*, 2 aprile 2020; M. VOLPI, *Gli effetti del coronavirus e lo stato di emergenza*, cit.

bilità virtuosa e militante, fondativa di una rigeneratrice “Costituzione della Terra”¹⁰⁰.

Si conseguirebbe, per tale via, l'*Immunitas* (che, letteralmente, è assenza di vincoli) nella coltivazione della *Communitas*¹⁰¹ (che, letteralmente, è condivisione di oneri).

¹⁰⁰ Evidente il riferimento al contributo «*Perché la storia continui*». Appello per una Costituzione della Terra, a firma di R. LA VALLE-L. FARRAJOLI-V. ONIDA-R. NOGARO-MADDALENA-M. GUGLIELMI-R. PETRELLA e altri, in *Il Manifesto*, 27 dicembre 2019.

¹⁰¹ Le espressioni sono prese in prestito da A. BONOMI, *La vita nuda rivela di quale comunità abbiamo bisogno*, cit., 15.

33.

Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus

1. - Mali e rimedi nell'economia dell'emergenza.

Neppure la medicina più potente cura i mali per cui non è adatta. Per questo mi pare utile una messa a fuoco, nella prospettiva di un civilista, dei mali e dei rimedi dei contratti d'impresa al tempo del coronavirus. Perché come sempre una buona diagnosi è la condizione di un'efficace terapia. E perché rimedi in sé buoni, applicati a mali per cui non sono appropriati, potrebbero dare pesanti effetti collaterali.

L'epidemia in corso sta certamente arrecando grandi mali – oltre che naturalmente alla salute – all'economia. E le stesse misure restrittive, più che giustamente adottate, alla medaglia della difesa dal contagio aggiungono il rovescio del blocco di tantissime attività. Tutti siamo coscienti che quando l'epidemia avrà smesso di fare vittime potrebbe iniziare a farne l'economia. Di qui la necessità di venire in soccorso delle imprese in difficoltà, in nome della solidarietà. Ma dal punto di vista del diritto civile il problema è che ogni soccorso interpretativo o propositivo alle imprese per le difficoltà generate dalle circostanze rischia di aprire conflitti con opposte esigenze, che possono essere egualmente legittime. Non che questo sia l'unico problema economico innescato dalla pandemia, e forse neppure il maggiore (di questo dirò qualcosa in conclusione). Ma è il problema che un civilista si sente di affrontare, nella speranza di contribuire ad appianarlo.

Vanno allora attentamente considerate le diverse fattispecie che nella prassi si profilano. Fattispecie tutte riconducibili alle ripercussioni che la sopravvenienza delle circostanze eccezionali che stiamo vivendo avranno sui rapporti contrattuali. Ma anche molto diverse, sicché i problemi che

pongono le une possono risultare del tutto differenti da quelli posti dalle altre. E quindi diverse le soluzioni.

A questi mali la civilistica italiana generosamente sta cercando di trovare rimedi¹. Da un lato si cerca in una interpretazione affinata delle leggi che abbiamo, e nei principi che le governano, il giusto criterio di composizione di quei conflitti. Lo sguardo della dottrina si volge principalmente alle regole sulle sopravvenienze, in termini di impossibilità o in termini di onerosità, delle prestazioni contrattuali. Dall'altro si propongono integrazioni del dettato legale che, tenendo conto delle specificità dei casi, potenzino la risposta del diritto alle asperità del fatto. A questo scopo tiene il campo il ricorso alla rinegoziazione.

Di questo, qui, ho poco da dire. Posso solo apprezzare lo sforzo ricostruttivo e propositivo che si viene compiendo con grande acutezza. E – se mi è permesso dirlo – segnalare che l'associazione Civilisti Italiani (che in questo momento ho l'onore di presiedere) sta incoraggiando questi sforzi ed ha perciò chiamato a raccolta tutti i suoi soci perché contribuiscano a indicare, interpretativamente o propositivamente, i modi del miglior go-

¹ V. in questa rivista, nel volume *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020: F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*, p. 207 ss.; S. VERZONI, *Gli effetti sui contratti in corso dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, p. 213 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, p. 227 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, p. 233 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, p. 237 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, p. 253 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, p. 259 ss.

V. poi sempre in questa rivista: R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, (17/04/2020); C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, (15/04/2020); L. SALVATO, *Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19)*, (16/04/2020); D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, (10/04/2020); A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, (03/04/2020); M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Giustiziacivile.com* (02/04/2020); F. FIMMANÒ, *Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, (26/03/2020); A. PANZAROLA-M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, (18/03/2020) R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, (09/04/2020); Dipartimento Diritto privato e Giudiziale. Studio Bonelli Erede, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*.

V. inoltre G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, p. 3 ss.; A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Diritto bancario.com*, 2020.

verno giuridico delle evenienze in corso. Mi limito ad osservare che il problema ha due facce: il generale rallentamento delle attività economiche determinato dalla pandemia, e il *factum principis* (cioè i provvedimenti emergenziali restrittivi di cui ho accennato) che ha disposto (ripeto: a giusta ragione e per interessi superiori) il blocco anche formale di certe attività.

Di qui l'impossibilità almeno temporanea di quelle prestazioni dedotte in contratto che trovano *diritto* ostacolo nei decreti dell'emergenza, e più in generale possibili aspetti di accresciuta onerosità di prestazioni ancora possibili in sé ma rese più gravose dalla situazione generale.

Di qui oltre ai rimedi che il codice civile già reca per le sopravvenienze, la proposta – che condivido – di contemperare istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose attraverso una nuova disciplina della rinegoziazione ².

Va poi da sé che occorra studiare attentamente gli effetti che talune disposizioni contenute nei decreti emergenziali in corso di conversione potranno avere sulla casistica ³.

Fermo questo, vorrei in queste pagine segnalare ed approfondire un caso un po' diverso da quelli finora prevalentemente considerati dalla letteratura recente. Un caso che però anche grazie alla mia esperienza di avvocato mi risulta molto diffuso, non solo nel nostro Paese; e che come produce nei fatti grande stress agli operatori economici, specialmente di piccole dimensioni, così solleva non semplici problemi di inquadramento giuridico. Esso prospetta esigenze molto gravi, perché da un lato la sua diffu-

² Che la rinegoziazione sia il modo migliore di fronteggiare le sopravvenienze impreviste è opinione diffusa in dottrina: cfr. R. SACCO, in R. SACCO-G. De NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1708 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 774 ss.; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

È però un fatto che la figura soffre del rischio di atteggiamenti opportunistici, e che il solo richiamo al canone di buona fede per reprimerli è un po' poco e molto vago (A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 701 ss.).

³ Ovviamente si segnala in particolare la disposizione dell' art. 91 del dl 17 marzo 2020, n. 18, con la quale si è statuito che il rispetto delle misure di contenimento rilevi ai fini dell'esclusione per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. della responsabilità del debitore.

sione rischia di affossare le sorti economiche di miriadi di operatori e dunque postula con urgenza un correttivo, ma dall'altro non è facile trovare quel correttivo senza pregiudicare interessi altrettanto legittimi delle controparti ed interessi generali del mercato. Passo dunque ad esaminarlo.

2. - Il problema delle prestazioni contrattuali che non sono direttamente incise dai provvedimenti restrittivi ma ne risentono di riflesso di questi e della crisi.

Una pluralità di soggetti sta incorrendo in pesanti difficoltà economiche in relazione all'adempimento di debiti contrattuali. Ma non, o non solo, in relazione alle prestazioni direttamente vietate dalle misure di contenimento (si pensi a tutte le attività dirette al pubblico che per ragioni sanitarie sono temporaneamente inibite) per le quali vanno invocati adattandoli al caso principi tradizionali ed emergenziali sull'impossibilità. Né in relazione alle prestazioni di fornitura di merci o servizi rese molto più difficoltose dalle attuali condizioni degli scambi (si pensi al rallentamento transfrontaliero in corso, alla riduzione della produzione e quindi dei rifornimenti, con aumenti dei costi e dei prezzi, e simili) per le quali vanno considerati adattandoli al caso i principi sull'onerosità di quelle prestazioni. Bensì in relazione a debiti contrattuali *pecuniari*, per definizione non impossibili, e in quanto nominalmente invariati e di valore inalterato non più onerosi. Però connessi alle prestazioni vietate dai decreti sull'emergenza, e comunque esposti ai negativi effetti economici di questa.

Esemplificativamente si pensi, in un cerchio più stretto, ai debiti che imprenditori la cui attività d'impresa rientra tra quelle temporaneamente vietate, hanno a titolo di corrispettivo verso i locatori dei locali dell'impresa ⁴, verso i fornitori, verso i dipendenti ⁵, verso professionisti che li

⁴ Su ciò V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., p. 233 ss.; Dipartimento Diritto privato e Giudiziale. Studio Bonelli Erede, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, cit, nel § 3.

⁵ Qui va ricordato il giustissimo blocco temporaneo dei licenziamenti che non siano per giusta causa ora disposto dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. Cura Italia), art. 46: (*Sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti*) «1. A decorrere dalla entrata in vigore del presente decreto, l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge n. 223/1991 è

assistono, e simili ⁶. In un cerchio più largo, si pensi agli stessi debiti di imprenditori non formalmente bloccati dalle misure di contenimento ma di fatto soggetti al crollo dell'attività in conseguenza dell'inceppamento generale che sta subendo il mercato.

Tutti questi imprenditori, almeno in molti casi, per il venir meno per ragioni legali o per ragioni materiali della loro attività, stanno subendo anche il venir meno dei flussi di cassa. Spesso non dispongono di riserve pecuniarie sufficienti. E si chiedono se debbano fronteggiare, e subito, le loro obbligazioni per locali di cui continuano a godere ma che non possono utilizzare proficuamente, per prestazioni lavorative che non possono sfruttare o non appieno, per forniture ricevute o ricevibili che però ora non possono impiegare, per servizi di cui al momento non possono usufruire. O se possano invocare in nome del tanto sbandierato principio di solidarietà una sospensione, riduzione, postergazione delle obbligazioni pecuniarie che ora non sono materialmente in grado di adempiere.

Una soluzione va trovata. Ma – io penso – senza forzature, rispettando le controparti, e con lo sguardo all'economia in generale.

3. - Impossibilità dei corrispettivi?

Posso sbagliare, ovviamente; ma a me sembra – e mi preoccupa perché il problema è grave e serio – che la risposta dell'attuale diritto *dei contratti* all'esigenza segnalata sia necessariamente e rigorosamente negativa ⁷, anche rileggendolo alla luce del principio di solidarietà, anche vivificandolo attraverso la clausola di buona fede. Spiego perché. Più oltre dirò come

precluso per 60 giorni e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti successivamente alla data del 23 febbraio 2020. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/1966».

⁶ Discorso a parte va fatto per i debiti verso i finanziatori: qui, come preciso oltre (nt. 19.) la sospensione è già operante grazie a disposizioni dell'emergenza.

⁷ *Contra*, almeno per le locazioni, Dipartimento Diritto privato e Giudiziale. Studio Bonelli Erede, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, cit, nel § 3, ove sono indicati tanti rimedi (impossibilità parziale, irrealizzabilità della causa, esecuzione non in buona fede nel caso di pretesa di adempimento, riduzione del corrispettivo in via di applicazione analogica dell' art. 1584, 1° comma, c.c.) che mi riesce difficile comprendere quale sia la costruzione della fattispecie effettivamente scelta. Non trovo poi nel saggio alcuna considerazione degli interessi della controparte, se non il richiamo alla solidarietà.

forse si potrebbe venirne a capo, ma a livello propositivo e non interpretativo.

Per quelle obbligazioni pecuniarie non mi pare invocabile alcuna impossibilità. Il blocco formale recato dai decreti colpisce infatti l'attività e le sole prestazioni che la esplicano. Non le *altre* obbligazioni *ex contractu* dell'imprenditore. È se mai l'interruzione dei flussi di cassa delle imprese la cui attività è temporaneamente inibita che fa sorgere il problema. Parlare di impossibilità (o, come vedremo, di onerosità) è per i corrispettivi fuori luogo ⁸. Basti dire che per molti imprenditori in difficoltà di cassa a pagare, ce ne sono altrettanti, anche bloccati dai decreti, che più forniti di liquidità o avendo predisposto un piano finanziario, continuano a pagare locazioni, forniture, servizi: e allora dov'è l'impossibilità? Del resto, se per il solo fatto dell'emergenza e/o del *factum principis* fosse giusto ritenere sopravvenuta l'impossibilità dell'adempimento, allora i corrispettivi delle locazioni, delle forniture, dei servizi, non dovrebbe più pagarli nessuno (e non solo gli imprenditori in difficoltà) perché l'emergenza epidemologica c'è per tutti ⁹.

388

La questione può però essere riproposta da un altro punto di vista. Ci si può chiedere se l'impossibilità della prestazione ora vietata dalle misure di contenimento *si rifletta in base al diritto dei contratti sulle altre prestazioni*, e come. Ma a stabilire questa ripercussione non basta – secondo me – invocare semplicisticamente e pietisticamente solidarietà e buona fede: la retorica non supplisce la logica. Tuttavia, qualcuno ha offerto argomenti più elaborati per asseverare tecnicamente quella ripercussione. Vediamo allora le costruzioni attraverso le quali si cerca di fondarla.

⁸ Non è perciò a mio avviso rilevante ai fini del debito del corrispettivo per locazioni, forniture, servizi, il disposto dell' art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, laddove dispone che il rispetto delle misure di contenimento rileva ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. Il rispetto delle misure di contenimento non impedisce affatto di pagare la locazione, le forniture, i servizi.

Né opera l'art. 3 della l. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, perché esso giustifica il ritardo nel pagamento giustificato da impossibilità, e qui – lo ripeto – il rispetto delle misure di contenimento non impedisce affatto di pagare la locazione, le forniture, i servizi.

⁹ Osservo incidentalmente che lo stesso legislatore dell'emergenza, concedendo crediti d'imposta per esborsi degli imprenditori la cui attività è stata inibita a tutela della salute pubblica, ha mostrato di dare per scontato che quegli esborsi non vengano giuridicamente meno in dipendenza dell'emergenza.

Come spesso, si cerca di far ricorso alla causa. Ma mi pare inappropriato per questi fini fare appello alla causa del contratto: lo svolgimento utile dell'attività di impresa *non* è certo il diretto scopo, la causa, della locazione dei locali dell'impresa, o delle forniture all'impresa, o dei servizi all'impresa¹⁰: è solo il motivo per cui vengono conclusi dall'imprenditore, motivo certo noto ma del tutto estraneo agli scopi della controparte, e come tale assolutamente inidoneo ad assurgere al livello di 'causa in concreto', che per quanto la si dilati deve esprimere qualcosa di comune e non qualcosa che resta nella sfera di rischio (o profitto, secondo i casi) di uno. Per sostenere il contrario, appellandosi alla solidarietà (purtroppo a volte in maniera facilona) bisognerebbe far entrare l'impresa, con i suoi rischi, nella causa del contratto di locazione, di fornitura, di servizio. Ma allora dovrebbe entrarvi per intero, nel bene e non solo nel male. Nessuno però ritiene che il locatore, il fornitore, il professionista, siccome in base

¹⁰ Trovo del tutto incongruo richiamare, per estenderla alla sospensione o riduzione del canone, o al pagamento di forniture e servizi, quella giurisprudenza (Cass. 29 marzo 2019, n. 8766, in *Corr. Giur.*, 2019, 5, p. 717 con nota di V. Carbone, a proposito della rappresentazione di un'opera lirica all'aperto che, pur dopo l'esecuzione del solo primo atto, era stata interrotta a causa di gravi avverse condizioni atmosferiche. Nella sentenza si afferma che «l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta inutilizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione». Negli stessi termini Cass. 10 luglio 2018, n. 18047 in *Guida al diritto*, 2018, 32, 35, e in *Diritto & Giustizia*, 2018, 11 luglio, nonché Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 1, p. 29, con nota di F. PAROLA, e in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 5, 1, p. 542, con nota di S. NARDI, e in *Corr. giur.*, 2008, 7, p. 921, con nota di F. ROLFI, e in *I Contratti*, 2008, 5, p. 491, con nota di C. ROMEO, in tema di pacchetti turistici) che dalla sopravvenuta ed incolpevole impossibilità di piena utilizzazione della prestazione deriva la facoltà di risoluzione del contratto. Chi volesse derivarne un principio per il caso in esame non dovrebbe trascurare: a) che con la risoluzione la parte torna sul mercato e non soffre pregiudizio mentre con la sospensione o riduzione patisce danno; b) che in quei casi l'impossibilità colpisce bilateralmente (una parte non può eseguire e l'altra fruire appieno), mentre qui una parte può eseguire ma l'altra non può fruire appieno; c) che in quei casi non vi era alcuna fruizione mentre in quelli in esame l'imprenditore continua ad occupare i locali, ha ricevuto o riceve le forniture o i servizi; d) che assistere ad uno spettacolo o fare un viaggio non sono attività cui sia intrinseco un rischio economico, mentre esercitare l'impresa lo è.

L'avvertenza a non ricorrere alla causa in concreto per trasformare un elemento genetico dell'atto in un elemento funzionale, nel quadro della sopravvenuta impossibilità, è in E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 151 ss., p. 167.

alla causa in concreto dovrebbero *ex lege* partecipare ai rischi, possano richiedere di partecipare ai profitti. Una solidarietà a senso unico!

Né – penso – si possa qui supporre, in mancanza di un diretto scopo comune, almeno una presupposizione (‘si intende che pagherò i miei locatori, i fornitori, i servizi, se e finché potrò svolgere l’attività’).

Primo perché questo preteso presupposto non è certo implicito nel consenso della controparte: questa, che non ha mai inteso concorrere nel rischio d’impresa, troverebbe del tutto ingiusto visto che continua a fornire all’impresa il godimento dei locali, o le merci, o i servizi, non ricevere il corrispettivo solo perché il conduttore non si è premunito di riserve finanziarie per i tempi difficili. Il rischio d’impresa ricade giustamente su chi ha il potere di gestirla e quindi di governare quel rischio (per esempio assicurandosi, o predisponendo riserve, e simili). Non si può chiedere alle controparti dell’imprenditore di condividere il rischio come base presupposta del contratto, visto che certo non condividono alcun potere gestorio. E allora i corrispettivi non cessano di essere dovuti solo perché la liquidità manca e i mezzi per surrogarla non sono stati predisposti.

390

Secondo perché la presupposizione opera per prestazioni di cui la parte *non* fruisce (del tipo: l’incoronazione è annullata e il contraente non va ad occupare il balcone per guardare il corteo), e qui invece l’imprenditore fruisce dei locali, delle forniture, dei servizi, anche se non del tutto utilmente. È vero che l’interesse del creditore – che si assume compromesso dal non poter utilizzare – è elemento del rapporto obbligatorio. Ma la giurisprudenza che ravvisa nel suo venir meno per non fruibilità di una prestazione una impossibilità, cancella la prestazione cui non si ha interesse, non il suo corrispettivo. Il corrispettivo cade solo perché cade il contratto. Qui invece si vorrebbe cancellare o almeno sospendere il corrispettivo senza cancellare la prestazione. Mi sembrerebbe però assurda la pretesa dell’imprenditore che continuando ad occupare, o a ricevere forniture o servizi, sostenesse di non dover pagare perché in conseguenza di un fatto esterno alle parti non ha interesse perché non gli è possibile l’utile fruizione ¹¹. Inoltre è discutibile se l’interesse dell’impresa momentanea-

¹¹ Con riferimento al caso delle locazioni qualcuno ha sostenuto che l’utilità dell’immobile a fini produttivi sia una presupposizione della locazione e che se l’attività diviene impossibile

mente inattiva alle prestazioni qui venga meno; è certo solo che essa ha interesse a sospendere i relativi corrispettivi. Infine, il rischio attiene all'attività di impresa ed al pericolo per la salute *ad essa* connesso, non certo all'immobile¹², o alla fornitura, o al servizio.

Inoltre, per definizione l'obbligazione pecuniaria non è mai impossibile¹³. Ed effettivamente qui non c'è materiale o giuridica *oggettiva* impossibilità

l'immobile perda la qualità promessa, sicché la conseguenza ricada nella sfera di rischio del locatore. L'argomento non mi sembra corretto. In realtà per il *factum principis* che vieta le attività socialmente pericolose non è l'immobile che diventa inadatto ma l'attività che vi si svolge, e questo ricade nella sfera di rischio dell'imprenditore-conduttore.

¹² L'art. 1575, n.2, c.c. obbliga il locatore a mantenere la cosa in stato di servire all'uso, ma non lo rende responsabile della impossibilità dell'uso per cause esterne incidenti sull'attività del conduttore. Altrimenti il conduttore che (per esempio) non potesse proseguire l'attività per provvedimento dell'autorità (si può fare il caso di uno stabilimento balneare su cui si abbatta un divieto di balneazione per ragioni igienico-sanitarie) potrebbe conservare l'immobile ma non pagare il canone.

¹³ La giurisprudenza è costante nel ritenere non configurabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione che abbia ad oggetto una somma di danaro, in virtù del principio secondo cui *genus nunquam perit*: Cass., 30 aprile 2012, n. 6594, in *Giust. civ.*, 2013, 9, I, p. 1873: «L'impossibilità sopravvenuta della prestazione produce gli effetti estintivi o dilatori anzi detti se deriva da una causa avente natura esterna e carattere imprevedibile e imprevenibile secondo la diligenza media, fermo restando che l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di danaro»; Cass. 16 marzo 1987, n. 2691, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1209 ss., con nota di G. VALCAVI, e in *Banca, borsa tit. cred.*, 1988, II, p. 583 ss., con nota di B. INZITARI; Cass. 17 giugno 1980, n. 3844, in *Arch. civ.*, 1980, p. 905

Anche la dottrina, tradizionalmente, esclude che la regola dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile possa trovare applicazione con riferimento al debitore pecuniario: cfr. G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, p. 24; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*³, Milano, 1975, p. 299 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1979, p. 80 ss.; N. Distaso, voce *Somma di danaro (Debito di)*, in *Nov. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 869; B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile* A. Scialoja-G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 2011, p. 13.

Nella letteratura tedesca, in termini non dissimili K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. I Band - Allgemeiner Teil*⁴, I, München, 1987, p. 167.

In giurisprudenza cfr. Cass., 14 aprile 1975, n. 1409, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 1820 ss.; in precedenza, Cass., 15 luglio 1968, n. 2555, in *Mass. Giust. civ.*, 1968, p. 1318; Cass., 25 maggio 1965, n. 1020, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1070 ss., secondo la quale «l'impossibilità della prestazione di cui agli artt. 1218, 1256, 1307 c.c., derivante da causa giuridica o naturale, comprensiva anche del fatto del terzo, deve avere l'imprescindibile carattere della obiettività, ossia riguardare la prestazione e non essere determinata da cause inerenti alla persona del debitore, od alla sua economia (impotenza economica)».

ma solo *soggettiva* impossibilità¹⁴, derivante dall'interruzione dei flussi di cassa.

¹⁴ Sull'irrelevanza della condizione soggettiva di impotenza finanziaria del debitore e della causa, pur anche a questi non imputabile, che l'abbia determinata (su cui v. *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, n. 571: «non può, agli effetti liberatori, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti alla persona del debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta») cfr. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 175. La dottrina è concorde nel ritenere che l'eventuale crisi di liquidità del debitore sia un rischio posto a carico dello stesso, anche laddove derivi dall'altrui insolvenza o da una crisi di mercato, in quanto rientranti nella sua sfera organizzativa individuale che egli, in piena libertà e secondo diligenza, è tenuto a gestire al meglio al fine di onorare i debiti assunti (in arg. G. SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Art. 1256*, in *Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, a cura di V. CUFFARO, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, p. 672 ss., spec. pp. 677-678; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1979, p. 103; P. TRIMARCHI, *Incentivo e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 351-352; L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, pp. 426-427; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999, p. 57). Per A. DI MAJO, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 222 ss. «il problema reale (posto dall'inadempimento di debito di danaro) non è quello della possibilità e/o impossibilità (imputabile e/o inimputabile, che sia, a sua volta, quest'ultima) della prestazione dovuta, secondo lo schema comune delle obbligazioni di cose, ma quello, semmai, della "insufficienza" del patrimonio del debitore e cioè dei mezzi di pagamento a sua disposizione per far fronte ai debiti assunti. Il problema dunque è più a monte e riguarda la fonte dei "mezzi di pagamento". L'affermazione dunque della incondizionata responsabilità del debitore di danaro per il mancato (o ritardato) pagamento del debito si converte facilmente in quella della irrilevanza, dal punto di vista giuridico, della "impotenza finanziaria" del debitore. Un tale principio di «irrilevanza» è indirettamente presupposto (e non sancito) nella regola, pertinente alla normativa sulla responsabilità, alla stregua della quale la responsabilità patrimoniale del debitore è "illimitata", sia dal punto di vista dell'oggetto come della sua "permanenza" nel tempo. Tanto val dire che la responsabilità del debitore acquista carattere di «permanenza» sino al momento in cui non saranno soddisfatte le ragioni creditorie». Sul tema, di recente, anche T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2011, p. 133 ss., secondo il quale «la non ammissibilità (o meglio, l'irrilevanza) della prova dell'impotenza finanziaria in funzione di liberazione del debito pecuniario trova corretta collocazione nella cornice delle regole che tengono in conto la peculiare natura del bene-denaro: e tra queste v'è senz'altro[...] in primis l'art. 2740 c.c.». L'Autore, inoltre, chiarisce che negli effetti di tale ultima norma «risultano "assorbiti" anche quelli derivanti della regola *genus nunquam perit*, cui pure la giurisprudenza fa sovente ricorso».

In giurisprudenza Cass. 15 novembre 2013, n. 25777, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 5 febbraio (o in *De Jure*): «Giova rammentare che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., estingue l'obbligazione, è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e non si identifica, pertanto, con una semplice difficoltà di adempiere (cfr. Cass. 7-2-1979 n. 845), e cioè con una qualsiasi causa che renda più oneroso l'adempimento (Cass. 14-4-1975 n. 1409), ma consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l'adempimento; il che, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di denaro»; Cass., 11 giugno 2014, n. 13224, in *De Jure*: «[...] la giurisprudenza di questa Corte, che qui si condivide, è costante nel ritenere che l'impossibilità sopravvenuta che libera dall'obbligazione (se definitiva) o che esonera da responsabilità per il ritardo (se temporanea), deve essere

Né infine il rallentamento generale del mercato è impossibilità: rientra nel rischio di impresa e come tale non rileva nell'ottica degli artt. 1463 ss. c.c. (vedremo tra poco se rientra in un caso di sopravvenuta onerosità). Impossibilità è il *factum principis* ma è da vedere, scartate le proposte costruttive appena rassegnate, e le troppo generiche invocazioni di principi, in quali forme concrete e da chi sia dovuta solidarietà per le prestazioni che direttamente *non* ne sono toccate. Ne riparlerò.

Insomma: l'impossibilità qui non è mai *sic et simpliciter* la risposta. È solo uno dei fattori alla cui luce darla (ma, come vedremo, in un altro contesto).

4. - Eccessiva onerosità dei corrispettivi?

Né per quelle obbligazioni pecuniarie è invocabile a mio avviso una sopravvenuta eccessiva onerosità. È vero che la pandemia e le relative misure di contenimento sono un evento eccezionale ed imprevedibile. Ma manca proprio l'onerosità nel senso dell'art. 1467 c.c.¹⁵.

Questa richiede una oggettiva esplosione del valore e un aggravio del costo della prestazione da adempiere. Qui invece il canone locativo, il prezzo delle forniture o dei servizi, restano invariati, sia nominalmente, sia nel valore; anche se nelle condizioni sopravvenute divengono – ma in altro senso – molto più ‘onerosi’ per l'impresa debitrice.

obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata e deve consistere non in una mera difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso, (cfr. ex pluribus, Cass. nn. 15073/09, 9645/04, 8294/90, 5653/90 e 252/53); l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva, alla stregua del principio secondo cui genus nunquam perit, può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato e non già una somma di denaro».

¹⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 422, e ID., *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 420, secondo cui la risoluzione per eccessiva onerosità è il rimedio previsto dalla legge nelle ipotesi di alterazione dei «presupposti oggettivi generali» del contratto, cioè delle «condizioni di mercato e della vita sociale che incidono sull'economia del contratto». Si veda inoltre P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 237, che osserva che la causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta deve rivestire il carattere della generalità, in base al quale non è sufficiente una mera difficoltà manifestatasi esclusivamente nella sfera del singolo debitore, ma una causa operante presso qualsiasi debitore che determini una modificazione del valore di mercato della prestazione (si pensi, ad esempio, ai fenomeni di inflazione, ai provvedimenti di svalutazione o rivalutazione della moneta, allo scoppio di una guerra). In giurisprudenza, si veda Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, p. 1177 ss., con nota di AZZARRI; in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1134 ss., con nota di PENNA-ZIO; e in *Giur. it.*, 2008, p. 326 ss.

Anche l'utilità della prestazione ricevuta (il godimento dei locali, la fornitura delle merci e servizi) è invariata: potrà essere scemata agli occhi di quell'imprenditore che al momento non può sfruttarla appieno. Ma il suo valore sul mercato è immutato.

Inoltre, le relative disposizioni del codice operano per gli eventi eccezionali ed imprevedibili nel senso della risoluzione, non della riduzione o sospensione; e riservano alla controparte la scelta di modificare le condizioni contrattuali. C'è una *ratio*: sciogliendo il contratto ciascuno può tornare sul mercato, a meno che la parte favorita (ma qui il locatore non è affatto favorito: riceve esattamente lo stesso valore di prima) abbia interesse a proseguire riproporzionando.

Infine, c'è da osservare che, a tutto concedere, l'applicazione delle regole sull'onerosità, come anche sull'impossibilità, sopravvenute, porterebbe ad un risultato incongruo: esse infatti cancellerebbero il debito del corrispettivo. Ma questo non si attaglia affatto ad un godimento dei locali che bene o male continua, a forniture e servizi che se anche non sfruttati oggi lo saranno domani. Sia che si muova dalla temporanea difficoltà di cassa, sia che si muova dalla temporanea inutilità delle altrui prestazioni, il rimedio appropriato *non* è l'eliminazione, ma la postergazione o riduzione del debito del corrispettivo. Che però non è l'effetto dell'impossibilità o dell'onerosità.

Un'ulteriore riprova della inattitudine del rimedio.

5. - Un profilo assiologico ed uno macroeconomico.

Ma non sono solo argomenti di tecnica giuridica a sconsigliare il ricorso a strumenti come le norme sull'impossibilità e l'onerosità. Anzi, nella mia prospettiva questi sono il meno. Sono conscio che le mie considerazioni indurranno gli indifferenti al problema a liquidarle come inutili (di ciò dopo), e i sensibili al problema a trattarmi da vieto formalista sordo al valore della buona fede e della solidarietà. Allora – rinviato il primo aspetto – trattiamo di questo.

A prima vista può sembrare generoso invocare la clausola di buona fede e il principio di solidarietà per slargare le regole su impossibilità e onerosità fino ad estenderle per riflesso a prestazioni che – se quanto ho detto è

giusto – per sé impossibili o eccessivamente onerose non sono ma certo sono divenute pesanti. A ben vedere invece non è solo teoricamente improprio, è anche in molti casi *ingiusto*, e sempre pragmaticamente *controproducente*.

È in molti casi ingiusto. Supponiamo di concludere che il creditore dei corrispettivi per buona fede nel rapporto e per solidarietà debba sopportare sospensioni, riduzioni, postergazioni. Mi domando: e se (per esemplificare) il locatore non è un grosso imprenditore immobiliare ¹⁶ ma un privato per il quale il reddito del canone concorre agli strumenti di sussistenza? E se il fornitore o il professionista privato degli introiti di prestazioni fornite cade nella stessa crisi di liquidità da cui si vorrebbe salvare l'imprenditore suo debitore? Si dimentica spesso che la solidarietà è bilaterale. E che dall'altro lato possono stare esigenze di egual peso. Dipende dai casi. Ma si può distinguere così analiticamente? Forse sì. Vedremo come. Ma comunque distinguere bisogna, perché la solidarietà se è una cosa seria non guarda solo da un lato.

Ma non è tutto: manipolare le obbligazioni dell'imprenditore in nome della solidarietà e della buona fede è pragmaticamente controproducente. Il ricorso all'onerosità o impossibilità è improvvido non solo sul piano del singolo rapporto ma anche in termini di politica del diritto ¹⁷. Qual è infatti l'effetto generale? Che a catena il (falso) rimedio che solleva dai suoi debiti l'imprenditore bloccato dai decreti o almeno dalla crisi, nuocerà alle sue controparti, che così cadranno in eguali difficoltà e vorranno bloccare i loro debiti, e così via. Insomma: per risolvere un problema nato dal blocco dell'economia bloccheremo definitivamente l'economia.

Non sono un economista ma mi pare evidente che il rimedio giuridico debba essere di segno esattamente contrario: non si cura la paralisi con le manette. È vero che questo è un profilo macroeconomico, mentre qui discuto un problema microeconomico. Ma un po' di coerenza tra i due ci vuole. Ci tornerò.

¹⁶ Il quale, comunque, a fronte dell'eventuale inadempimento in serie dei conduttori (si pensi ad un centro commerciale che loca gli spazi a piccole imprese di rivendita al dettaglio finite tutte in difficoltà) finirebbe per cadere in una situazione finanziaria insostenibile.

¹⁷ Si ricordi che se lo colleghiamo all'utile fruizione deve per coerenza operare nei confronti di tutti gli imprenditori, e non solo di quelli in difficoltà di cassa.

6. - Diritto dei contratti e diritto della crisi.

In sintesi: quei rimedi, preziosi in altri casi, qui sono del tutto incongrui. Come tali non efficaci: non solo regolano problemi diversi, ma se usati condurrebbero ad effetti perversi. E si spiega: sono rimedi a ‘vizi’ (sia pur esogeni) del contratto. Qui invece non c’è alcun ‘vizio’ *del contratto*. C’è un ‘vizio’ *del mercato*, nei termini di una crisi generalizzata dell’impresa per il blocco *ex lege* o per il fermo dell’economia. Ma il diritto di parte generale del contratto benché rimedio potente è impotente contro i vizi del mercato e la crisi d’impresa¹⁸. Se ammettiamo la rilevanza del problema occorre guardare altrove.

Potremmo però non ammettere la rilevanza del problema. Di contro ai cantori della solidarietà e della buona fede, pronti a invocarle senza tanto preoccuparsi della logica del discorso e dei legittimi interessi delle controparti, stanno i cantori del mercato, sempre convinti che quel che avviene conviene, che il mercato fa il meglio da sé, e tanto peggio per chi non ce la fa. Se a mio giudizio non possiamo farlo è per due motivi.

Il primo è la rilevanza sociale dell’impresa e l’interesse generale alla sua sopravvivenza. Si consideri che la difficoltà in discorso rischia di travolgere gli imprenditori con risorse limitate, perché l’adempimento non è materialmente possibile se non con nuovo indebitamento, non sempre ottenibile¹⁹, raramente ottenibile in tempo utile, e comunque produttivo

¹⁸ Considerazioni simili in A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., § 2.

¹⁹ La legislazione dell’emergenza ha già adottato numerose misure di accesso facilitato al credito, sia a sostegno della liquidità delle imprese, sia per incidere sui rapporti di finanziamento in essere, sia per agevolare nuovi finanziamenti. Cfr. il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, art. 6 (*Misure in favore dei beneficiari di mutui agevolati*) che in sostanza dispone la sospensione del pagamento delle rate fino al 31 dicembre 2020; il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. Cura Italia), art. 56 (*Misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall’epidemia di COVID-19*), che dispone per le PMI la moratoria dei prestiti e l’erogazione di garanzie, nonché l’art. 57 (*Supporto alla liquidità delle imprese colpite dall’emergenza epidemiologica mediante meccanismi di garanzia*); e poi il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (cd. DL Liquidità), art. 13 (*Fondo centrale di garanzia PMI*) altrui chiedere solidarietà per il profitto a chi non ne partecipa? tà va chiesta a chi può darla. ere il problema. di cassa. recante garanzie per i prestiti, e art. 1 (*Misure temporanee per il sostegno alla liquidità delle imprese*), (cd. garanzie SACE, fino al 31 dic 2020). Infine è da aggiungere la sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (cd. DL Liquidità), art. 11. (*Sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito*). Il problema qui è che le procedure standardizzate seguite dalle aziende di credito non sono predisposte ad affrontare le erogazioni di credito dell’emergenza.

di ulteriori passività; ma l'inadempimento può determinare l'estinzione del contratto, penali, effetti risarcitori, e in definitiva la crisi irreversibile dell'impresa. *Rei publicae interest* offrire un rimedio giuridico.

Il secondo è che la tutela della sopravvivenza dell'impresa è un principio già presente nell'ordinamento. O meglio: latente ma in via di positivizzazione. Esso è infatti codificato in quello strumento legale *de futuro*²⁰ che è il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. Che a sua volta è concretizzazione di principi presenti nei Trattati e nelle direttive dell'Unione europea; e se non espressamente sanciti, comunque compatibili con la nostra Costituzione.

Per queste ragioni penso che come giuristi non si possa (e non si debba) essere indifferenti al problema. Ma che *non essendo un problema di crisi del contratto ma di crisi dell'impresa, si debba affrontarlo con gli strumenti del diritto della crisi d'impresa e non con gli strumenti del diritto dei contratti*.

Mi rammarico dunque, pur comprendendo certe preoccupazioni, che l'applicazione del codice della crisi sia stata interamente postergata²¹. Sembra quasi che il legislatore diffidi del suo prodotto. E mi chiedo se non sarebbe opportuna una disposizione della legislazione dell'emergenza che ne riprendesse qualche frammento. Magari con alcune modulazioni pensate per la situazione specifica, di cui ora dirò. Ma concepite, quantunque

²⁰ L'entrata in vigore del Codice è stata postergata al giugno[?] 2021 dall' art. 5 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23. La Relazione Illustrativa motiva il rinvio richiamandosi ai riflessi economici dell'epidemia, all'opportunità di fronteggiarli con uno strumento già noto come la legislazione fallimentare, di evitare nel presente contesto l'applicazione del sistema dell'allerta, di rivedere il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza nell'ottica del recepimento della direttiva UE n. 1023/2019, e infine alla preoccupazione che "in un ambito economico in cui potrebbe maturare una crisi degli investimenti e, in generale, delle risorse necessarie per procedere a ristrutturazioni delle imprese, il Codice finirebbe per mancare incolpevolmente il proprio traguardo".

²¹ D.l. 8 aprile 2020, n. 23 (cd. DL Liquidità), art. 5 – (*Differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*): «1. All' articolo 389 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. Il presente decreto entra in vigore il 1 settembre 2021, salvo quanto previsto al comma 2.».

Favorevoli al rinvio, invece, F. SANTANGELI, A. FABBI, *Il (giusto) differimento, in ragione dell'emergenza, dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente*, in *Il caso.it*, 2020

diritto dell'emergenza, in modo il più possibile coerente alle regole che già abbiamo ²².

Vado allora alla proposta.

7. - Una proposta: la ristrutturazione del debito con strumenti ripresi dal diritto della crisi.

Affrontare il problema dal punto di vista della crisi dell'impresa fa delle differenze. Asseverare attraverso il ricorso alla causa, all'impossibilità, all'onerosità, il principio che se l'impresa con quello che riceve non guadagna, allora non paga, significa infatti chiedere solidarietà per il suo *profitto*. E questo mi sembra per le ragioni che ho detto (si può chiedere solidarietà per il profitto altrui a chi non ne partecipa?) del tutto inammissibile. Asseverare invece attraverso il ricorso a strumenti di governo della crisi il principio che l'impresa in difficoltà superabili non deve estinguersi significa chiedere solidarietà per la sua *sopravvivenza*: un interesse generale, e anche dei creditori. Con la precisazione che la difficoltà deve essere reale e che la solidarietà va chiesta a chi può darla.

398

A questo scopo mi parrebbe utile in particolare (e qui comincia la mia proposta) il recupero, con una disposizione *ad hoc* della legislazione dell'emergenza, di quello che l'**art. 1, 1° comma, lett. a) della Direttiva UE n. 1023/2019** (già vigente) definisce 'quadro di ristrutturazione preventiva'. Limitando però l'applicazione di tale disposizione a quei soli soggetti la cui attività sia stata bloccata dal *factum principis*, e per le sole obbligazioni in scadenza dalla data di efficacia delle misure di contenimento fino a (per esempio) trenta giorni dalla loro cessazione (il tempo di riavviare i flussi di cassa).

Questo introduce ad alcune precisazioni preliminari.

La prima è che il problema rileva solo laddove il debitore in crisi sia un'*impresa* la cui attività sia stata inibita dalle misure di contenimento. E più esattamente una piccola impresa. A tal fine si può adottare la nozione di '*imprenditore minore*' che è appunto nel Codice della crisi d'impresa.

²² Che, come ora vedremo, sono qui quelle della Direttiva UE n. 1023/2019, quelle del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, e quelle della legge sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Sono imprenditori minori ²³ quelli con un volume di affari contenuto, che dovrà essere rideterminato ogni tre anni da un decreto ministeriale. E qui si nota una variazione concettuale rispetto alla nozione di piccolo imprenditore, tuttora presente nel codice civile, perché l'imprenditore minore è connotato da una dimensione patrimoniale (attivo, ricavi, debiti) specificamente rilevante per il problema in esame, laddove il piccolo imprenditore è connotato o da una caratteristica merceologica (attività agricola o artigianale) o da una caratteristica organizzativa (prevalenza del lavoro proprio e dei familiari), non significative ai fini di ciò che qui discuto. Mi pare inoltre che altrettanto dovrebbe valere per i professionisti, che il Codice della crisi già equipara per molti aspetti.

La seconda è che il problema legittima la soluzione *ad hoc* ora in discorso solo dove la controparte *non* sia un privato, un lavoratore dipendente ²⁴, o un altro imprenditore minore. Gli interessi di queste controparti pesano almeno altrettanto di quelli del piccolo imprenditore in difficoltà. La solidarietà bisogna chiederla a chi può darla. Con queste distinzioni, che non sono opinione morale ma nozione legale, otteniamo quella discriminazione analitica dei casi la cui difficoltà segnalavo più sopra.

La terza è che salvo qualche aspetto che tratto subito appresso è adattabile al caso, per predisporre un 'quadro di ristrutturazione preventiva', il rimedio alla crisi d'impresa che il Codice della crisi e dell'insolvenza prevede appunto quando l'imprenditore non sia in grado di far fronte con mezzi regolari alle sue obbligazioni per la riduzione o interruzione dei flussi di cassa: una segnalazione della difficoltà ai creditori, con una proposta ²⁵ per venirne fuori.

Ho definito 'preliminari' le tre considerazioni fatte sopra perché mi pare

²³ Manca ancora un approfondimento della figura. Per una prima esegesi v. S. SANZO, *I soggetti*, in *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di ID. e D. BURRONI, Bologna, 2019, pp. 21 ss.; F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2019, pp. 56 ss.; F. BONACCORSI, L.V. DE SANTIS, *L'ambito soggettivo di applicazione delle "nuove" procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di E. PELLECCIA e L. MODICA, Pisa, 2020, pp. 51 ss.

²⁴ Anche nel sistema del Codice della crisi d'impresa il lavoro dipendente è specificamente protetto dagli effetti delle tutele accordate all'imprenditore in crisi.

²⁵ Penso che la proposta graviterà per lo più su questa alternativa: una sospensione e postergazione delle obbligazioni in scadenza, con rientro in unica soluzione o rateale, con o senza interessi, oppure un pronto pagamento ma in misura ridotta. Ma ovviamente sarà

che preparino ma non integrino la definitiva soluzione. Si danno infatti due problemi che forse sono estranei al Codice della crisi ma non lo sono a questa crisi. E che mi sembrano il vero ‘cuore’ del problema attuale. Non mi pare, invece, che il vero problema sia qui la crisi degli investimenti e, in generale, delle risorse necessarie per procedere a ristrutturazioni delle imprese che hanno giustificato il rinvio del Codice della crisi. Non mi pare perché nel caso che esamino la crisi si limita all’interruzione temporanea dei flussi di cassa, sicché è *sufficiente ristrutturare il debito, e non l’impresa*. Vedo però i seguenti due problemi, tipici di tutte le forme di rinegoziazione. Il primo è l’abuso del debitore: troppo facile invocare l’epidemia e le misure di contenimento e pretendere di sospendere, ridurre, postergare le proprie obbligazioni! La seconda è la renitenza del creditore: troppo facile dissentire e pretendere tutto e subito! Ci sono correttivi?

Il Codice della crisi rimedia – semplificando – con una negoziazione assistita. In teoria funziona. In pratica e nel caso di specie ho paura che intaseremmo gli organi deputati. E poi lo strumento è ancora da sperimentare. Inoltre sull’abuso e sulla renitenza non offre correttivi specifici, perché si affida a soggetti e procedimenti di assistenza alla rinegoziazione che verificano e mediano. Alternative? Forse.

Un correttivo all’abuso del debitore potrebbe essere questo: chi invochi senza fondamento (mancanza di liquidità per difficoltà nei flussi di cassa) la soluzione negoziata, e su tale base non adempia, non solo resterà soggetto (se del caso e secondo i principi comuni) a risoluzioni, recessi, penali, risarcimenti; ma in ogni caso dovrà corrispondere dall’ordinaria scadenza e per tutto il tempo del ritardo i cospicui maggiori interessi previsti dalla normativa sui ritardi nelle transazioni commerciali. Del resto qui si tratta appunto di ritardi nelle transazioni commerciali.

Un correttivo alla egoistica renitenza del creditore potrebbe essere questo: la domanda di rinegoziazione del debitore sospende *ex lege* le azioni a tutela del credito fino a una certa data (potrebbero essere gli stessi trenta giorni) posteriore alla cessazione delle misure di contenimento, come

l’inventiva delle parti a scegliere i contenuti, in rapporto al caso. Sotto questo aspetto quanto vado supponendo approda ad una rinegoziazione.

previsto dalla direttiva UE n. 1023/2019²⁶. Mi pare poi che l'art. 91 del d.l. n. 18/2020 già contenga – ma ora per i soli inadempimenti di prestazioni rese direttamente impossibili dalle misure di contenimento – un principio di giustificazione del ritardo che sarebbe opportuno estendere nei detti limiti ai corrispettivi, e di cui sarebbe anche per questi corollario che il mancato puntuale adempimento per reale interruzione dei flussi di casa, alla luce delle circostanze eccezionali e nei limiti della loro durata, non abbia la 'gravità' necessaria agli effetti della risoluzione.

Cosicché o il creditore consente alla sospensione, o postergazione, o riduzione temporanea, o comunque deve nell'immediato tollerarla; ma con la possibilità di conseguire forti interessi e magari di sciogliere il contratto se è stata pretesa senza fondamento. Il tutto senza necessariamente passare in questo momento per i tribunali, o gli organismi specializzati (come quelli di mediazione), intasandoli mentre anch'essi operano a ritmo ridotto.

8. - Microeconomia e macroeconomia dei flussi di cassa degli imprenditori in crisi.

Non so dire se questo modello sia un'epifania della buona fede e della solidarietà. So dire che è un'epifania del diritto come non solo *ars boni et aequi* ma anche come sistema di regolazione sociale attraverso incentivi e disincentivi.

Devo poi aggiungere una osservazione. Ammesso che la mia modesta proposta sia buona sul piano microeconomico io stesso riconosco che lo è meno sul piano macroeconomico. È vero che potrebbe impedire gli inadempimenti abusivi. E quelli non abusivi sono un'evenienza ineluttabile per la dinamica economica. Ma è ancor più vero – dal punto di vista macroeconomico – che la nostra economia ha soprattutto bisogno di tornare a correre. Certo, se lasciamo morire le piccole imprese esse sicuramente non torneranno a correre. Ma resta il problema di incentivare la ripresa.

Però non è nelle competenze di un civilista fare proposte su questo. Io

²⁶ Cfr. l'art. 5 della Direttiva UE n. 1023/2019. Mi pare ovvio, poi, che il minimo che si possa esigere dal creditore è che si accosti in buona fede alla rinegoziazione ed alla proposta del debitore; e farlo contemporaneamente agendo per la repressione dell'inadempimento è sicuramente contrario alla buona fede.

posso solo rallegrarmi dei provvedimenti già adottati o di cui si discute, e sperare che funzionino. C'è tuttavia una osservazione che vorrei fare su quello che, come dicevo in apertura, mi pare il maggior problema, quello cioè macroeconomico. La faccio, nel modo più sommesso, perché è strettamente connessa al dato cui ho agganciato tutto il discorso: l'interruzione dei flussi di cassa. E quindi lo completa.

L'osservazione è questa: le misure adottate o di cui si discute sono o agevolazioni al credito o provvidenze. Saranno pure utili ma le prime aumentano l'indebitamento, le seconde gonfiano l'assistenzialismo. È un'ovvietà che l'*optimum* per riavviare l'economia sarebbe alimentare a livello macroeconomico i flussi di cassa senza contemporaneo indebitamento e senza surrettizie provvidenze. Non sono un economista, l'ho detto. Ma so che la mano pubblica (Stato, enti locali, enti istituzionali) attualmente ha un debito di circa 53 miliardi di euro ²⁷ principalmente verso le imprese. Saldarlo a breve usufruendo delle risorse straordinarie che forse saranno rese disponibili equivarrebbe ad una manovra economica *monstre*, che rinsanguando le imprese avvierebbe a catena, questa volta in positivo, la dinamica economica, senza indebitamenti, senza provvidenze, e con sollievo del debito pubblico. Non ho speciali competenze in materia e non ho voce in capitolo. Ma mi spiace non sentire, nel fervido dibattito avviatosi, parlare di questa possibilità.

Concludo osservando che mi è parso strano nel tempo della crisi che il legislatore non vedendovi utilità semplicemente rinvii e la dottrina trascuri del tutto il diritto della crisi. Ma si sa, spesso le cose che non vediamo sono quelle che abbiamo sotto gli occhi.

²⁷ Banca d'Italia, *Relazione annuale*, 31 maggio 2019, disponibile in bancaditalia.it, p. 145: «I debiti commerciali delle Amministrazioni pubbliche – stimati dalla Banca d'Italia sulla base delle proprie indagini campionarie sulle imprese e delle segnalazioni di vigilanza – sarebbero diminuiti dal 3,2 per cento del PIL del 2017 al 3,0 nel 2018 (figura, pannello a), attestandosi a circa 53 miliardi. Secondo le regole statistiche europee, una parte (circa 10 miliardi alla fine del 2018, pari allo 0,6 per cento del prodotto) è già inclusa nel debito pubblico. Benché dimezzatasi rispetto al picco del 2012, l'incidenza delle passività commerciali rimane, secondo le stime dell'Eurostat, la più elevata in Europa». P. 146: «Si può valutare che anche nel 2018 circa la metà del totale delle passività commerciali sia connessa con il ritardo nei pagamenti delle Amministrazioni pubbliche rispetto alle scadenze contrattualmente previste. Lo scorso anno i tempi medi effettivi di pagamento avrebbero continuato a ridursi, attestandosi a circa 85 giorni. In base ai risultati dello *European Payment Report 2019* di Intrum i tempi di pagamento in Italia sono superiori di quasi un mese rispetto alla media dei paesi considerati».

34.

Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto

1. - Il debitore immune.

In un precedente intervento in questa Rivista [*Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustizia-civile.com*, 3 aprile 2020] ho ragionato sulle possibili implicazioni dell'**art. 91 d.l. n. 18 del 2020** [(«*Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento (...)»*); nel contenuto, la disposizione introduce un comma *6-bis* all'**art. 3 d.l. n. 6 del 2020**: «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli **articoli 1218 e 1223 c.c.**, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Sintetizzando qui brevemente il senso di questa disposizione (e richiamando, sul resto, le considerazioni già svolte nel contributo indicato sopra), va registrato che l'inadempimento del debitore non dà luogo a quegli effetti sostanziali (in punto rimediale) che ne discenderebbero in una situazione di fisiologia; mi pare che il legislatore abbia inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza. Un debitore «immune», appunto.

Nei fatti si realizza uno stato di sospensione che non necessariamente investe l'intero rapporto negoziale, né tutte le prestazioni oggetto del contratto, ma solo quelle la cui esecuzione contrasterebbe con le misure di contenimento dell'epidemia; può atteggiarsi a totale, quando tutte le prestazioni del debitore non sono eseguibili; o parziale, quando solo una o

alcune delle prestazioni oggetto dell'obbligazione sono ineseguibili, ma non altre.

Se questo è esatto, non va dimenticato che il sinallagma, notoriamente, è in *re ipsa* relazionale e tocca all'interprete garantirne, anche nell'emergenza, l'originario equilibrio; se nella fase emergenziale è giustificato l'atteggiamento del debitore che sospende e non esegue, occorre capire se il creditore (della prestazione sospesa) possa ritenersi liberato, a sua volta, dall'obbligo di eseguire la controprestazione, in attesa che il rapporto contrattuale torni a una regolare attuazione.

2. - La reazione del creditore: l'eccezione di inadempimento?

Emerge allora un interrogativo: il creditore – privo di azione nei confronti del debitore protetto dal comma 6-*bis* – può avvalersi dell'*exceptio inadimplenti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria (contro)prestazione, anche se questa, come accade di regola per le obbligazioni pecuniarie, non è ostacolata né impedita dalle misure di contenimento?

La risposta deve essere positiva per almeno due ragioni: *i*) da una parte, l'eccezione di inadempimento può essere attivata anche in reazione a inadempimenti incolpevoli, perché derivanti, ad esempio, da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore¹; *ii*) dall'altra, se si ritenesse diversamente, il creditore finirebbe con l'essere gravato di tutte le conseguenze economiche dello stato emergenziale, dovendo (essere costretto a) eseguire nei confronti di chi si trova nell'impossibilità (fattuale e giuridica) di farlo².

Sembra allora preferibile prospettare uno stato di sospensione bilaterale del rapporto contrattuale, perdurante per l'intero stato emergenziale, ter-

¹ Cass. civ., sez. III, 19 ottobre 2007, n. 21973: «[l]'esercizio dell'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c., che trova applicazione anche in riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di contratti collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, in quanto è meritevole di tutela l'interesse della parte a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione, e ciò per evitare di trovarsi in una situazione di disegualianza rispetto alla controparte medesima; sicché detta eccezione può essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore». Su questo aspetto, v. anche A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011, in part. 54.

² Assumendosi per intero il rischio di pagare per una prestazione non eseguita e, forse, non più eseguibile.

minato il quale il debitore può, eseguendo la propria prestazione, riattivare il regolare ritmo di esecuzione (salvo, naturalmente, il possibile impatto sull'efficacia del contratto dell'impossibilità temporanea generata dall'osservanza delle norme emergenziali di contenimento **ex art. 1464 c.c.**).

La sospensione non è disposta direttamente dal legislatore, ma è, piuttosto, un effetto indiretto della sancita immunità del debitore (per l'**art. 91 d.l. n. 18 del 2020**, sopra citato); costretto dal rispetto delle misure di contenimento, egli non può, anzi non deve, eseguire la sua prestazione (o le sue prestazioni) e da questa sua inazione (per *factum principis*) discende una paralisi (temporanea) del sinallagma, operativa per tutte le parti contraenti.

Se il debitore è legittimato a non adempiere, il creditore può eccepire l'inadempimento (pur giustificato) per sospendere, a sua volta, l'esecuzione della propria (contro)prestazione, entrando così il contratto in uno stato di provvisoria sospensione simile, ma non identico, a quello prodotto dall'*exceptio inadimpleti contractus*.

In quel contesto il creditore mira, di regola, al conseguimento della prestazione che il debitore non ha (ancora) adempiuto, in un'ottica di "stimolo" dell'inadempiente (che, per recuperare la controprestazione sospesa, è indotto a porre fine al proprio inadempimento, consentendo al rapporto contrattuale di recuperare la sua regolare esecuzione ³). Nella situazione scaturita dall'emergenza pandemica, invece, manca proprio questa finalità, perché il debitore è inadempiente non già in ragione di una sua scelta o di una sua colpa, bensì in forza di una coazione impostagli dalla pubblica autorità ⁴; per questo, la reazione del creditore appare piuttosto come un'autosospensione della propria obbligazione, assimilabile, quanto agli effetti sul sinallagma, al novero dei rimedi conservativi (cui appartiene l'*exceptio*) benché divergente quanto a finalità [manca lo

³ Alludo alla funzione conservativa dell'eccezione di inadempimento come strumento di autotutela alternativo alla risoluzione (ma che può precederla): su questo rinvio al mio *Autodifese contrattuali*, cit., 19 ss.

⁴ In questo caso, il provvedimento della pubblica autorità è a sua volta determinato da un evento straordinario o da una forza maggiore; ma prevale, dal punto di vista delle ricadute sul contratto e sui rapporti obbligatori, la coazione determinata dal divieto di esercitare determinate attività o di tenere certi comportamenti.

scopo di stimolare l'altrui adempimento, perché in questo caso il debitore vorrebbe adempiere, ma non può] e presupposti [perché qui si reagisce a un inadempimento non imputabile, giustificato da una specifica disposizione della legislazione emergenziale].

Per riepilogare, dunque, potrebbe sostenersi che il comma *6-bis*, **art. 3, d.l. n. 6 del 2020**, tipizzando una causa straordinaria di giustificazione dell'inadempimento del debitore, introduce indirettamente una (sorta di) causa legale di sospensione del contratto, ovviamente estranea, quanto ai presupposti, al contesto naturale dell'*exceptio inadimpleti contractus* **ex art. 1460 c.c.** Sul piano concreto, il debitore [immune da responsabilità per inadempimento, così come da tutti gli altri rimedi, anche contrattuali, che presuppongono un inadempimento imputabile] può, se ritiene, dichiarare al creditore di sospendere il proprio adempimento in ragione dell'osservanza delle misure di contenimento, e per tutta la durata di queste. Ma, correlativamente, anche il creditore, per quanto la sua prestazione sia astrattamente eseguibile nella misura in cui non interessata dal rispetto delle misure di contenimento, può sospendere l'esecuzione della propria prestazione, anche *i)* per evitare di patire per intero il rischio economico conseguente allo stato emergenziale e *ii)* per garantirsi rispetto a una possibile impossibilità definitiva della controprestazione, laddove, ad esempio, il protrarsi dello stato di emergenza ne renda inutile (per il creditore) l'esecuzione (arg. **ex art. 1464 c.c.**).

Si tratta di una sospensione che, per le parti, è ancora più snella rispetto a quella prodotta dall'eccezione di inadempimento, perché è sufficiente dimostrare che le misure di contenimento impediscono la prestazione (per es. vietando l'esercizio di una determinata attività commerciale) per determinare (oltre agli effetti in punto di irresponsabilità) anche una sospensione del sinallagma, "congelato", temporaneamente, al fine di evitarne possibili (e forse precipitose) estinzioni distruttive.

Potrebbe ipotizzarsi il caso in cui il debitore sospenda il proprio adempimento non già in ragione dell'oggettiva osservanza di una misura di contenimento, bensì in forza di una percezione soggettiva, consistente, ad

esempio, nel timore che l'esecuzione della prestazione possa mettere in pericolo l'incolumità propria o dei propri collaboratori ⁵.

In una situazione come quella generata dalla pandemia, non spetta al singolo debitore valutare i rischi della propria attività, essendo questo giudizio riservato all'autorità pubblica che, con provvedimenti specifici e generali, detta regole cogenti volte a contemperare gli interessi in gioco (salute pubblica, esercizio delle attività economiche, diritti fondamentali); l'autosospensione, dunque, non sarebbe in tal caso giustificata dall'immunità speciale di cui alla legislazione emergenziale e costituirebbe, a tutti gli effetti, un inadempimento imputabile ⁶.

Guardando fuori dai confini nazionali, in Francia si è scelta un'altra via, all'insegna di una disciplina più dettagliata e, forse, più sensibile al dato economico e finanziario: per i contratti sui servizi turistici, l'*Ordonnance* n. 2020-315 dispone che, in caso di risoluzione intervenuta nel periodo emergenziale, in luogo del rimborso i clienti possano ricevere un buono per prestazioni identiche ⁷; l'*Ordonnance* 2020-306, in un'ottica più generale, sospende l'efficacia di tutte le clausole contrattuali legate alla scadenza di un termine per l'esecuzione della prestazione, con ciò esonerando il debitore dalle conseguenze dell'inadempimento durante il periodo emergenziale ⁸; infine l'*Ordonnance* 2020-316 rende immune il conduttore rispetto al mancato pagamento del canone per la locazione di

⁵ Sul tema della «percezione» del pericolo da parte di chi deve eseguire una prestazione pure in sé non impedita dalle misure di contenimento vanno segnalate le acute osservazioni di D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020.

⁶ Fatta salva la via della rinegoziazione, con cui le parti, d'accordo, rimodulino il rapporto contrattuale, adattandolo, anche mediante una sospensione temporanea, alla situazione emergenziale.

⁷ Disposizione analoga è stata emanata in Italia per i contratti dello spettacolo (art. 88 d.l. n. 18 del 2020, su cui si può vedere F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020).

⁸ Art. 4: «[l]es astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1er. Ces astreintes prennent cours et ces clauses produisent leurs effets à compter de l'expiration d'un délai d'un mois après la fin de cette période si le débiteur n'a pas exécuté son obligation avant ce terme».

locali commerciali⁹. Oltre a questo, sempre nell'*Ordonnance* n. 2020-316, la scelta del legislatore francese va nel senso di bloccare (anche) l'eccezione di inadempimento nei confronti di chi esercita un'attività economica in ragione del mancato pagamento, durante il periodo emergenziale, delle fatture delle forniture di gas, acqua, elettricità¹⁰.

Una protezione specifica e mirata, destinata soprattutto a salvaguardare le attività economiche e commerciali, garantendo loro la conservazione dei locali commerciali e delle utenze anche in caso di mancato pagamento dei canoni e delle fatture, attribuendo loro una sorta di "immunità" da qualunque rimedio (distruttivo, conservativo, risarcitorio) che il creditore, in periodo non emergenziale, potrebbe porre in essere per tutelare il proprio credito [e, in Francia, non è il rispetto delle misure di contenimento a impedire l'adempimento di un'obbligazione meramente pecuniaria (come tale sempre eseguibile, specie con i nuovi mezzi di pagamento), ma lo stato di sofferenza finanziaria in cui viene a trovarsi chi esercita un'attività economica in un contesto di calo dei consumi e di sostanziale paralisi dell'economia¹¹].

3. - (Segue): adempimento parziale dell'eccezione parziale.

Tornando all'ordinamento nazionale, potrebbe prospettarsi l'ipotesi, so-

⁹ Le persone fisiche o giuridiche che esercitano un'attività economica «ne peuvent encourir de pénalités financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance, ou d'activation des garanties ou cautions, en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à leurs locaux professionnels et commerciaux, nonobstant toute stipulation contractuelle et les dispositions des articles L. 622-14 et L. 641-12 du code de commerce»: art. 4, *Ordonnance* n. 2020-316.

¹⁰ Art. 2, *Ordonnance* n. 2020-316: «[a] compter de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance et jusqu'à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée, ne peuvent procéder à la suspension, à l'interruption ou à la réduction, y compris par résiliation de contrat, de la fourniture d'électricité, de gaz ou d'eau aux personnes mentionnées à l'article 1er pour non-paiement par ces dernières de leurs factures (...). En outre, les fournisseurs d'électricité ne peuvent procéder au cours de la même période à une réduction de la puissance distribuée aux personnes concernées».

¹¹ La legislazione emergenziale italiana non ha scelto questa via. L'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 introduce una causa di giustificazione del debitore, ma solo quando l'inadempimento sia generato dal rispetto delle misure di contenimento, e non già da una possibile sofferenza finanziaria del debitore (su questo rinvio al mio *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., in part. 214 s.).

prattutto per le obbligazioni di dare, che la misura di contenimento non impedisca l'esecuzione di tutta la prestazione, ma solo di parte di essa. In questo caso, il debitore può offrire solo la parte della prestazione che è possibile eseguire, ma il creditore ha facoltà di rifiutare l'adempimento parziale **ex art. 1181 c.c.** (ovviamente, senza poter agire per ottenere l'intero o per risolvere il contratto ¹², sempre in forza dell'operare della causa eccezionale di giustificazione di cui al comma 6-*bis*). Se, invece, accetta la prestazione eseguita in modo parziale, il creditore può sospendere parzialmente il proprio inadempimento, proporzionalmente al valore dell'altrui adempimento parziale (c.d. eccezione parziale d'inadempimento). Naturalmente, questa reazione del creditore è soggetta al vaglio di buona fede previsto dall'**art. 1460, comma 2, c.c.**, qui da intendersi come rigoroso rispetto della proporzionalità ¹³ tra l'inadempimento parziale del debitore (in quanto costretto dal rispetto delle misure di contenimento) e l'inadempimento parziale del creditore (che paga, così, solo la parte della prestazione da cui ha potuto trarre utilità); in quest'ottica, va condivisa l'idea che il principio di buona fede serva da controllo del modo con cui il creditore, autoriducendo la propria prestazione, ha realizzato il principio di proporzionalità ¹⁴, potendosi così prospettare la situazione in cui il debitore, che ha eseguito parzialmente, contesti l'autoriduzione operata dal creditore, configurandola come un (inaccettabile) adempimento parziale.

4. - Riflessioni finali.

Il legislatore dello stato d'eccezione vuole evitare che i debitori si trovino

¹² Cfr. ad esempio Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2204 («l'accettazione, da parte del creditore, dell'adempimento parziale - che, a norma dell' art. 1181 c.c., egli avrebbe potuto rifiutare - non estingue il debito, ma semplicemente lo riduce, non precludendo conseguentemente al creditore stesso di azionare la risoluzione del contratto, né al giudice di dichiararla, ove la parte residuale del credito rimasta scoperta sia tale da comportare ugualmente la gravità dell'inadempimento»).

¹³ Il principio di proporzionalità (insieme a quello di correttezza) è fondamento e limite dell'eccezione di inadempimento: in giurisprudenza, tra le tante, può vedersi Cass. civ., 26 luglio 2019, n. 20322, in tema di locazione).

¹⁴ Sul rapporto tra i principi di buona fede e proporzionalità (nel senso che la prima deve indicare il modo con cui si attua il secondo) v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss., in part. 350.

a subire gli effetti di impedimenti non imputabili alla propria sfera di rischio, prevenendo azioni e richieste dei creditori insoddisfatti attraverso una disposizione (il comma 6-*bis* d.l. n. 6 del 2020) che, saggiamente evitando automatismi eccessivi, va ricondotta alla *ratio* di favorire l'adattamento all'emergenza del rapporto obbligatorio, anche con lo scopo di salvaguardare la stabilità di contratti che, diversamente, sarebbero stati esposti a rischi distruttivi, con ricadute senz'altro negative sull'economia e sul benessere della società.

In Italia, tuttavia, mancano disposizioni ¹⁵ aventi a oggetto non già l'impossibilità tecnica di adempiere, bensì quella finanziaria: è possibile, infatti, che il calo o l'azzeramento dei consumi, soprattutto per chi esercita un'attività economica e commerciale, determini ripercussioni sulla liquidità disponibile (e, conseguentemente, sulla regolare esecuzione delle obbligazioni pecuniarie). Per chi si trova in queste condizioni, il mancato o tardivo pagamento rimane, allo stato, ingiustificato e imputabile, salvo a voler ragionare in termini di «inadempimento necessitato» dalla crisi finanziaria indotta dall'emergenza (argomento certamente affascinante ma sostenibile, con qualche speranza di successo, solo in un contesto giudiziale, ma non certo utile a gestire i problemi immediati di gestione di un rapporto contrattuale); o, ancora, salvo a voler optare per la risoluzione del contratto (per impossibilità sopravvenuta del per eccessiva onerosità sopravvenuta), da cui deriverebbe inesorabilmente l'increscioso effetto della «perdita» di un rapporto (giuridico ed) economico, quasi sempre indispensabile per l'esercizio di un'attività economica ¹⁶.

Il diritto delle obbligazioni e dei contratti contiene gli anticorpi necessari a fronteggiare l'emergenza provocata dal virus Covid-19, grazie alla duttilità delle clausole generali (buona fede), declinate, specie in un'epoca di emergenza, alla luce del principio costituzionale di solidarietà ¹⁷. La

¹⁵ Se si eccettuano quelle che autorizzano la sospensione dei mutui, anche se nei limiti di cui agli artt. 54 e 56 d.l. n. 18 del 2020.

¹⁶ Se l'emergenza è transitoria, lo scioglimento del contratto è effetto economicamente sproporzionato e controproducente; finita la situazione eccezionale, il rapporto contrattuale può riprendere il suo corso regolare.

¹⁷ Scrive C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustizia-civile.com*, 15.4.2020: «[s]i può dunque essere d'accordo nel senso che il valore della solidarietà (che, trasposto sul piano del linguaggio poetico, sembra evocare la "social catena", della quale si legge ne *La Ginestra*, e che difende i mortali contro l'empia natura), tradotto

conservazione di un contratto equilibrato (con l'eccezione di inadempimento, con la rinegoziazione ¹⁸) non è un valore in sé [sul «principio di conservazione» recenti pagine di Roppo hanno fatto definitiva chiarezza ¹⁹, ma un obiettivo (anche) di politica economica [salvaguardare le attività economiche, in vista della ripresa successiva alla fine dell'emergenza] che un diritto dei contratti non insensibile, né cinico, può aiutare concretamente a realizzare.

tecnicamente nella clausola generale di buona fede o correttezza, costituisca una componente fondamentale della strumentazione argomentativa della quale si deve avvalere il civilista chiamato a fronteggiare i problemi derivanti dall'incidenza sul diritto dei contratti della pandemia in atto (...).

¹⁸ Sulla possibile operatività della rinegoziazione si possono vedere A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25 marzo 2020.

¹⁹ «Un vacuo feticcio» come scrive V. ROPPO, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in *Contratti*, 2017, 441 ss., in part. 442.

35.

Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà

Sul noto presupposto dell'articolazione codicistica tra i Capi e le diverse Sezioni delle obbligazioni in generale (con le dicotomie e complementarietà ad es. degli **artt.1176 e 1218 c.c.**), resa ulteriormente complessa dagli indispensabili raffronti con la normativa concernente i contratti in generale e quelli singoli, l'attuale indagine si limita all'inadempimento (come vicenda dell'obbligazione) per verificarne le ipotesi e gli effetti della non imputabilità.

La dichiarata pandemia e i relativi provvedimenti legislativi adottati in Italia nell'ultimo periodo sono da qualificarsi come *factum principis* caratterizzato da essere un evento:

- estraneo alla sfera di controllo del contraente
- inevitabile (trattasi di provvedimenti a tutela della collettività ed il singolo, pur avendone teoricamente facoltà, ha un interesse inesistente o alquanto affievolito ad impugnarli).

La potestà legislativa che ha consentito anche soltanto alcuni specifici intervenuti sui contratti di lavoro (Titolo II **d.l. n. 18 del 2020** Misure a sostegno del lavoro – artt. 20 ss. attribuendo in particolare anche la specifica codifica causale *ex* art. 8 d.m. n. 9544 del 2016), sui contratti di patrocinio legale (Titolo V Ulteriori misure – art. 83 ss. sospensione delle udienze/procedimenti), su contratti di soggiorno e di acquisto di titoli di accesso a spettacoli di qualsiasi natura (art. 88) e su alcuni contratti di appalto pubblico (art. 91 col quale è aggiunta il comma *6-bis* all'**art. 3 d.l. n. 6 del 2020**, conv., con modificazioni, in **L. n. 13 del 2020**) è, a mio avviso, sufficiente affinché sul piano giuridico ciò debba necessariamente valere per tutti i contratti.

In ogni contesto in cui l'adempimento o meglio l'inadempimento è in stretto rapporto causale con la legislazione limitativa ricorre l'esimente. Le regole codicistiche sono generali e i principi di coerenza giuridica e di equanimità prevedono che una volta applicate anche soltanto ad alcune delle predette fattispecie devono riguardare l'intero sistema: se il presupposto dell'impossibilità sopravvenuta è il medesimo anche gli effetti lo devono essere.

Al contempo il predetto evento esimente deve essere in rapporto causale con l'effettiva impossibilità di adempiere.

Il principale ambito di intervento della decretazione d'urgenza è l'inibizione per legge di un corposo numero di attività produttive al quale si aggiunge quella degli spostamenti sul territorio (riguardante prevalentemente le attività di trasporti anche se di minore impatto stante la deroga per conclamata necessità).

La complessiva entità dei molteplici contratti di ogni singola attività produttiva forzosamente impedita dalla decretazione, a mio avviso, subisce la modifica del sinallagma e dei reciproci obblighi dei contraenti con i relativi effetti da valutare, a seconda dei casi, a mezzo delle regole codicistiche e di eventuali contrattualizzate clausole in caso di pandemia.

La disamina di alcune ipotesi concrete da per presupposto che l'indagine concerne quei contratti i cui termini per l'adempimento non è ancora scaduto (o scaduto nelle more della decretazione) e di quelli ad esecuzione continuata o periodica.

Nei contratti di fornitura in cui la merce non è stata consegnata, l'acquirente al quale è stata impedita l'attività ha il diritto a far valere la cessazione dell'interesse alla merce rispetto al venditore che ne attende il pagamento. A mio avviso ricorre l'impossibilità sopravvenuta stante il diretto rapporto causale con l'esimente: l'acquisto è funzionale all'attività. Le conseguenze sono il diritto di non adempiere ed evitare la consegna senza ulteriori aggravii. Similare situazione è quella in cui la merce sia stata già consegnata con il diritto a poterla restituirla senza adempiere al pagamento. In entrambi i casi gli effetti sono l'estinzione delle reciproche obbligazioni ai sensi dell'**art. 1256 c.c.**

È ipotizzabile che ciò valga per l'intera filiera anche a monte del fornitore per i contratti di approvvigionamento della materia prima e così via, con i

dovuti discrimini per il permanere del necessario rapporto causale nella sua continuità.

Tra i contratti a prestazione continuata, le obbligazioni concernenti le locazioni subiscono, a mio avviso, simili conseguenze. Al contempo ricorre la peculiare previsione dell'**art. 1467 c.c.** che consente anche la modifica concordata delle condizioni del contratto (l'ipotesi codicistica di "avvenimenti straordinari ed imprevedibili" possono ricondursi alla descritta medesima impossibilità sopravvenuta). Il conduttore la cui attività produttiva è stata impedita dalla decretazione d'urgenza ha il diritto di ritardare il pagamento dei canoni e/o di concordarne di diversi.

Per i contratti di patrocinio legale la prestazione è anch'essa impedita e ciò vale quale esimente da imputazioni di inadempimento. Al contempo, come in molteplici altri rapporti contrattuali, l'impossibilità è temporanea e gli effetti sono sia quelli stabiliti dal citato **art. 1467 c.c.** e sia dall'**art. 1256, comma 2, c.c.** Ai contraenti è rimessa la valutazione sul titolo dell'obbligazione e sulla natura dell'oggetto: ad esempio il cliente, quale creditore della prestazione, può dichiarare di non averne più interesse con estinzione dell'obbligazione, oppure il legale, per il perdurare dell'impossibilità può ritenere di non poter più espletare l'incarico ed anche in tal caso ricorre l'estinzione.

L'interesse delle parti alla prosecuzione o all'estinzione del contratto è coerente alla peculiare ipotesi di impossibilità sopravvenuta di carattere non definitivo (come invece fu ad es. il divieto di meretricio imposto nel 1956 dalla cd legge Merli o i divieti a contrarre disposti dalle leggi razziali del 1939 in danno dei cittadini qualificati di "razza ebrea"). La temporaneità è inoltre per un periodo di tempo indeterminato (corrispondente a quanto durerà l'emergenza e sino a quando non verranno revocati i provvedimenti assunti) con un precedente rinvenibile nella legislazione speciale sugli ammassi agricoli del 1939, rimasta in vigore ben oltre la conclusione del secondo conflitto mondiale.

36.

Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile

1. - Premessa.

Rispetto all'emergenza epidemiologica in atto, da più parti si afferma che le norme del Codice Civile consentirebbero la liberazione del debitore dall'obbligazione, o l'attenuazione o la riduzione dei suoi obblighi, qualora il suo adempimento sia ostacolato o reso notevolmente più gravoso dalle c.d. "misure di contenimento" adottate dal governo al fine di contrastare l'estendersi del contagio ¹.

Il dibattito è sorto riguardo ai canoni dovuti dai conduttori degli esercizi commerciali che devono restare chiusi al pubblico, nonché, più in generale, con riferimento all'impatto delle misure di contenimento sull'approvvigionamento dei materiali, sulla circolazione delle persone e sull'organizzazione delle aziende, considerato, riguardo a quest'ultimo aspetto, che è stata sospesa l'attività delle aziende non essenziali e che, comunque,

¹ Tali opinioni sono state espresse nel corso dell'emergenza sanitaria su una moltitudine di siti internet. Possono per esempio citarsi gli interventi pubblicati online nell'ambito dell'editoriale "Uniti per l'Italia - Speciale Emergenza Covid-19" sul sito internet di Giustizia Civile (giustiziacivile.com), fra i quali CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*; DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*; VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*.

anche nei luoghi di lavoro è necessario evitare affollamenti e assumere misure adeguate a prevenire il contagio (tra le quali il ricorso alle modalità di c.d. “lavoro agile” o “*smart working*” e, qualora tali modalità non siano possibili, l’adozione di opportune precauzioni, quali il rispetto di distanze minime tra i lavoratori e la loro dotazione di c.d. dispositivi di protezione individuale, o “DPI” – mascherine, guanti, ecc. –, peraltro di limitata reperibilità nel pieno dell’emergenza).

Indubbiamente, pertanto, in questo periodo l’adempimento di un insieme molto ampio di obbligazioni è diventato quanto meno più gravoso.

Occorre poi considerare che alcuni contratti hanno di fatto perso la loro funzione, non potendo più soddisfare l’esigenza in vista della quale furono conclusi.

Si pensi all’affitto di una casa per trascorrervi le vacanze, che non può essere raggiunta (dato che la villeggiatura non rientra tra le finalità per le quali sono ammessi gli spostamenti delle persone) e dalla quale, comunque, non è più possibile trarre le normali utilità (dato che spiagge, parchi, sentieri e locali pubblici non possono più essere frequentati).

2. - **Creditori e debitori.**

A fronte di tali problematiche e del rischio di soluzioni semplicistiche ed emotive – come suggerire la liberazione totale o parziale dei debitori in difficoltà o la sospensione degli effetti di alcuni contratti (asserendo che tali rimedi discendono dall’applicazione dei principi vigenti, oppure che occorra introdurre, per attuarli, nuove norme *ad hoc*) – non è inutile ricordare che per ogni debitore c’è ovviamente un creditore e che addossare arbitrariamente a quest’ultimo il peso della crisi in atto avrebbe effetti imprevedibili e incontrollabili.

Non si tratta soltanto di una questione di principio, secondo cui le parti del rapporto sono uguali di fronte alla legge e hanno pari dignità, ma della necessità anche pratica di evitare il collasso del diritto dei contratti.

Se, per esempio, con l’intento in sé lodevole di soccorrere i conduttori degli esercizi commerciali chiusi d’autorità, si volesse liberarli dall’obbligo di corrispondere il canone per tutta la durata dell’emergenza, non si farebbe altro che spostare il danno causato dall’epidemia dal patrimonio del conduttore al patrimonio del proprietario.

Ma, anche senza considerare che di fatto in questo modo s'introdurrebbe surrettiziamente una tassa patrimoniale, la supposizione che il patrimonio del proprietario possa assorbire il danno meglio del patrimonio del conduttore può naturalmente rivelarsi infondata. Si consideri l'esempio di un'anziana signora che non abbia altro reddito diverso dal canone di locazione del negozio di sua proprietà, affittato a un ricco gioielliere. Aldilà di questo immaginario esempio, che peraltro rende chiaro come sia impossibile stabilire in via generale dietro quale parte del rapporto si nasconda il soggetto economicamente più forte al quale vorrebbe addossarsi il peso della crisi, non può dimenticarsi che il nostro sistema economico si fonda su rapporti obbligatori, la cui dissoluzione genera fatalmente incontrollabili effetti a catena.

Infatti, se i locatari fossero liberati, i proprietari non disporrebbero delle risorse attese per fare fronte ai propri debiti, fra i quali quelli inerenti all'immobile locato: dovrebbero forse essere anch'essi liberati da tali debiti? O essere liberati solo se dimostrano di essere in difficoltà finanziaria? E chi, e come, accerterebbe l'effettiva difficoltà? E se fosse liberato anche il proprietario, come farebbero i suoi creditori a pagare i loro debiti, per esempio il condominio riguardo alle spese di amministrazione?

È evidente che di questo passo si arriverebbe al caos: l'emergenza epidemiologica non può essere affrontata senza pensare ai problemi che comporterebbe l'allontanamento dalle norme e dai principi che normalmente governano il diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Premesso quanto sopra, il primo principio che occorre rammentare è che la parte di un contratto tenuta a una prestazione in denaro può essere liberata da tale obbligazione se viene meno il vincolo contrattuale, in particolare per risoluzione, mentre non è liberata neppure parzialmente per il fatto che la sua condizione finanziaria si è deteriorata, quand'anche ciò sia avvenuto senza alcuna sua colpa.

Certamente nell'attuale situazione esiste una moltitudine di debitori in difficoltà, parte dei quali rischiano il dissesto, ma come si è detto la soluzione di tale problema non può essere la loro totale o parziale liberazione, né sul piano dei principi giuridici né sul piano pratico, perché così facendo si verificherebbe un'incontrollabile serie di liberazioni a catena, dato che i creditori di obbligazioni pecuniarie sono a loro volta debitori di

altre obbligazioni pecuniarie, che rischierebbero parimenti di non essere adempiute.

Il Codice Civile è un corpo di norme sofisticato e complesso che mal digerisce interventi dettati da emergenze contingenti, interventi che, soprattutto se diretti al cuore del diritto delle obbligazioni e dei contratti, rischiano di sovvertire principi fondamentali e delicati equilibri.

3. - I rimedi del Codice Civile.

Occorre dunque esaminare quali siano i rimedi offerti dalla disciplina generale dei contratti contenuta nel Codice Civile rispetto all'emergenza epidemiologica in atto e alla distruzione di ricchezza che essa sta provocando.

3.1. La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta (**art. 1463 c.c.**) può trovare applicazione qualora l'emergenza epidemiologica rendesse la prestazione dedotta in contratto completamente e definitivamente impossibile, con l'avvertenza che le obbligazioni pecuniarie, come sopra ricordato, non diventano mai giuridicamente impossibili.

È peraltro difficile ipotizzare casi in cui la prestazione non torni a essere possibile una volta cessata l'emergenza. Può tuttavia accadere che il contratto debba necessariamente essere eseguito entro un termine, in quanto stabilito dalle parti o per la natura dell'interesse che il contratto è rivolto a soddisfare (per esempio, l'impresa incaricata dell'organizzazione di un evento che avrebbe dovuto tenersi durante il periodo dell'emergenza ma che è stato definitivamente annullato a causa dei provvedimenti governativi che vietano lo spostamento e l'assembramento delle persone). Si applica a tali casi il secondo comma dell'**art. 1256 c.c.**, secondo cui il debitore non è responsabile del ritardo per tutto il tempo in cui la prestazione è temporaneamente impossibile, ma «l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla».

L'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva della prestazione, o per impossibilità temporanea nei casi stabiliti dal secondo comma

dell'**art. 1256 c.c.**, determina l'applicabilità dell'**art. 1463 c.c.**, si sensi del quale «la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta».

3.2. Spesso la prestazione dedottasará solo parzialmente impossibile, o temporaneamente impossibile senza che ciò determini l'estinzione dell'obbligazione. Per esempio, l'adempimento di alcuni contratti potrebbe risultare ritardato (il rispetto delle misure di contenimento – e in particolare la sospensione delle attività produttive e commerciali non essenziali – potrebbe rallentare, se non addirittura bloccare, l'esecuzione dei contratti da parte di alcune aziende, permanendo però l'interesse delle parti all'esecuzione dell'accordo) o parzialmente impossibile (si pensi a un contratto che contempli alcune prestazioni che possono essere organizzate in modalità a distanza o di "lavoro agile" e altre prestazioni che non possono invece essere eseguite secondo tali modalità).

In questi casi può soccorrere la norma stabilita dal Codice Civile per l'impossibilità parziale (**art. 1464 c.c.**), che si considera applicabile – nel senso *infra* precisato – anche ai casi di impossibilità temporanea della prestazione che non determini l'estinzione dell'obbligazione ai sensi del secondo comma dell'**art. 1256 cod. civ.**

Secondo l'**art. 1464 c.c.** il contratto non si risolve, ma la parte creditrice della prestazione parzialmente impossibile ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione a suo carico e può recedere qualora non abbia interesse all'adempimento parziale (in caso di controversia, deve ritenersi a suo carico l'onere della prova rispetto a tale carenza di interesse).

Analogamente, deve ritenersi che il creditore di una prestazione temporaneamente impossibile possa sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta ².

Deve peraltro avvertirsi che le suddette norme non possono ritenersi applicabili ai contratti di locazione, anche di beni produttivi (locali a uso commerciale o aziende), perché la prestazione di concessione in godimento resta possibile e continua a essere eseguita anche se per *factum*

² R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, tm. II, Torino, 1993, 653.

principis le facoltà di godimento del bene risultino temporaneamente compresse.

3.3. Non si ignora che secondo alcune pronunce di legittimità «l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione»³.

Non è questa la sede per approfondire se le suddette pronunce, nel ricercare la giustizia del caso concreto, abbiano esteso il concetto di impossibilità entro oppure oltre i limiti massimi consentiti all'interprete⁴. In ogni caso, tali decisioni della Suprema Corte si riferiscono a fattispecie in cui era venuto completamente meno l'interesse di una parte contrattuale a ricevere l'intera prestazione dedotta in contratto, che nemmeno in parte poteva più assolvere la sua finalità essenziale (o causa concreta).

Ben diverso è il caso di un contratto di durata, in cui una parte continui a eseguire la prestazione a suo carico ma l'utilità della quale sia per l'altra parte temporaneamente ridotta.

È evidente, per esempio, che l'inquilino di un immobile a uso abitativo non può invocare l'**art. 1464 c.c.** e pretendere la riduzione del canone di locazione per il sopravvenire di una grave malattia che gli ha imposto un mese di ricovero in ospedale, argomentando che in quel mese è stato per

³ Fra le pronunce di legittimità che hanno affermato tale principio possono citarsi Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18047 (principio applicato al caso di una persona che non aveva potuto usufruire del "pacchetto vacanze" acquistato per il sopravvenire di una grave patologia che gli rendeva impossibile intraprendere il viaggio); Cass. civ., 20 dicembre 2007, n. 26958 (decisione relativa a un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi, uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno); Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315 (caso di un "pacchetto vacanze" acquistato da due persone per un viaggio nell'isola di Cuba, dove si era poi diffusa un'epidemia di "dengue" emorragico).

⁴ Tali decisioni hanno infatti suscitato nei commentatori forti perplessità: v. *ex multis*, con riferimento alla terza sentenza citata nella precedente nota, Parola, *Recesso dal contratto di compravendita di pacchetti turistici e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 1, 13 e ss. (cfr. in particolare le conclusioni a 23 s.).

lui impossibile utilizzare la prestazione del locatore, quando invece quest'ultimo per parte sua ha in quel mese continuato l'esecuzione del contratto, adempiendo integralmente – e non parzialmente – il suo obbligo di concedere il godimento dell'immobile, che è rimasto nella disponibilità dell'inquilino.

Non può dunque non rilevarsi come l'**art. 1464 c.c.**, che come si è detto può applicarsi sia all'impossibilità parziale che a quella temporanea, si riferisca a fattispecie in cui l'impossibilità parziale (o temporanea) della prestazione dovuta da una delle parti del contratto ha determinato la sua parziale (o temporanea) liberazione, potendosi solo in tale caso giustificare una corrispondente riduzione (o sospensione) anche della prestazione a carico dell'altra parte.

Nei casi che qui si considera, invece, il locatore non è liberato dai suoi obblighi, restando il bene di sua proprietà nella piena disponibilità del locatario, per quanto il *factum principis* impedisca temporaneamente a quest'ultimo di trarne in tutto o in parte utilità.

Le norme sull'impossibilità sopravvenuta non consentono, pertanto, al locatario di sospendere o ridurre unilateralmente il pagamento del canone: dare di tali norme un'interpretazione infondata, significa, come si è già rilevato, spostare arbitrariamente le conseguenze finanziarie dell'epidemia da una parte all'altra del contratto, sulla scorta della considerazione, non giuridica, che tale soluzione sia più giusta o più opportuna.

In base alle norme generali del Codice Civile non è questo il modo di regolare l'eventualità che elementi sopravvenuti, quali le misure di contenimento adottate dal Governo, alterino l'equilibrio economico dei contratti in essere, ai quali può invece applicarsi, se ricorrono i presupposti stabiliti dalla legge, il diverso rimedio qui di seguito considerato.

3.4. Ai contratti a esecuzione continuata o periodica (c.d. contratti «di durata», tra i quali le locazioni), nonché a quelli a esecuzione differita, può applicarsi il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (**art. 1467 c.c.**), secondo cui il contratto può risolversi quando la prestazione, per il verificarsi di «avvenimenti straordinari e imprevedibili», è diventata per una delle parti «eccessivamente onerosa» rispetto al rapporto di scambio risultante dalle originarie pattuizioni contrattuali.

Le misure di contenimento stabilite dal governo, soprattutto se si protrassero, potrebbero infatti alterare definitivamente l'economia complessiva di alcuni contratti, rendendo eccessivamente gravosa la prestazione della parte che, a causa delle suddette misure, non può più trarre dal contratto le originarie utilità in considerazione delle quali esso è stato concluso.

Ma occorre, ovviamente, distinguere caso per caso. Per esempio, non può ritenersi risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta una locazione della durata di sei anni di un ristorante che, per il rispetto delle misure di contenimento del contagio, debba restare chiuso uno o due mesi. È difficile stabilire in generale per quanto tempo la compressione delle facoltà di godimento debba durare perché il contratto possa ritenersi risolubile ai sensi dell'**art. 1467 c.c.**, ma è chiaro che l'alterazione del rapporto di scambio deve essere tale da giustificare la definitiva risoluzione del rapporto, non la temporanea riduzione del corrispettivo – rimedio, quest'ultimo, che la disposizione in commento non contempla. L'**art. 1467 c.c.** non distingue, infatti, tra eccessiva onerosità temporanea o definitiva, rilevando la prima solo in quanto dia luogo alla seconda.

424

Ciò comporta, tornando all'esempio, che se il ristorante dovesse restare chiuso per due mesi, il rimedio non sarà applicabile, per quanto possa teoricamente (ma non secondo diritto) ritenersi giusta, per quei due mesi, una riduzione del canone. Infatti, se l'alterazione dell'equilibrio complessivo dell'intero contratto non raggiunge la soglia richiesta, e di conseguenza il contratto non può essere risolto, esso deve continuare a essere regolarmente eseguito.

Inoltre, se il contratto è risolubile, soltanto *«la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto»* (**art. 1467, comma 3, c.c.**).

È pertanto *contra legem* l'idea, da taluni sostenuta, secondo cui i locatari di immobili a uso commerciale avrebbero il diritto di autoridursi il canone per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica. Secondo tale opinione, sarebbe inadempiente della buona fede contrattuale il locatore che, in questa situazione, non offra la modifica di cui all'**art. 1467**, terzo comma, cod. civ., con la conseguenza che il locatario potrebbe rifiutare ex **art. 1460 cod. civ.** il pagamento integrale del canone per tutto il tempo in cui i provvedimenti governativi impediranno l'apertura del locale a uso com-

merciale ⁵. Tale interpretazione contraddice due volte la legge: in primo luogo, come si è detto, non sempre la temporanea alterazione dell'equilibrio economico del rapporto giustifica la risoluzione **ex art. 1467 cod. civ.**; in secondo luogo, se il contratto è risolvibile, per legge è soltanto la parte contro la quale la risoluzione è domandata che «può» evitarla offrendo la modifica delle condizioni contrattuali: sostenere un'operazione ermeneutica il cui risultato è che la parola «può» equivale alla parola «deve» non è interpretazione della legge, è una proposta di modifica della legge secondo un proprio personale senso di giustizia.

Peraltro, l'impiego nell'**art. 1467 c.c.** della parola «può» e non della parola «deve», si ricollega a un principio fondamentale di diritto privato: l'equilibrio economico tra le prestazioni è contenuto contrattuale che non può essere modificato né dal giudice né da una soltanto delle parti del rapporto.

Infatti, a fronte della eccessiva onerosità sopravvenuta, cioè di eventi straordinari e imprevedibili che sconvolgono l'economia del contratto, esistono due possibili soluzioni: lo scioglimento del contratto oppure la sua riconduzione a equità, cioè la modifica dei suoi contenuti. Entrambe le soluzioni, per il principio sopra richiamato, richiederebbero l'accordo tra le parti. In mancanza di accordo, l'**art. 1467 c.c.** consente in via eccezionale alla parte eccessivamente onerata di ottenere lo scioglimento del vincolo, ma non di ottenere la modifica del contratto senza il consenso della controparte. Peraltro, la parte che chiede la risoluzione deve necessariamente essere disponibile a entrambe le prospettive, la risoluzione del contratto o in alternativa la sua modifica fino a ricondurlo a equità, poiché tale modifica fa venire meno l'unica ragione in considerazione della quale l'ordinamento le riconosce il diritto di domandare la risoluzione.

L'ordinamento, pertanto, accorda soltanto alla parte contro la quale è domandata la risoluzione il potere di evitarla, mediante l'offerta di riconduzione del contratto a equità, per una ragione ben precisa: tale offerta accoglie la volontà di porre rimedio all'eccessiva onerosità che la parte aggravata ha con la sua domanda già manifestato e che non può revocare,

⁵ A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, 25 marzo 2020, in www.diritto bancario.it.

rifiutando l'offerta, senza sconfessare l'esigenza di riequilibrio del rapporto che l'ordinamento pone a fondamento della sua azione.

Nel sistema del Codice Civile è consentito dunque in via eccezionale che una delle parti, per la quale il rapporto è divenuto oggettivamente iniquo, possa liberarsi del vincolo contrattuale, ma non è ammesso neppure in via eccezionale che quella stessa parte possa unilateralmente imporre la modifica del contenuto economico dell'accordo.

Non a caso, anche in altre ipotesi in cui il vincolo è ingiusto (rescissione: **art. 1447 ss. c.c.**), può unilateralmente ottenersi soltanto la cancellazione dell'accordo, mentre la sua modifica richiede che la volontà di rimediare all'ingiustizia, manifestata dall'attore con la sua domanda, s'incontri con la volontà della parte contro cui la domanda è proposta, espressa dall'offerta di ricondurre il rapporto a equità (**art. 1450 c.c.**).

Consentire alla parte aggravata di chiedere e ottenere la modifica del rapporto senza che la controparte manifesti alcuna volontà, violando il terzo comma dell'**art. 1467 c.c.**, significa rimuovere una pietra angolare del nostro diritto privato, attribuendo di fatto al giudice il potere di riscrivere il contenuto economico del contratto a seguito della unilaterale richiesta di una delle parti.

4. - L'intervento normativo del Governo.

È ora opportuno esaminare il contenuto di una nuova norma di legge, recentemente introdotta con l'intento di evitare che i debitori possano ritenersi responsabili degli inadempimenti causati dalla necessità di rispettare le misure di contenimento del contagio adottate dal Governo.

Tale norma, contenuta nell'**art. 91 d.l. 17 marzo 2020 n. 18**, così recita: «All'articolo 3 del decreto – legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla **legge 5 marzo 2020, n. 13**, dopo il comma 6, è inserito il seguente: «6-*bis*. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli **articoli 1218 e 1223 c.c.**, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Questa disposizione risulta di difficile interpretazione, considerato che la

responsabilità del debitore, il quale non possa adempiere per la necessità di rispettare le misure di contenimento, avrebbe già potuto escludersi in applicazione dell'art. 1218 c.c. (uno dei due articoli richiamati dalla norma stessa), ai sensi del quale «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

Inoltre, la norma non afferma che il rispetto delle misure di contenimento «esclude sempre» la responsabilità del debitore, ma che esso «è sempre valutato» ai fini del giudizio di responsabilità. Tale disposizione ammette dunque il caso del debitore che sia ostacolato dalle misure di contenimento e che sia nondimeno responsabile dell'inadempimento, come potrebbe accadere se egli, attivandosi secondo ordinaria diligenza, avesse potuto esattamente adempiere nonostante la necessità di rispettare tali misure (in particolare, adottando sistemi di adempimento idonei a superare l'ostacolo e non eccessivamente onerosi: è possibile, per esempio, che un'azienda non abbia potuto consegnare merce perché il corriere che normalmente utilizza non è riuscito ad attrezzarsi per rispettare le misure di contenimento, ma ciò non esclude la possibilità che altri corrieri fossero in grado di effettuare la consegna nel rispetto delle suddette misure). Anche sotto questo aspetto la norma non ha peraltro portata innovativa, essendo pacifico il principio secondo cui «spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti»⁶.

Occorre tuttavia interrogarsi se le parole «il rispetto delle misure di contenimento (...) è sempre valutata (*rectius*, «valutato», *n.d.a.*) ai fini dell'esclusione (...) della responsabilità del debitore» non comportino una qualche modifica dell'ordinario regime probatorio (art. 1218 cod. civ.), in applicazione del quale il debitore, per liberarsi da responsabilità, dovrebbe fornire due prove: (1) che le misure di contenimento hanno reso l'esatto adempimento impossibile, e (2) che la causa impossibilitante non è a lui imputabile.

Quanto al primo aspetto, se la nuova norma dovesse interpretarsi nel

⁶ Così, fra le molte, Cass. civ. 16 aprile 2009, n. 9026.

senso di sollevare il debitore dall'onere della prova, allora al debitore basterebbe allegare (cioè affermare) che l'inadempimento è dovuto al rispetto delle misure di contenimento, mentre sarebbe il creditore, che ritenga tale affermazione infondata, a dovere provare che l'adempimento era possibile nonostante la necessità di rispettare dette misure. Tale esito interpretativo, cioè l'inversione dell'onere della prova rispetto all'impossibilità di adempiere, deve però escludersi, in quanto una tale grave deviazione dalla regola generale stabilita dall'**art. 1218 cod. civ.** sarebbe priva di qualsiasi giustificazione. Non esiste infatti alcuna ragione per ritenere che i debitori si trovino in difficoltà nel dimostrare in che modo la necessità di rispettare le misure di contenimento ha loro impedito l'esatto adempimento, essendo anzi tale prova relativa a circostanze che essi necessariamente conoscono e che l'emergenza epidemiologica non rende più gravoso dimostrare. Per il creditore, invece, sarebbe estremamente difficile provare che le misure di contenimento non hanno concretamente influito sulla sfera d'azione del debitore e sulla sua possibilità di adempiere, o che gli ostacoli determinati da dette misure erano in realtà superabili usando l'ordinaria diligenza, essendo tali prove riferite a circostanze (fra le quali l'organizzazione impiegata dal debitore) che il creditore nella generalità dei casi non conosce in dettaglio, o non conosce affatto.

428

Deve in proposito richiamarsi l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità che ha elaborato il principio di c.d. vicinanza della prova, secondo cui l'onere della prova deve essere ripartito, anche in deroga alle generali norme di legge, tenendo conto in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare ⁷.

La nuova norma può avere invece inteso determinare un'attenuazione dell'onere probatorio con riferimento al secondo dei suddetti elementi che il debitore deve dimostrare ai sensi dell'**art. 1218 c.c.**, cioè che la causa impossibilitante non è a lui imputabile. Le parole *«sempre valutato»* implicano infatti che il giudice non potrà mai negare che la necessità di rispettare le

⁷ Il principio è ormai pacifico; tra le più recenti può citarsi la pronuncia di Cass. 9 gennaio 2020, n. 297.

misure di contenimento del contagio abbia costituito «causa non imputabile» al debitore, alla stregua di una causa di forza maggiore, ma ciò nel quadro di una più ampia valutazione, che come si è detto non esime il debitore dal dimostrare che tale causa di forza maggiore ha realmente impedito l'esatto adempimento.

In definitiva, le parole «il rispetto delle misure di contenimento (...) è sempre valutato (...) ai fini dell'esclusione (...) della responsabilità» possono considerarsi alleviare l'onere probatorio a carico del debitore nel limitato senso che la necessità di rispettare le misure di contenimento del contagio dovrà essere sempre considerata quale causa di forza maggiore, ma non nel senso che il debitore sia esonerato dal dimostrare che il suo inadempimento è effettivamente derivato da tale causa impossibilitante.

Può, infine, considerarsi pleonastico il richiamo all'altra disposizione del Codice Civile cui la nuova norma fa riferimento, l'**art. 1223 c.c.**, che indica i criteri di liquidazione del danno («il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta»), dato che in assenza di responsabilità ovviamente non può esservi condanna al risarcimento del danno.

Tale richiamo, peraltro, svolge la limitata funzione di avvertire che l'ottemperanza alle misure di contenimento può, rispetto alla situazione di normalità in cui tali misure sono assenti, in certi casi ridurre l'entità del danno (se, per esempio, il debitore sia responsabile per non avere consegnato merce che, comunque, il creditore della prestazione non avrebbe potuto utilizzare, in quanto la sua attività era in quel momento completamente bloccata) e in altri casi aumentarla (si pensi alla mancata consegna di dispositivi di protezione individuale), anche se l'applicazione dell'**art. 1223 c.c.** e i conseguenti oneri di prova a carico del danneggiato escludono già di per sé la liquidazione di somme non corrispondenti all'entità del danno effettivamente subito e provato.

Deve dunque escludersi che il legislatore abbia inteso introdurre deroghe o eccezioni rispetto agli ordinari criteri di liquidazione del danno da inadempimento.

5. - Impossibilità della prestazione e impotenza finanziaria.

Si è da taluno sostenuto che la norma testé commentata dovrebbe essere interpretata come se si riferisse anche alle obbligazioni pecuniarie, giustificandone l'inadempimento o il ritardato adempimento da parte dei debitori le cui condizioni finanziarie siano deteriorate a causa della necessità di rispettare le misure di contenimento; altri hanno anche affermato che, indipendentemente dal contenuto della suddetta nuova norma, sarebbe ormai tempo di riconsiderare il concetto di impossibilità della prestazione fino a ricomprendervi, in accoglimento dei principi solidaristici anche costituzionali, i casi di c.d. impotenza finanziaria determinata da causa di forza maggiore, quale è l'attuale emergenza sanitaria ⁸.

Tali inviti non sembrano avere adeguatamente considerato quali sarebbero gli effetti della nuova regola che vorrebbero temporaneamente o definitivamente introdurre.

Infatti, come si è già illustrato, l'adozione di una tale soluzione provocherebbe un'incontrollabile serie di effetti a catena: se il locatario di un esercizio commerciale, chiuso per i provvedimenti adottati dal Governo al fine di limitare il contagio, fosse liberato dall'obbligo di pagare il canone, allora in virtù dello stesso principio anche il locatore, che impiega il canone per pagare le rate del mutuo bancario contratto per acquistare quell'immobile, dovrebbe essere liberato dai suoi obblighi nei confronti della banca. E così via di liberazione in liberazione.

La liberazione per impotenza finanziaria causata dall'epidemia e dalle conseguenti misure governative contagerebbe tutto il sistema, essendo palesemente iniquo liberare soltanto alcuni e non tutti i debitori che ne sono colpiti.

Ciò rende evidente quale sia il fondamentale ruolo assolto dal principio che nega all'impotenza finanziaria, anche incolpevole, l'effetto di liberare il debitore dall'obbligazione pecuniaria ⁹.

⁸ Tali opinioni si rinvengono negli articoli citati nella precedente nt. 1.

⁹ Su tale principio, pacifico, si v. Cass. civ. 15 novembre 2013, n. 25777, Cass. civ. 20 maggio 2004, n. 9628, e Cass. civ., 16 marzo 1987, n. 2691, peraltro non sempre chiare nell'individuare la *ratio*. La spiegazione formale del principio sottolinea infatti che non può esservi impossibilità oggettiva e assoluta di procurarsi il denaro per adempiere, essendo il denaro un bene generico (*genus numquam perit*). Ma vi è una spiegazione più profonda e complessa, che

Questo principio svolge, fra le altre, la funzione di impedire che ci si possa liberare dei propri debiti per la difficoltà finanziaria causata dal mancato pagamento dei propri crediti, regola che non si giustifica soltanto perché ognuno è arbitro, e quindi pienamente responsabile, dei rischi finanziari che si assume contraendo obbligazioni pecuniarie (principio che talvolta, come nello scenario odierno, potrebbe risultare troppo severo), ma anche per l'esigenza pratica di evitare che il danno finanziario causato da un mancato pagamento possa propagarsi senza limiti, esigenza, questa, che nell'attuale situazione non viene affatto meno ed è anzi più forte che mai. Infatti, in mancanza di tale principio, occorrerebbe per ogni mancato pagamento giudicare se sia vera l'affermazione del debitore di non avere potuto pagare per l'impotenza finanziaria determinata dall'impossibilità di riscuotere alcuni suoi crediti; e se tale giudizio, di per sé assai più complesso di un giudizio limitato al fatto in sé del mancato pagamento, conducesse alla liberazione di quel debitore, i creditori di quest'ultimo sarebbero legittimati ad avanzare analoghe istanze di liberazione dai propri debiti, istanze da considerare sulla base dello stesso principio e da decidere all'esito di ulteriori giudizi.

L'eliminazione o la sospensione del principio in esame rimuoverebbe dunque un fondamentale freno, che si oppone alla propagazione all'infinito del danno finanziario determinato dalle insolvenze, ciò che avrebbe l'ulteriore e deleterio effetto di moltiplicare e complicare le controversie e di vibrare un potentissimo colpo alla certezza delle contrattazioni, minata

si collega alla responsabilità patrimoniale del debitore e alla funzione che il denaro assolve nel sistema del diritto privato. Per il disposto dell'art. 2740 c.c., «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri», regola che trova attuazione pratica per la possibilità di convertire in denaro il valore dei beni del debitore mediante il procedimento esecutivo che conduce all'espropriazione e alla vendita di tali beni. Ciò comporta che il denaro in cui è possibile convertire tutti i beni presenti e futuri del debitore è posto a garanzia delle sue obbligazioni: ammettere per le obbligazioni che hanno per oggetto denaro la liberazione del debitore le cui condizioni finanziarie si siano incolpevolmente deteriorate, equivale a riconoscere al deterioramento incolpevole della garanzia costituita dal patrimonio del debitore l'effetto di far venire completamente meno tale stessa garanzia, sovvertendo il senso e la funzione del principio espresso dall'art. 2740 c.c. Sul tema del collegamento fra i suddetti due principi può citarsi C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 143 ss. (in particolare, laddove si afferma che nelle obbligazioni pecuniarie «la prestazione è sempre possibile in ragione della normale convertibilità in denaro di tutti i beni presenti e futuri»).

dall'introduzione di una nuova e ampissima causa di esclusione della responsabilità del debitore.

Se si vuole che l'enorme danno economico causato dall'emergenza sanitaria non resti a esclusivo carico delle imprese che ne sono direttamente colpite e sia invece equamente distribuito fra tutti i cittadini, che tale danno sia cioè sopportato, in applicazione di veri principi solidaristici, da ognuno in proporzione alla propria capacità di contribuire allo sforzo comune, allora la soluzione non può essere l'alterazione delle regole del diritto privato, che distruggerebbe l'economia e non garantirebbe affatto che le conseguenze finanziarie dell'epidemia siano distribuite in modo equo, ma soltanto l'intervento dello Stato, che impiegando il denaro pubblico, risorsa che tutti i contribuenti concorrono proporzionalmente a costruire, provveda ad aiuti finanziari, a interventi economici e a sgravi fiscali quanto più possibile intelligenti e mirati.

6. - Conclusioni.

Tirando le somme di queste provvisorie considerazioni, scritte durante l'emergenza epidemiologica, credo debba ribadirsi che il legislatore non dovrebbe introdurre un diritto speciale, modificando la disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti per fronteggiare i problemi creati dall'attuale situazione. Il Codice Civile, frutto di secoli di esperienza giuridica, regola i casi di forza maggiore, quali sono certamente quelli determinati dall'epidemia in atto e dalle conseguenti misure governative. Ampliare le ipotesi in cui il debitore può essere liberato e il contratto può essere risolto, come si è detto, non eliminerebbe il danno causato dall'emergenza sanitaria, ma lo sposterebbe semplicemente dal patrimonio di una parte del rapporto al patrimonio dell'altra, senza alcuna garanzia che ciò avvenga nella direzione effettivamente voluta e determinando una serie incontrollabile di liberazioni a catena.

Ciò che è bene non faccia il legislatore, a maggior ragione è bene che non facciano gli interpreti. Correggere le norme, facendo loro dire quel che esse invece non dicono, è una cura peggiore del male, perché, oltre a causare problemi analoghi a quelli dell'intervento legislativo, introdurrebbe anche interpretazioni e concetti errati che sarebbe poi molto difficile tenere confinati ai particolari casi determinati dall'emergenza in atto.

I privati, infine, devono prendere atto del fatto che molti contratti sono esposti al rischio di risoluzione, non soltanto per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, ma soprattutto per inadempimento (ciò che potrebbe compromettere l'interesse della parte adempiente non meno dell'interesse della parte inadempiente) o, quando consentito, per recesso (per esempio ai sensi degli **artt. 4 e 27 l. n. 392 del 1978**, ipotesi che il presente lavoro non ha trattato in quanto focalizzato sui generali rimedi previsti dal Codice Civile), e devono valutare con attenzione se ritrovarsi con nessun contratto sia situazione preferibile rispetto ad avere un contratto che genera, anche solo provvisoriamente, un reddito inferiore a quello inizialmente atteso.

Né può sottovalutarsi il rischio che i giudici, chiamati a decidere le controversie aventi per oggetto gli effetti delle misure di contenimento sui contratti, ricorrono a un soggettivo senso di giustizia e a quegli strumenti (buona fede, causa concreta, generali principi costituzionali) che permettono di adattare la decisione alle esigenze del caso concreto, entro limiti che dovrebbero essere insormontabili (fra i quali astenersi dal compiere scelte che spettano al legislatore) ma che certe interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali rendono, come si è visto, piuttosto evanescenti.

Si è accennato, in particolare, come sia da più parti sostenuto che a fronte di sopravvenienze straordinarie sussiste l'obbligo secondo buona fede di rinegoziare il contratto, per quanto tale tesi non abbia finora trovato accoglimento da parte della giurisprudenza e sia preferibile che non venga, proprio in questo momento, adottata in via legislativa, sia per il rischio di un'enorme inflazione di contenzioso coronavirus, sia perché gli investitori sarebbero scoraggiati se al ricorrere di determinate circostanze il giudice potesse di fatto riscrivere il contenuto economico dell'accordo, senza che esista più la possibilità di valutare liberamente se mantenere o cancellare il vincolo.

VIII
SOCIETÀ E CONCORRENZA

37.

Rilancio e rafforzamento patrimoniale delle imprese in crisi Covid

1. - Il tritico normativo.

Dopo i decreti “Cura Italia” e “Liquidità”, inframezzati da una serie di d.p.c.m. (categoria di atti amministrativi assunti agli onori della cronaca per le pretese normative che hanno), è giunto il tempo del “Decreto Rilancio”.

Si è così al terzo atto della saga legislativa al tempo del *Coronavirus* ed anche quest'ultimo provvedimento, al pari dei primi due e come già preannuncia il titolo, è tutto un programma.

Se il **d.l. 8 aprile 2020, n. 23**, puntava sull'allungamento della leva di debito, favorendo l'accesso delle imprese al credito bancario garantito dallo Stato, il **d.l. 19 maggio 2020, n. 34** (recante *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), scommette da un canto su un alcune misure a metà strada fra il capitale di credito e quello di rischio, dall'altro su di una timida leva fiscale che dovrebbe incoraggiare le imprese alla realizzazione di specifiche operazioni societarie finalizzate al rilancio aziendale.

Queste misure sono contemplate nell'art. 26, rubricato *Rafforzamento patrimoniale delle imprese di medie dimensioni*.

2. - La magia delle parole.

Una prima notazione è legata al nome con cui suole appellarsi il **d.l. n. 34 del 2020**: “*Decreto Rilancio*”.

Si tratta senza dubbio di una perifrasi razionalmente ambiziosa, che evoca un provvedimento portatore di norme proattive e risolutive, tese, appunto, al rilancio aziendale delle imprese colpite dalla crisi epidemiologica.

Si tratta di una locuzione finalisticamente significativa che, insieme a quelle usate per sintetizzare i due precedenti decreti legge (“Cura Italia” e “Liquidità”), dovrebbe chiudere il cerchio della normativa emergenziale, poiché, dopo la diagnosi, con la prescrizione della necessaria cura, e l’iniezione della medicina al malato, assunta la guarigione del paziente, si assiste alla sua ripresa, grazie ad una terapia di mantenimento e definitivo superamento della patologia.

Si tratta infine di un modo di dire, figlio di una moda in voga che consiste nell’uso di espressioni suggestive e divulgative per comunicare sinteticamente alla comunità i contenuti e le finalità di un provvedimento normativo, al di là dei profili tecnico-giuridici che lo circondano e della sostenibilità applicativa delle norme che lo compongono.

È proprio così? Ci troviamo veramente di fronte ad un complesso legislativo unitario, per così dire, di “attacco” o, piuttosto, siamo al cospetto di una serie di norme con finalità eminentemente “difensive”?

3. - L’art. 26 del Decreto Rilancio e sua ratio.

Le misure varate dal Governo sono adottate in *deficit* pubblico per contrastare un’emergenza sanitaria inedita e la loro efficacia è condizionata all’autorizzazione della Commissione europea. Esse in effetti si traducono in aiuti di Stato temporanei, sia sotto forma di sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o agevolazioni fiscali, che di prestiti a tassi agevolati (cfr. i § 3.1 e 3.3 della Comunicazione della Commissione, 2020/C91 1/01, intitolata “Quadro temporaneo per le misure di aiuti di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del Covid-19”).

Le norme recate dal Decreto Rilancio, come quelle dei provvedimenti già promulgati, sono di carattere eccezionale e, perciò, di stretta interpretazione. Soltanto in seguito si vedrà se il pacchetto normativo confezionato riuscirà a guadagnare uno spazio applicativo di più ampio respiro rispetto alle stringenti necessità del momento.

L’art. 26 rientra in questa logica: disposizione lunga e malmostosa, for-

mata da ben 21 commi (non tutti sempre coerenti e di facile lettura) ed emanata per contrastare gli effetti del *Coronavirus* sulle imprese, ha l'ambizione di voler incidere su di una causa endemica che affligge il capitalismo italiano, ancora troppo largamente dipendente dal credito bancario. Per superare la sottocapitalizzazione, si punta su operazioni di rafforzamento patrimoniale delle imprese che, contribuendo al riequilibrio tra fondi propri e altrui, permettono a chi ne ha necessità e con un merito creditizio migliorato di accedere ad altre forme di sostegno finanziario all'attività economica.

L'idea di fondo appare condivisibile, gli strumenti applicativi per attuarla meno. La strada della ricapitalizzazione, del resto, non è nuova, perché, sia pure per finalità non perfettamente coincidenti, viene adottata per le banche (che, insieme agli intermediari finanziari ed assicurativi sono esclusi dal campo di applicazione della legge), tenute a rafforzare i propri coefficienti patrimoniali per fronteggiare, con imponenti accantonamenti in bilancio, le perdite sugli impieghi. E alla fine sta forse a dimostrare come la ricetta del capitalismo renano finisca nei fatti con il rivelarsi più sicura di quella che fa invece premio totalmente o quasi sul *leverage*.

4. - L'ambito soggettivo di applicazione.

L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 26 attrae a sé tutte le società di capitali e le cooperative, nonché le società europee e le cooperative europee, aventi sede legale in Italia e rispondenti a determinati requisiti. Per poter beneficiare delle misure di rilancio, infatti e tra le altre cose, devono aver conseguito nel 2019 ricavi compresi in una forchetta fra gli euro 5.000.001 e gli euro 10.000.000.

Sorgono due dubbi.

Si coglie innanzitutto una discrasia fra ciò che preannuncia la rubrica (ma *rubrica non facit legem*), confermata dal legislatore storico (la cui opinione non vincola l'interprete), ed il suo portato precettivo: se la rubrica dell'art. 26 e la relazione illustrativa fanno esclusivamente riferimento alle imprese di *medie* dimensioni, il contenuto della norma, in ragione delle soglie di ricavi tenute presenti, potrebbe probabilmente applicarsi anche alle piccole imprese.

La nozione di impresa presa in considerazione dall'art. 26 è poi più ristretta di quella accolta in sede comunitaria, che si estende fino a ricomprendere ogni attività economica, tra cui quella svolta dai lavoratori autonomi e dai liberi professionisti (cfr., ad esempio, Corte giust. UE, 19 febbraio 2002, C-399/99).

5. - Dubbi.

Il primo dubbio deriva dal fatto che fra le condizioni che le imprese devono soddisfare per ricevere i contributi diretti, o usufruire delle agevolazioni fiscali, la lett. a) del comma 1 stabilisce la misura dei ricavi che, nel 2019, non deve aver superato il tetto dei 50 milioni di euro, pur dovendo essere stata, a seconda dei casi, superiore ai 5 milioni ovvero ai 10 milioni di euro. Per i gruppi, le medesime soglie vanno riguardate su base consolidata, tenuto conto del più elevato grado di consolidamento e senza considerare i ricavi conseguiti all'interno del gruppo, ossia in modo disaggregato per ciascuna entità appartenente al gruppo.

Nella disposizione il riferimento è ai *ricavi*, là dove la definizione di PMI contenuta nella Raccomandazione 6 maggio 2003, n. 2003/2361/CE, parla, oltre che del numero dei dipendenti, di *fatturato annuo* o di *totale di bilancio annuo* (art. 2 dell'Allegato).

È plausibile immaginare che il legislatore abbia pensato che le misure previste dall'art. 26 vadano ad esclusivo beneficio delle medie imprese? Non è una domanda a cui è semplice rispondere. È vero però che le agevolazioni previste dal Decreto Liquidità in favore delle PMI (capitale di prestito) sono differenti da quelle stanziare con il Decreto Rilancio (*mix* fra capitale di rischio e di credito, con incentivi fiscali).

L'eventuale esclusione delle piccole imprese dal novero dei soggetti beneficiari potrebbe suonare come irragionevole e, perciò, discriminatorio e lasciare a bocca asciutta numerosi operatori in difficoltà, con buona pace delle finalità di rilancio cui aspira il nostro legislatore. Anche perché le piccole imprese non sembrano coperte dal precedente art. 25, in virtù del quale sono erogati contributi a fondo perduto in una percentuale calcolata sulla differenza negativa fra i ricavi (o i compensi) conseguiti ad aprile 2019 e ad aprile 2020. Cosa accade, in conclusione, per le piccole imprese che

hanno un fatturato annuo o un totale di bilancio superiore ai 5 milioni di euro?

L'art. 26, invece, non si applica alle microimprese, vale a dire a quelle entità con un fatturato annuo o un totale di bilancio non superiore a 2 milioni di euro.

6. - Segue.

L'art. 26, come detto, prende in considerazione soltanto le società di capitali, le cooperative e le società o le cooperative europee titolari di imprese di medie dimensioni. Ma, come ricordato, per la normativa europea (cui si informa quella interna) è impresa ogni entità che eserciti un'attività economica, *a prescindere dalla forma giuridica rivestita*. Sono quindi imprese, oltre alle società di capitali e alle cooperative, anche le società di persone e le associazioni che promuovono un'iniziativa economica, le attività artigianali, nonché quelle svolte in forma individuale o familiare.

Si può immaginare che, siccome una delle condizioni [lett c) comma 1] che devono preesistere al fine di ricevere gli aiuti sia quello di aver – nel periodo tra il 19 maggio e il 31 dicembre 2020 (compreso) – deliberato ed eseguito un aumento di capitale sociale a pagamento, siano escluse tutte quelle imprese che non rivestano la forma di s.p.a., s.r.l. o s.a.p.a., per le quali non è prevista una disciplina *ad hoc* per il capitale nominale e le sue variazioni.

La scelta è discutibile, perché lascia indietro le società di persone, numericamente e statisticamente molto presenti nel tessuto economico nazionale (per il principio di trasparenza fiscale e l'agilità operativa che le contraddistinguono). Nella s.n.c. e nella s.a.s. (che comunque rientrano nello schema dell'art. 2247 c.c.), peraltro, non mancano regole embrionali in ordine ai conferimenti e, indirettamente, al capitale sociale (art. 2296, n. 6, c.c.), per cui non può escludersi aprioristicamente che quest'ultimo venga aumentato con nuovi conferimenti.

7. - Le misure contemplate dall'art. 26. Il credito di imposta in favore della conferitaria.

Le misure stabilite in favore delle imprese colpite dal Covid-19 sono, sostanzialmente, tre.

La prima di esse consiste nel riconoscimento, in favore della società ricapitalizzata, di un credito di imposta (che non costituirà base imponibile) pari al 50% delle perdite registrate nell'esercizio 2020, che eccedano di almeno il 10% il patrimonio netto, al lordo delle perdite stesse, e fino alla concorrenza del 30% dell'aumento di capitale sociale deliberato ai sensi della lett. c) del comma 1 dell'art. 26 per dotare la società in perdita di nuovo capitale. Il credito di imposta non può comunque eccedere la cifra di euro 800.000 (commi 8, 9 e 20).

La legge si "accontenta" di perdite (che non necessariamente devono aver eroso in tutto o in parte il capitale sociale, ma) che devono aver intaccato il patrimonio netto di oltre il 10% ed è sulla base di quest'aliquota, tenuto conto dell'importo dell'aumento di capitale in precedenza deliberato ed integralmente liberato, che viene calcolato il credito di imposta.

Titolare del credito di imposta è, come anticipato, la società conferitaria.

8. - Il credito di imposta in favore del conferente.

Un credito di imposta, tuttavia, viene riconosciuto anche al socio conferente. L'agevolazione fiscale – che costituisce la seconda misura "premierale" prevista dalla legge – si giustifica perché presuppone un intervento finanziario dei soci. Essi sono chiamati ad effettuare nuovi investimenti in capitale di rischio con lo scopo di irrobustire la struttura patrimoniale della società partecipata ed a sopportare un potenziale sacrificio economico, dal momento che la distribuzione delle riserve di patrimonio netto disponibili è vietata fino a tutto il 31 dicembre 2023. Pena la decadenza dall'agevolazione fiscale e il versamento all'Erario di una somma pari all'aliquota compensata o non versata, maggiorata degli interessi legali.

La legge è muta sugli utili *medio tempore* eventualmente conseguiti, talché la loro divisione fra i soci (in conformità alla causa lucrativa delle società commerciali) non viene, almeno testualmente, inibita.

Il credito di imposta è assicurato grazie allo stanziamento di un apposito

fondo di 2 miliardi di euro nel bilancio dello Stato per l'anno 2021 e le modalità operative per la sua fruizione da parte degli aventi diritto sono rimesse ad un prossimo decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze.

9. - L'aumento di capitale.

L'art. 26 non reca deroghe al diritto di opzione in relazione all'aumento del capitale sociale cui sono tenute le società che vogliono accedere ai benefici di legge. Non sono stati (per adesso) introdotti casi specifici di esclusione o limitazione del diritto di opzione per favorire investimenti da parte di terzi estranei alla compagine sociale preesistente o assicurare la contendibilità del controllo societario.

L'aumento di capitale spiega i suoi effetti vantaggiosi sia in favore della società, che riceve mezzi freschi in vista della sua patrimonializzazione, sia, si ribadisce, del socio, che godrà di un credito di imposta nella misura del 20% del valore del conferimento.

La norma è muta sull'eventuale sovrapprezzo, cioè su quella parte del valore dell'apporto risultante dalla differenza fra il prezzo di emissione delle partecipazioni e il loro valore nominale. Il sovrapprezzo, incrementando il patrimonio della società conferitaria, confluisce in una riserva del netto tendenzialmente indistribuibile, cosicché è da ritenere che nell'aliquota del 20% vada ricompreso anche l'eventuale sovrapprezzo pagato sulle nuove partecipazioni.

Il *bonus* fiscale spettante al socio, in ogni caso, non può mai eccedere il 20% di euro 2.000.000, che rappresenta la somma massima dell'investimento a titolo di capitale di rischio nella società beneficiaria dell'aumento ammessa a godere dell'agevolazione fiscale. Il socio in altri termini, quand'anche conferisse risorse per oltre 2 milioni di euro, potrebbe al massimo vantare un credito di imposta pari ad euro 400.000 (ossia il 20% di euro 2.000.000).

Egli deve mantenere nel suo portafoglio la partecipazione ricevuta in cambio del conferimento fino al 31 dicembre 2023, pena la perdita e la restituzione del beneficio.

La norma lascia aperte alcune questioni, tra cui le più rilevanti sono: **a)** se

è possibile compensare il credito della società da conferimento con il precedente controcredito del socio da finanziamento; *b*) cosa accade se il socio perde la partecipazione a causa dell'integrale perdita del capitale sociale; *c*) se sono ammissibili durante il periodo andante dall'aumento di capitale al 31 dicembre 2023 operazioni straordinarie che implicano scambi partecipativi.

Il secondo e il terzo quesito non sollevano particolari problemi, perché la perdita integrale del capitale sociale è evento che dipende dalla gestione caratteristica dell'impresa che, in via di principio, non compete ai soci, e perché operazioni come la fusione e la scissione sono rette dal principio di continuità dell'attività.

Meno agevole si presenta viceversa la soluzione del problema in ordine alla compensazione.

Se infatti il credito da finanziamento del socio è postergato, essendo stato erogato in presenza di una delle due condizioni descritte dal comma 2 dell'**art. 2467 c.c.**, potrebbe non essere opposto in compensazione per liberare l'aumento di capitale sottoscritto (cfr., in giurisprudenza, **Trib. Roma, 6 febbraio 2017**, in *Giur. it.*, 2017, 1139). Resta sullo sfondo, poi, il discorso di sistema sul se la disciplina dell'**art. 2467 c.c.** riguardi soltanto i crediti sorti dai finanziamenti dei soci di s.r.l. o, volendo aderire alla tesi dell'esistenza di un dovere generale di corretto finanziamento dell'impresa, si estenda anche ai prestiti erogati dai soci di s.p.a.

Non sono ammesse a godere del *bonus* le società che, direttamente o indirettamente, controllano la società conferitaria, sono assoggettate a comune controllo o sono con la medesima collegate, oppure sono controllate dalla conferitaria. Non è chiaro, al contrario, se la società conferente che esercita sulla conferitaria attività di direzione e coordinamento possa godere del credito di imposta, considerato che i poteri di cui agli **artt. 2497 e ss. c.c.** possono prescindere dall'esercizio del controllo ai sensi dell'**art. 2359 c.c.**, che rappresenta soltanto una mera presunzione (**art. 2497 sexies c.c.**).

La capogruppo che esercita un'influenza dominante su una o più società rientranti nell'ambito di un gruppo – stando al tenore letterale dell'**art. 26** – parrebbe esclusa dal beneficio e questo potrebbe scoraggiare operazioni sul capitale nei gruppi, soprattutto nelle organizzazioni a raggiera.

10. - Le obbligazioni e i titoli di debito.

La terza misura è più innovativa e può servire forse a vivacizzare il mercato obbligazionario e dei titoli di debito (artt. 2410 e 2483 c.c.), che offre alle società private una raccolta alternativa della provvista finanziaria di cui hanno bisogno.

Il comma 12 dell'art. 26 prevede infatti la possibilità per le società contemplate dal comma 1 di emettere obbligazioni o titoli di debito – non sono inclusi nella lettera della norma gli strumenti finanziari partecipativi nominati dall'art. 2346, comma 6, c.c. – la cui sottoscrizione è tuttavia riservata non al mercato, bensì (nei limiti della sua dotazione e fino al 31 dicembre 2020) ad un Fondo alimentato da contributi pubblici, denominato “Fondo Patrimonio PMI” (il nome fortifica il dubbio manifestato nel § 5 che precede), che è gestito dall'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa S.p.A. – Invitalia, ovvero da società da essa solitariamente partecipata.

Gli strumenti finanziari in questione non devono già essere in circolazione. Deve trattarsi di nuovi titoli, emessi successivamente all'entrata in vigore del **d.l. n. 34 del 2020** proprio per fronteggiare la crisi generata dallo scoppio del *Coronavirus* e l'emissione deve essere preceduta da un aumento del capitale sociale non inferiore ad euro 250.000 [ultimo periodo della lett. c) del comma 1 dell'art. 26].

Il Fondo ha comunque dei vincoli, poiché la quota massima di strumenti finanziari che può sottoscrivere per ciascuna società deve adeguarsi al minore importo fra quello pari a 3 volte l'ammontare dell'aumento di capitale liberato e quello pari al 12,5% dell'ammontare dei ricavi conseguiti nell'esercizio 2019 (compresi nel *range* fra euro 5.000.001 ed euro 10.000.000).

La disposizione mira, in via di principio, ad incoraggiare investimenti cospicui in capitale di rischio, in grado di incrementare significativamente i mezzi propri della società, soprattutto se le società destinatarie degli aumenti hanno registrato ricavi elevati nel 2019. La quota finanziabile dal Fondo è, infatti, sempre la più bassa fra l'ammontare dell'aumento di capitale moltiplicato per tre volte e la misura massima del 12,5% del totale dei ricavi registrati nel 2019 (così, a fronte di un aumento di capitale di euro 250.000 eseguito da chi nel 2019 ha conseguito ricavi per euro

10.000.000, l'importo finanziabile sarà di euro 750.000 e non di euro 1.250.000).

Siccome la misura in parola può aggiungersi ad altre forme di finanziamento garantite dallo Stato (come nel caso della nuova finanza prevista dagli **artt. 1 e 13 d.l. n. 23 del 2020**), la società che intende cumulare le agevolazioni potrà ottenere l'intervento del Fondo in una misura non superiore alla maggior cifra fra il 25% dei ricavi del 2019, il doppio dei costi del personale sostenuti nel 2019 come risultante dal bilancio di esercizio o, qualora quest'ultimo non sia stato, beninteso, *ancora* approvato (sarebbe bene precisarlo), da conti certificati (da chi e in che modo?), ovvero all'ammontare, certificato dal legale rappresentante della società, del fabbisogno finanziario della società per i 18 mesi a venire.

Considerato che la legge apparentemente sembra disinteressarsi delle società costituite nel corso del 2019 o nei primi mesi del 2020, deve presumersi che l'unico criterio applicabile a tali neo società non può che essere quest'ultimo, anche se in realtà risulta davvero arduo comprendere come siffatte *start up* possano soddisfare le condizioni che i commi 1 e 2 dell'art. 26 prescrivono per accedere agli aiuti. L'alternativa sarebbe quella, per vero insoddisfacente, di lasciare fuori dal perimetro degli interventi tutte quelle nuove iniziative imprenditoriali che, fisiologicamente, sono più fragili nella competizione con le altre imprese e che generalmente non hanno ancora ammortizzato il costo degli investimenti effettuati per cominciare l'attività.

11. - Segue.

L'**art. 2412, comma 1, c.c.** stabilisce che le obbligazioni possono essere emesse per una somma che, complessivamente, non può eccedere il doppio del capitale del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato. L'ultimo capoverso del comma 12 dell'art. 26 dispone che l'emissione degli strumenti finanziari sottoscrivibili dal Fondo può avvenire anche superando il limite anzidetto.

Si tratta di una deroga, che trova il suo fondamento primario nel comma 2 dell'**art. 2412 c.c.**, secondo cui, quando la sottoscrizione dei titoli è desti-

nata ad investitori professionali sottoposti a vigilanza prudenziale in forza di una legge speciale, la soglia posta dal comma 1 del medesimo articolo può essere oltrepassata. Ne consegue che, in astratto, qualora il Fondo dovesse mettere in circolazione sul mercato secondario gli strumenti finanziari sottoscritti, risponderebbe della solvibilità della società emittente nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali.

Più in generale, occorre notare che l'emissione di strumenti finanziari in favore del Fondo non si colloca nell'ambito di un'operazione di massa, i titoli venendo rilasciati in favore di un unico creditore, e ciò determina qualche problema di coordinamento fra la normativa speciale (con i suoi interessi protetti) e disciplina comune.

Il Fondo è gestito da Invitalia o da entità da questa interamente partecipata. L'unico azionista di tale società pubblica è il Ministero dell'Economia e delle Finanze che, quale organo (amministrativo) dello Stato, è titolare di ampie prerogative di controllo ed è tenuto ad esercitare sulla partecipata una penetrante vigilanza di natura "prudenziale". Non bisogna dimenticare che vengono gestite risorse pubbliche, frutto del prelievo fiscale operato sul reddito dei cittadini.

12. - Il contratto di finanziamento.

I commi 14 15 e 16 dell'art. 26 regolano il contratto di finanziamento sottostante l'emissione degli strumenti finanziari e gli impegni che le società emittenti devono assumere per ottenere e mantenere i benefici.

La disciplina è scarna e, come accennato, può essere dubbia l'applicazione della disciplina codicistica dettata per le obbligazioni societarie e i titoli di debito.

Il prestito sarà della durata massima di 6 anni decorrenti da quando il Fondo sottoscrive gli strumenti finanziari, che la società emittente ha facoltà di estinguere in via anticipata, ma non prima del decorso di 3 anni dalla loro sottoscrizione.

Nell'ipotesi in cui la società, per una qualunque ragione, sia destinataria di un'interdittiva antimafia, scatta l'obbligo di restituzione immediata delle somme ricevute in corrispettivo degli strumenti finanziari emessi; mentre nell'ipotesi in cui la società emittente venga dichiarata fallita, o sottoposta

ad altra procedura concorsuale (compresi gli accordi di ristrutturazione dei debiti che, secondo la S.C., rientrano nell'alveo delle procedure concorsuali: v., per esempio, Cass., 21 giugno 2018, n. 16347), il credito restitutorio del Fondo (per capitale ed interessi) sarà subordinato a tutti gli altri crediti chirografari, ma dovrà essere rimborsato prima dei crediti derivanti dai finanziamenti soci e del capitale.

Il credito del Fondo ha quindi un doppio volto: è *junior* rispetto a tutti i crediti chirografari verso la società emittente diversi da quelli dei soci, là dove è *senior* rispetto a questi ultimi. Potrebbe definirsi un credito “semi-subordinato” o “parapostergato”.

13. - Gli impegni della società emittente.

La disposizione stabilisce gli impegni che la società emittente deve assumere e che sono finalizzati da una parte alla salvaguardia del patrimonio netto e della continuità aziendale, dall'altra ad assicurare forme di controllo da parte del gestore del Fondo circa l'impiego del prestito.

La società emittente non deve deliberare o comunque effettuare, nell'arco temporale che va dalla presentazione dell'istanza di accesso fino all'estinzione definitiva degli strumenti finanziari, la distribuzione di riserve o l'acquisto di proprie azioni o quote (operazione, quest'ultima, già vietata dalla legge: art. 2474 c.c.), né rimborsare finanziamenti ai soci.

La società è, inoltre, obbligata a destinare il prestito per sostenere costi del personale, per investimenti produttivi o per incrementare il capitale circolante. Si tratta di finanziamenti di scopo (alla stessa stregua di quelli erogati dalle banche sulla scorta del Decreto Liquidità), il cui obiettivo è di rilanciare imprese e attività localizzate in Italia.

La società è, infine, tenuta a fornire al gestore del Fondo un rendiconto periodico, secondo i contenuti, le cadenze temporali e le modalità da costui indicati. Si tratta di obblighi informativi da un canto strumentali alla verifica del rispetto dei predetti impegni a carico dell'emittente, dall'altro finalizzati all'osservanza delle altre clausole previste nel contratto di finanziamento e del contenuto degli strumenti finanziari emessi. Ad esempio, il tasso di interesse applicabile, le modalità di conteggio e le relative scadenze, nonché eventuali “premi” da riconoscere, in termini di ridu-

zione del valore del prestito da restituire, all'emittente virtuoso che abbia raggiunto gli obiettivi prefissati.

È da domandarsi se il contenuto del contratto di finanziamento e degli strumenti finanziari possono essere implementati, con previsioni che, tenuto conto della provenienza del denaro impiegato per la sottoscrizione dei titoli, proteggano maggiormente il creditore dal pericolo dell'inadempimento della società debitrice o che prevedano determinati condizioni o eventi rischiosi per la posizione del Fondo, all'avverarsi dei quali sia possibile rinegoziare il prestito o chiederne il rimborso anticipato ed integrale.

Le previsioni contenute nel comma 15 dell'art. 26, in effetti, sembrano autorizzare l'inserimento nel contratto di appositi *covenants* finanziari e/o gestori, per meglio verificare l'impiego delle pubbliche risorse.

14. - Le condizioni di accesso.

Veniamo alle condizioni di accesso alle misure contemplate della legge.

I commi 1 e 2 dell'art. 26 prevedono un doppio livello di condizioni che l'impresa richiedente deve soddisfare per ricevere le agevolazioni (le regole della procedura sono contenute nei commi 17 e 18).

Le società interessate devono: **a)** aver conseguito – nel periodo di imposta 2019 – ricavi superiori ad euro 5.000.000 o, se intendono ricevere prestiti dal Fondo, ad euro 10.000.000. I ricavi non devono superare il tetto massimo di euro 50.000.000, cosicché società che, nello stesso periodo di imposta, hanno registrato ricavi superiori alla detta cifra non potranno beneficiare delle misure contemplate dall'art. 26; **b)** avere subito, nel secondo bimestre del 2020, una contrazione dei ricavi non inferiore al 33% rispetto al secondo bimestre del 2019. La riduzione dei ricavi, nella ricordata percentuale, deve essere conseguenza diretta ed immediata dell'emergenza sanitaria; **c)** avere deliberato, dopo l'entrata in vigore del Decreto Rilancio ed entro il 31 dicembre 2020, un aumento di capitale sociale a pagamento, non inferiore a 250 mila euro se la società vuole accedere al Fondo. In qualsiasi caso, le partecipazioni emesse per fronteggiare l'aumento devono essere integralmente liberate.

Le società legittimate, ancora, devono: **a)** non essere state classificate, al 31

dicembre 2019, nella categoria delle imprese in difficoltà ai sensi della normativa europea (che può essere di non agevole decifrazione); **b**) essere in regola con il DURC ed il pagamento delle imposte; **c**) essere in regola con le disposizioni urbanistico-edilizie, con quelle in materia lavoristica e di prevenzione degli infortuni sul lavoro, nonché con la normativa sulla salvaguardia dell'ambiente; **d**) non aver ricevuto aiuti di Stato non dovuti e non essersi sottratte, in tale evenienza, alla restituzione di quanto per avventura indebitamente percepito; **e**) non essere destinatarie di misure di prevenzione di polizia; **f**) non annoverare soci *ed* amministratori (la norma non usa la particella disgiuntiva “o”, bensì la congiunzione “e”) che, negli ultimi cinque anni (dall'entrata in vigore del Decreto, dallo sfruttamento del credito di imposta o dall'inoltro dell'istanza non è chiarito), siano stati destinatari di una condanna definitiva per reati in materia di evasione fiscale. La disposizione reca una singolarità, che sembra porsi in contrasto con il principio della formale spendita del nome generalmente accolto con riferimento alla tematica della responsabilità per i debiti di impresa, poiché fa riferimento anche all'ambigua figura del *titolare effettivo*, richiamando così alla memoria la vecchia e da tempo abbandonata teoria dell'imprenditore occulto. Qui (come altrove) occorreranno opportuni chiarimenti in sede di conversione, anche perché si tratterebbe di assolvere un onere della prova (a carico di chi eccepirebbe la circostanza) non semplice; **g**) possedere un numero di “occupati” inferiore alle 250 unità, ma soltanto qualora vogliano ricevere finanziamenti dal Fondo.

15. - Conclusioni.

L'art. 26 prevede molte altre cose, ma la sensazione che si ha è che le misure recate, ad onta dei buoni propositi, sono apprezzabili più in chiave “difensiva” che non “offensiva”. L'intera platea delle piccole imprese, peraltro, pare essere stata lasciata scoperta.

Il toro, insomma, non viene preso per le corna, la normativa si presenta esegeticamente complicata e spesso si ha difficoltà nel ricondurla a sistema. Si sente, pressante, la necessità di una reale semplificazione e di un minor tasso di tecnicismo nell'elaborazione di regole che avrebbero l'ambizione di traghettare il sistema paese al di là del guado.

Il credito di imposta può essere un buon espediente, ma il suo sfruttamento è limitato, tanto da non essere ritenuto fino in fondo un vero e proprio incentivo all'autofinanziamento delle imprese colpite dal Covid-19.

Il successo degli strumenti finanziari dipenderà dal loro contenuto – che poi rifletterà quello dei sottostanti contratti di prestito (in definitiva da quale grado e intensità si intenderà riconoscere all'autonomia privata) – e, in particolar modo, dalla creazione di un mercato di questi titoli trasparente, efficiente e liquido.

38.

È privilegiato il credito di regresso spettante Sace in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?

1. Si pone l'interrogativo se, avendo Sace garantito un credito derivante da finanziamento bancario concesso ad un'impresa in difficoltà per la situazione provocata dalla pandemia di coronavirus ed essendo stata escussa la garanzia per non avere l'impresa potuto adempiere il proprio obbligo restitutorio, il credito di Sace, surrogatasi alla banca finanziatrice, sia o meno munito del privilegio indicato dall'art. 9, comma 5, **d.lgs. n. 123 del 1998**.

Osserverei, anzitutto, che il citato **d.lgs. n. 123 del 1998**, pur se assai mal formulato, sembra voler dettare principi di portata generale, come si evince dalle espressioni adoperate nell'art. 1, comma 3, («I principi del presente decreto costituiscono principi generali dell'ordinamento dello Stato») e nell'art. 12, comma 2 («I principi desumibili dal presente decreto costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico») (**Cass. civ. n. 2663 del 2019**). Fermo perciò restando che altri successivi strumenti normativi ben possono ovviamente dettare singole disposizioni speciali volte a disciplinare aspetti degli interventi di sostegno pubblico all'economia in modo difforme da quanto stabilito nel **d.lgs. n. 123 del 1998**, non mi pare azzardato affermare che, ove non derogato da tali disposizioni speciali, quel che è stabilito in via generale dal predetto decreto possa continuare a trovare applicazione. E potrebbe essere, appunto, il caso del privilegio disciplinato dal comma 9 dell'art. 5, che quindi, in difetto di

indicazioni specifiche di segno contrario, risulterebbe invocabile anche per crediti derivanti da forme di sostegno pubblico all'economia previste da disposizioni normative diverse (quali quelle di cui al **d.l. n. 23 del 2020**). È vero che si parla di "principi generali" e che la previsione normativa del privilegio costituisce una "regola", piuttosto che un "principio", ma, come s'è accennato, la terminologia del legislatore appare qui quanto mai approssimativa, e sarebbe difficile individuare nel **d.lgs. n. 123 del 1998** principi, anziché regole, onde sembra ragionevole concludere che anche regole come quella dettata dal comma 5 dell'art. 9 siano da intendere come aventi portata generale e, perciò, siano destinate a valere in presenza di qualsiasi ipotesi di intervento pubblico a sostegno dell'economia (trattandosi in questo caso, del resto, di una regola che presuppone un principio: quello di salvaguardia della finanza pubblica).

Perciò, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni commentatori (A.A. Dolmetta, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, I, 270 ss.), mi sembra che il mancato espresso richiamo al **d.lgs. n. 123 del 1998**, nell'ambito della disciplina emergenziale dettata dal **d.l. n. 23 del 2020** di per sé potrebbe non essere ostativo all'applicazione dell'art. 9 del primo decreto anche agli "interventi" previsti dal secondo.

2. Non credo che in questo contesto rilevi il disposto del comma 2 dell'art. del decreto liquidità, che prescrive un «concorso paritetico e proporzionale tra garante e garantito nelle perdite per mancato rimborso del finanziamento». Concordo pienamente con chi ha osservato che tale disposizione non è di immediata lettura (A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia*, cit., 269). Già l'accostamento tra gli aggettivi paritetico e proporzionale crea qualche problema, perché un conto è dividere le perdite in pari misura altro è dividerle in proporzione ad un qualche parametro (verosimilmente l'entità dell'impegno finanziario assunto da garante e creditore garantito, quando la garanzia non abbia coperto l'intero finanziamento). A parte ciò, sarei comunque propenso a leggere questa infelice norma come volta unicamente a regolare il rapporto tra garante e creditore garantito, nel caso in cui l'insolvenza del debitore abbia provocato il mancato rimborso (in tutto o in parte) del finanziamento. Non ne trarrei invece conseguenze in ordine al regime

privilegiato (o meno) del credito del finanziatore e/o di quello di regresso del garante che sia stato escusso, perché l'eventuale privilegio esplica i propri effetti nei confronti della massa di tutti i restanti creditori, mentre qui il legislatore sembra aver voluto interessarsi soltanto di come il peso dell'insolvenza del debitore si ripartisca tra creditore e garante.

In altri termini credo che, impregiudicata la questione se in caso di fallimento del debitore il creditore e/o il garante godano di un qualche privilegio, si porrà poi la necessità di ripartire tra costoro l'eventuale perdita nei termini indicati dal citato art. 2, comma 1.

3. Ritornando al quesito iniziale, si tratta allora di comprendere bene quale sia davvero la portata del privilegio enunciato in via generale dal comma 5 dell'**art. 9 d.lg. n. 123 del 1998** e come eventualmente esso possa operare in favore di Sace per la garanzia da quest'ultima prestata in base alla normativa emergenziale.

E qui sorge subito un primo problema: il privilegio è testualmente riferito ai "crediti nascenti dai finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto". Ho già detto perché il riferimento al "presente decreto" potrebbe non ostare all'applicazione del privilegio anche a crediti da finanziamenti pubblici erogati in base a decreti diversi, qualora ci si trovi nella medesima situazione di sostegno pubblico all'economia, ma la norma specifica che deve trattarsi di crediti derivanti da "finanziamenti". È sorto perciò il dubbio se il credito di Sace, derivante dall'escussione della garanzia prestata per i finanziamenti bancari alle imprese in difficoltà, rientri o meno in tale definizione. Ovviamente si tratta di un credito per restituzione di un finanziamento, ma all'origine il finanziamento non è operato con denaro pubblico: pubblica è solo la garanzia di Sace.

Qui, purtroppo, di nuovo la terminologia del legislatore appare ambigua, perché la medesima disposizione che si sta esaminando fa anche espresso riferimento alle "restituzioni di cui al comma 4", e quest'ultimo non parla di crediti da restituzione di finanziamenti, bensì di "restituzione dell'intervento".

Tenuto conto sia dell'ampia formulazione dell'art. 1, comma 1, sia del modo in cui l'art. 7, comma 1, individua le forme dei "benefici determinati dagli interventi", non par dubbio che anche la concessione di garanzie pubbliche rientri nella nozione di intervento di sostegno all'economia cui

si riferiscono i “principi” dettati dal medesimo decreto. La ratio sottesa alla concessione del privilegio, pertanto, indurrebbe a sciogliere l’ambiguità terminologica del testo normativo in favore della soluzione più ampia: ossia ritenendo che il privilegio assista non solo i crediti per restituzione di finanziamenti direttamente erogati da un ente pubblico, ma anche quelli conseguenti all’escussione di garanzie rilasciate dall’ente pubblico per effetto delle quali il medesimo ente pubblico si sia surrogato nel credito da restituzione originariamente spettante al finanziatore garantito. L’obiezione (Obiezione sollevata da S. DELLE MONACHE, *Garanzie rilasciate da SACE s.p.a. e privilegio ex art. 9 d. lgs. 123 del 1998*, in questa Rivista) secondo cui una tale soluzione sarebbe asistemica, non potendo un credito divenire privilegiato se tale non è da principio (Infatti il privilegio in esame compete solo ai crediti per la restituzione delle erogazioni pubbliche e non si estende al mutuo concesso dalla banca all’impresa (Cass. civ. n. 17111 del 2015)) e sol perché la sua titolarità è passata in capo ad un soggetto diverso, senza che ciò incida sulla causa del credito, mi pare molto concettuale e potrebbe non reggere al vaglio della “giurisprudenza degli interessi”. È l’escussione della garanzia che mette in gioco il denaro pubblico ed è questo che giustifica l’attribuzione del privilegio (Cass. civ. n. 2664 del 2019 evidenzia la valenza sistematica del termine “finanziamento” nel quadro normativo generale e sottolinea la necessità di dare risposte omogenee ad analoghe esigenze di tutela del pubblico denaro; soluzione approvata da A. BOLOGNESE, *Il privilegio dei crediti nascenti dalla revoca del finanziamento pubblico per il sostegno alle imprese: il caso della revoca della garanzia*, in *Fall.*, 2019, 897 ss.).

4. Riprendendo però in esame il citato art. 9, comma 5, balza subito all’occhio che il privilegio ivi previsto (privilegio che, per sua natura, non tollera applicazioni analogiche e mal si presta anche ad interpretazioni estensive collocandosi al di fuori del codice civile (Cfr. Cass., sez. un., n. 11930 del 2010)) non afferisce ai crediti nascenti dal mero fatto della mancata restituzione del finanziamento (o dello “intervento”) da parte dell’impresa beneficiaria, con conseguente escussione della garanzia rilasciata da Sace ed insinuazione di quest’ultima nel passivo dell’impresa finanziata (in surroga del credito vantato dalla banca finanziatrice), ma sembra riguardare unicamente i crediti derivanti dalla mancata restitui-

zione di finanziamenti che siano stati revocati, ai sensi dei commi precedenti del medesimo art. 9. Ora è vero che la revoca può dipendere non soltanto da patologie inerenti alla fase dell'erogazione della sovvenzione ma anche da eventi che riguardano la fase successiva di gestione del rapporto, ivi compresi "azioni o fatti addebitati all'impresa beneficiaria" (art. cit. comma 4), e tuttavia non sembra facile condividere l'orientamento giurisprudenziale che fa rientrare tra questi "fatti addebitabili" pure l'inadempimento del debitore (Cass. civ. n. 2663 del 2019, cit.) (di per sé idoneo a far escutere la garanzia). Anche a prescindere dal rilievo che la revoca parrebbe pur sempre dover implicare il venir meno della ragione per la quale il finanziamento è stato concesso e che ciò poco ha a che fare col mancato adempimento dell'obbligo di restituzione (che può dipendere anche da insolvenza incolpevole e, comunque, non denota di per sé un uso improprio del denaro erogato), occorre notare che la norma istitutiva del privilegio sembra chiaramente richiedere che l'obbligo di restituzione (inadempito) derivi da uno specifico provvedimento amministrativo di revoca della sovvenzione. Il mero fatto che il beneficiario non sia in condizione di restituire alla banca quanto ha ricevuto, e che sia stata conseguentemente escussa la garanzia prestata da Sace, non pare perciò sufficiente ad integrare la condizione cui il legislatore ha subordinato l'attribuzione del privilegio, qualora non sia prima intervenuta la revoca (per qualsiasi ragione) del beneficio (In tal senso, oltre a S. DELLE MONACHE, op. e loc. cit., C. TRENTINI, *Privilegio dei crediti di restituzione derivante da risoluzione dei finanziamenti di sostegno pubblico alle attività produttive*, in *Fall.*, 2019, 606 ss., e M. MANCINI-T. STANGHELLINI, *L'ambito di applicazione del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.leg. n. 123/1998: le garanzie rilasciate da Sace spa*, in *www.ilcaso.it*, 2015).

L'orientamento assunto su questo punto dalla più recente giurisprudenza di legittimità (quella di merito è più variegata), pur se ispirato al lodevole intento di tutelare la finanza pubblica in ragione del pubblico interesse, sembra dunque discutibile.

5. Se è vero, però, che l'interpretazione letterale del testo normativo avalla la conclusione secondo la quale non basta il mero inadempimento dell'obbligo di restituzione del finanziamento a rendere privilegiato il credito di

Sace la cui garanzia sia stata escussa, potrebbe sorgere un dubbio circa la razionalità del sistema così delineato.

Non è facile comprendere perché il privilegio operi per i crediti restitutori conseguenti ad un comportamento del debitore che implica un uso improprio delle risorse pubbliche (o garantite da un ente pubblico), determinando così la revoca del beneficio, e non anche per ogni altra situazione (ivi compresa l'insolvenza incolpevole del medesimo del debitore) in cui la mancata restituzione generi ugualmente un credito restitutorio in capo al soggetto pubblico che quelle risorse ha erogato (Che la *ratio* del privilegio risieda nell'esigenza di assicurare alle risorse pubbliche adeguata protezione per poter garantire una continuità ai finanziamenti pubblici e, quindi, una più sicura e certa soddisfazione, è sottolineato anche da **Cass. civ. n. 21841 del 2017**, che ha riconosciuto detto privilegio anche in caso di contributi pubblici erogati a fondo perduto). Lo si potrebbe capire se il privilegio costituisse una sorta di sanzione per il finanziato che ha provocato (o concorso a provocare) la situazione patologica sfociata nella revoca, ma così non è. Il privilegio, infatti, non tocca la posizione del debitore, bensì regola il concorso tra i creditori. Se la *ratio* del citato art. 9, comma 5, come più volte ricordato, consiste nel rafforzare il credito dell'ente pubblico in considerazione delle finalità di interesse generale che quest'ultimo persegue nel sovvenzionare in vario modo le imprese che lo necessitano, può apparire poco ragionevole instaurare una diversa graduazione di preferenza del credito restitutorio, rispetto agli altri creditori concorrenti, a seconda che quel credito derivi o meno da vicende che afferiscono sì al debitore ma risultano del tutto indifferenti dal punto di vista dell'ente pubblico finanziatore (o garante) e del ristoro delle risorse pubbliche da quest'ultimo erogate.

Mi chiedo se un tale rilievo, qualora non bastasse a giustificare l'interpretazione "sostanzialistica" della Cassazione, discutibile per le ragioni sopra indicate e censurata dalla dottrina, non possa quindi ingenerare un dubbio di costituzionalità della normativa in esame (nella parte in cui non prevede che [...]).

6. Un'ultima osservazione.

Al richiamo operato nei modelli concordati tra Abi e Sace al comma 5 del citato art. 9 non credo si debba dare eccessivo peso. Se ne può trarre solo

la conclusione che quei soggetti intendono conformare i loro comportamenti all'indirizzo (pur forse discutibile, per quanto appena detto) della Cassazione, ma non di più. Infatti, di regola, i privilegi debbono avere sempre fonte legale ed anche quelli convenzionali sono ammessi solo quando la legge lo preveda (**art. 2475 c.c.**); e non è questo il caso. Se perciò la corretta interpretazione del dato normativo dovesse escludere la spettanza del privilegio, non credo che basterebbe l'eventuale consenso delle parti interessate a dargli invece fondamento giuridico.

39.

Le adunanze degli organi sociali delle cooperative ai tempi del Coronavirus

1. - L'emergenza sanitaria da Covid-19.

L'epidemia da Covid-19, valutata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità dapprima come *Public Health Emergency of International Concern* (PHEIC), un'emergenza di sanità pubblica a livello internazionale ¹ – tanto da indurre il Consiglio dei ministri ² a dichiarare lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili – e, successivamente, come pandemia, in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale ³, ha determinato e determinerà radicali cambiamenti nelle abitudini di vita quotidiana in ogni suo ambito.

Basti pensare alle misure di contenimento del rischio di contagio adottate dal Governo italiano attraverso il criticato strumento dei d.P.C.M. ⁴ ai sensi dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni in L. 5 marzo 2020, n. 13.

È noto come la legge da ultimo citata abbia conferito alle Autorità compe-

¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 gennaio 2020.

² Con delibera del 31 gennaio 2020.

³ Dichiarato dal Direttore generale della Organizzazione Mondiale della Sanità T. ADHANOM GHEBREYESUS nella conferenza stampa dell'11 marzo 2020, reperibile on-line al link: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>.

⁴ Cfr., per tutti, M. BETZU-P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in corso di pubblicazione in *BioLaw Journal*, 1 ss.

tenti il potere di «adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» nei comuni o nelle aree in cui fosse risultata positiva «almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio» da Covid-19 (art. 1, comma 1) nonché, con il rinvio “in bianco”⁵ contenuto all'art. 2, fuori dei suddetti casi il potere di «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza».

In forza di tale fonte primaria, come accennato, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha emanato diversi decreti (8 marzo 2020; 9 marzo 2020; 22 marzo 2020; 1° aprile 2020; 10 aprile 2020; 26 aprile 2020) con cui sono state disposte rigide misure di distanziamento sociale.

È innegabile come tali misure limitino libertà costituzionali quali la libertà di circolazione di cui all'**art. 16 cost.** o la libertà di iniziativa economica privata di cui all'**art. 41 cost.** in nome del bilanciamento con il diritto alla salute di cui all'**art. 32 cost.**

Senza entrare, però, nell'ambito di una disamina circa la legittimità delle misure adottate, specie di fronte alla riserva di legge contenuta nell'**art. 16 cost.**⁶ si vuole qui offrire uno spunto di riflessione su come tali misure incidano sul corretto funzionamento degli organi sociali in enti caratterizzati da una diffusa partecipazione quali le società cooperative.

Infatti, la situazione di emergenza epidemiologica e le conseguenti misure di contenimento del rischio di contagio si sono venute a manifestare nel periodo di massima importanza nella vita societaria: quello delle assemblee annuali per l'approvazione del bilancio e per il rinnovo delle cariche sociali⁷.

È così che il Coronavirus determina importanti conseguenze – che a loro volta trascinano seco numerosi interrogativi e dubbi interpretativi – nell'ordinario funzionamento degli organi sociali. Basti pensare alle misure di distanziamento sociale, al divieto di assembramento in luoghi pubblici o

⁵ Ancora, M. BETZU-P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, cit., 2.

⁶ Su cui ancora una volta si rimanda alle efficaci e largamente condivisibili riflessioni espresse da M. BETZU-P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, cit., 2.

⁷ Sottolinea ciò anche M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus (con una postilla in tema di associazioni e fondazioni)*, in M. IRRERA (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020, 62.

aperti al pubblico o, ancora, alla sospensione delle attività produttive non essenziali. Inoltre, il carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e le pessimistiche previsioni di una rapida soluzione del problema, unite all'inedita presenza di condizioni eccezionali come quelle attuali, rischiano di determinare un immobilismo ad oltranza degli organi delle società, non solo per quanto riguarda le assemblee, ma anche per gli altri organi collegiali quali consigli di amministrazione, comitati esecutivi o collegi sindacali.

2. - Le adunanze degli organi sociali e le misure legislative emergenziali.

Come accennato, il problema assume preminente rilevanza in relazione a quelle società con una base particolarmente diffusa, *in primis* le società cooperative. Appare oggi – e chissà per ancora quanto tempo – fantascientifico immaginare adunanze assembleari con la presenza di diverse centinaia di soci assebrati in un'unica sala, circostanza non certo ammissibile nemmeno in una c.d. fase 2 delle misure di contenimento del rischio di contagio ⁸.

463

Il tutto, inoltre, si scontra col fatto che l'adottabilità di soluzioni alternative che consentano la partecipazione da remoto sono ammesse solamente laddove ciò sia consentito dall'atto costitutivo (**art. 2538, comma 6, c.c.**). Lo stesso valga a dirsi per le riunioni del consiglio di amministrazione, in cui la presenza mediante mezzi di telecomunicazione è consentita solamente in virtù di una espressa clausola statutaria (**art. 2388, comma 1, c.c.**).

Né le regole di diritto comune consentono un esercizio indiscriminato del voto per delega: fermo il divieto assoluto di esprimere il voto per rappresentanza in seno al consiglio di amministrazione (**art. 2388, comma 3°, c.c.**), salvo diversa (e più restrittiva) previsione statutaria l'**art. 2539, comma 1°, c.c.** stabilisce che nelle cooperative ciascun socio possa rappresentare sino ad un massimo di dieci soci.

⁸ Anzi, totalmente da escludere stante l'espresso divieto di ogni forma di assembramento in luoghi pubblici e privati *ex art. 1, lett. d)*, d.P.C.M. 26 aprile 2020.

Ebbene, il diritto alla salute costituzionalmente tutelato (art. 3 e 32 Cost.) si scontra con altri pregnanti interessi di rilevanza sociale contemplati dalla nostra Legge fondamentale: si pensi non solo alla già richiamata disposizione che sorregge l'esercizio dell'attività economica (art. 41 cost.), ma anche all'espressa tutela del tipo di organizzazione economica in analisi contemplata dall'art. 45 cost. e finanche la libertà di associazione di cui all'art. 18 cost.

Inoltre, non può nemmeno trascurarsi come nelle società cooperative l'esercizio dei diritti sociali risulti plasmato sulla centralità della persona del socio ⁹, secondo il principio dell'*uno vale uno*.

È su tale sfondo che il legislatore dell'emergenza epidemiologica è intervenuto con il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. d.l. Cura Italia, convertito, con modificazioni, nella L. 24 aprile 2020, n. 27), recante «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19» prevedendo all'art. 106 (rubricato «Norme in materia di svolgimento delle assemblee di società») ¹⁰ delle importanti disposizioni che regolano alcuni aspetti di rilevante centralità per il funzionamento delle assemblee ai tempi del Coronavirus.

Dette misure si applicano alle assemblee convocate entro il 31 luglio 2020 ovvero entro la data, se successiva, fino alla quale è in vigore lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza della epidemia da Covid-19.

3. - Il termine di convocazione dell'assemblea ordinaria.

L'art. 106 d.l. Cura Italia, in primo luogo, presenta una disciplina derogatoria alle previsioni di diritto comune di cui agli artt. 2364, comma 2, (per le società per azioni, ma operante anche per le società in accomandita per azioni e per le società cooperative) e 2478-bis (per le società a responsabi-

⁹ Cfr. AA.VV., *Il diritto delle società*³, Bologna, 2009, 315.

¹⁰ La rubrica della norma, in sede di conversione, è stata sostituita dalla seguente: «Norme in materia di svolgimento delle assemblee di società ed enti». È stato aggiunto il nuovo comma 8-bis che prevede che le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle associazioni e alle fondazioni diverse dagli enti di cui all' art. 104, comma 1°, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del terzo settore).

lità limitata) c.c. ovvero alle diverse disposizioni statutarie, prevedendo che l'assemblea ordinaria è convocata entro centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale in luogo degli ordinari centoventi giorni.

La previsione di cui al comma 1 dell'art. 106 d.l. Cura Italia comporta che le società possano beneficiare di *default* del maggior termine di centoottanta giorni per la convocazione dell'assemblea ordinaria anche laddove non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato ovvero non vi siano particolari esigenze relative alla struttura e all'oggetto della società (di cui gli amministratori sono tenuti a dare conto nella relazione sulla gestione).

Di tutta franchezza, stante la portata derogatoria della disposizione in analisi non appare necessario alcun particolare adempimento, da parte dell'organo di amministrazione, per poter beneficiare di detto più ampio termine, come invece dovrebbe fare nel caso in cui ricorrano le circostanze previste dalle norme di diritto comune. Per quanto vi sia una rigida impostazione nell'applicazione della deroga consentita dall'**art. 2364, comma 2, c.c.**, in quanto ciò risponde ad esigenze di tutela dell'interesse sociale e dei terzi a ottenere tempestivamente informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e sociale della società ¹¹, l'espressa previsione che il più ampio termine di cui all'art. 106, comma 1, d.l. Cura Italia operi in deroga alla disciplina codicistica e alle previsioni statutarie fa sì che il termine ordinario (nel rispetto del quale non vi deve essere alcun particolare adempimento da parte dell'organo amministrativo) sia dilazionato a centoottanta giorni.

Pertanto, gli amministratori non dovranno necessariamente dare conto di ciò nella relazione sulla gestione né adottare una specifica delibera in tal senso, dal momento che il più ampio termine risponde ad una esigenza generale dettata dalla situazione emergenziale in atto ¹².

Vero è che le società non sono obbligate a sfruttare massimamente il termine di centoottanta giorni, ben potendo – laddove ve ne sia la possi-

¹¹ M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus*, cit., 65.

¹² In senso contrario M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus*, cit., 64, il quale ritiene necessario che gli amministratori ne diano atto nella relazione sulla gestione e che venga assunta una delibera *ad hoc*.

bilità o si utilizzino i meccanismi offerti dalla legislazione dell'emergenza e comunque come già legittimamente avviene nella "ordinaria" applicazione degli **artt. 2364**, comma 2, e **2478-bis c.c.** – non avvalersene (e convocando dunque l'assemblea entro centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio) o avvalersene solo parzialmente (calendarizzando l'adunanza assembleare tra il centoventunesimo e il centosettantanovesimo giorno dalla chiusura dell'esercizio) ¹³.

4. - Il voto elettronico e per corrispondenza e l'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione.

Per quanto il termine più ampio consenta di convocare l'assemblea oltre il termine ordinario (che quest'anno sarebbe caduto il 29 aprile 2020), il termine massimo per la prima convocazione sarà il 29 giugno 2020 e, **ex art. 2369, comma 2, c.c.**, il termine ultimo per potersi tenere l'assemblea in seconda convocazione sarà il 29 luglio 2020. Trattasi di date nelle quali, anche se mossi da ogni più roseo auspicio, appare ad oggi pressoché impossibile potersi organizzare riunioni aperte a diverse centinaia di soci. Come può, quindi, una società cooperativa svolgere la propria assemblea per approvare il bilancio ed eventualmente nominare i componenti degli organi sociali?⁹ La legislazione dell'emergenza epidemiologica offre due importanti strumenti derogatori alla disciplina di diritto comune.

Il primo, previsto dal comma 2 dell'art. 106 d.l. Cura Italia, consente ¹⁴, anche in deroga alle diverse disposizioni statutarie, l'espressione del voto in via elettronica o per corrispondenza e l'intervento all'assemblea – sia ordinaria, che straordinaria – mediante mezzi di telecomunicazione.

È altresì previsto che l'avviso di convocazione possa prevedere che l'assemblea si svolga, anche esclusivamente, mediante mezzi di telecomunicazione che garantiscano – ai sensi e per gli effetti di cui agli **artt. 2370**, comma 4, **2479-bis**, comma 4, e **2538, comma 6, c.c.** – *i*) l'identificazione dei partecipanti; *ii*) la loro partecipazione; *iii*) l'esercizio del diritto di voto.

¹³ Così anche M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus*, cit., 64.

¹⁴ Non solo alle società cooperative, ma anche alle società per azioni, alle società in accomandita per azioni, alle società a responsabilità limitata e alle mutue assicuratrici.

In ogni caso, non è necessario che ove previsti, il presidente, il segretario o il notaio si trovino nel medesimo luogo.

Questa norma è la conferma legislativa¹⁵ di un orientamento sorto nel notariato nei primi giorni di *lockdown*: la Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano ha infatti pubblicato la massima n. 187¹⁶ secondo cui «L'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione – ove consentito dallo statuto ai sensi dell'art. 2370, comma 4, c.c., o comunque ammesso dalla vigente disciplina – può riguardare la totalità dei partecipanti alla riunione, ivi compreso il presidente, fermo restando che nel luogo indicato nell'avviso di convocazione deve trovarsi il segretario verbalizzante o il notaio, unitamente alla o alle persone incaricate dal presidente per l'accertamento di coloro che intervengono di persona (sempre che tale incarico non venga affidato al segretario verbalizzante o al notaio). Le clausole statutarie che prevedono la presenza del presidente e del segretario nel luogo di convocazione (o comunque nel medesimo luogo) devono intendersi di regola funzionali alla formazione contestuale del verbale dell'assemblea, sottoscritto sia dal presidente sia dal segretario. Esse pertanto non impediscono lo svolgimento della riunione assembleare con l'intervento di tutti i partecipanti mediante mezzi di telecomunicazione, potendosi in tal caso redigere successivamente il verbale assembleare, con la sottoscrizione del presidente e del segretario, oppure con la sottoscrizione del solo notaio in caso di verbale in forma pubblica».

¹⁵ Lo sottolinea anche M. PALAZZO, *Ex facto oritur ius. A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società*, in *Giustiziavivile.com*, 7 aprile 2020.

¹⁶ Il Consiglio Notarile di Milano nel novembre del 2000, subito dopo l'approvazione della legge che ha attribuito ai notai il controllo di legalità sugli atti societari che spettava ai giudici (l. 24 novembre 2000, n. 340), ha istituito la Commissione per l'elaborazione dei principi uniformi in tema di società. Tali massime sono indicazioni per casi di difficile interpretazione, che indicano ai notai principi a cui uniformarsi nel giudizio sulla iscrivibilità degli atti societari a loro affidati. Nel sito *internet* istituzionale del Consiglio Notarile di Milano, si legge che «Le massime costituiscono ora un punto di riferimento non solo per il notariato milanese e nazionale, ma anche per le imprese e per gli operatori del diritto societario». Trascurando la disamina circa il dibattito sulla giuridicità o meno di tali norme, che esula dall'economia del presente lavoro, si deve focalizzare l'attenzione su quanto già segnalato dalla dottrina che ha evidenziato che esse attengono al fenomeno della produzione negoziale del diritto, che vincolano tutti gli aderenti all'ordine e creano legittimi affidamenti nei soggetti che entrano in contatto con loro. Sul punto cfr. F. BENATTI, *I codici deontologici come tutela essenziale del mercato*, in *Rass. for.*, 2015, 375 e F. ONNIS CUGIA, *Il ruolo dei sindaci nelle adunanze degli organi gestionali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 1496.

Da tale scenario si desumono alcune considerazioni.

La prima è che il ricorso al voto per corrispondenza o al voto elettronico non può rappresentare la modalità esclusiva dell'intervento in assemblea del socio e dell'esercizio del suo diritto di voto ¹⁷. Con tale strumento si disincentiva – attraverso l'utilizzo di forme di voto alternativo, che consentirebbero comunque di considerare il socio come intervenuto all'assemblea **ex art. 2370, comma 4, c.c.** – la partecipazione fisica del socio all'adunanza, ma non la si impedisce, non superando così il problema del potenziale assembramento di soci.

Il ricorso al voto per corrispondenza o a quello elettronico si rivela a tal uopo efficace solo se combinato con lo svolgimento dell'assemblea avvalendosi del ricorso a mezzi di telecomunicazione previsto dal secondo periodo del comma 2 dell'art. 106 d.l. Cura Italia.

Inoltre, si deroga così alla regola della compresenza fisica del presidente e del segretario o del notaio nella sede dell'assemblea, prevista dall'**art. 2375, comma 1°, c.c.** ¹⁸. Ciò risulta coerente con le vigenti misure di distanziamento sociale, trovando per l'appunto recepimento quanto espresso nella succitata massima n. 187 del Consiglio Notarile di Milano – anche se, si badi, solo in parte ed esclusivamente per il periodo di vigenza dell'art. 106 d.l. Cura Italia, decorso il quale l'orientamento notarile diverrà *contra legem* ¹⁹ –, estendendo inoltre tale ipotesi anche al caso in cui lo statuto nulla preveda in merito ²⁰.

La norma, però, tace su chi debba trovarsi nel luogo di svolgimento dell'assemblea, a differenza della massima n. 187 che individua il luogo in quello ove si trovino il segretario verbalizzante o il notaio, unitamente alla o alle persone incaricate dal presidente per l'accertamento di coloro che intervengono di persona, sempre che tale incarico non venga affidato al segretario verbalizzante o al notaio.

Deve convenirsi, però, che l'impegno delle modalità di svolgimento dell'assemblea di cui all'art. 106, comma 2°, d.l. Cura Italia risulti appetibile

¹⁷ M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus*, cit., 66.

¹⁸ M. PALAZZO, *Ex facto oritur ius*, cit.

¹⁹ M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus*, cit., 68.

²⁰ Ancora, M. PALAZZO, *Ex facto oritur ius*, cit.

solo per quelle società con un numero ridotto di soci, in cui l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del diritto di voto sia agevole, non potendo affatto così essere per quelle società in cui le assemblee prevedono un numero consistente di partecipanti ²¹.

5. - L'applicazione analogica dell'art. 106 d.l. Cura Italia alle adunanze degli altri organi collegiali.

L'analisi della previsione normativa di cui all'art. 106, comma 2, d.l. Cura Italia offre il destro per soffermarsi sulla possibilità di svolgere anche le altre adunanze degli organi collegiali mediante mezzi di telecomunicazione, anche se ciò non sia previsto dallo statuto.

Se un primo commentatore aveva ritenuto che le previsioni della legislazione emergenziale in materia di svolgimento delle assemblee di società possano trovare applicazione analogica – stante il ricorrere della medesima *ratio legis* – anche alle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale ²², esprimo i miei dubbi in merito.

L'art. 106 d.l. Cura Italia detta previsioni espressamente per le sole assemblee e non anche per gli altri organi societari. E *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: pertanto, non appare legittima un'estensione analogica della disciplina in analisi ²³.

Inoltre, non può trascurarsi che l'**art. 2388, comma 1, c.c.** per i consigli di amministrazione e l'**art. 2404, comma 1, c.c.** per il collegio sindacale prevedono che le riunioni mediante mezzi di telecomunicazione siano consentite solamente in virtù di una espressa clausola statutaria.

Risulterebbe però paradossale non poter superare i limiti previsti dalle misure che impongono il distanziamento sociale e impediscono le riunioni, utilizzando mezzi di telecomunicazione anche in assenza di disposizioni statutarie al riguardo, specie nel caso in cui le adunanze degli organi collegiali siano *condicio sine qua non* per poter convocare la assem-

²¹ Così M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus*, cit., 67.

²² M. PALAZZO, *Ex facto oritur ius*, cit.

²³ Dello stesso avviso, M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus*, cit., 76.

blea da svolgersi in teleconferenza o con altre modalità che derogano alla disciplina codicistica o alle previsioni statutarie in ragione dell'emergenza epidemiologica. Si pensi solo all'impossibilità – in assenza di una previsione statutaria – di poter riunire il consiglio di amministrazione in audio o videoconferenza affinché deliberi la convocazione dell'assemblea, con il conseguente rischio di non rispettare i termini stabiliti dall'art. 106, comma 1, d.l. Cura Italia.

Deve quindi fuori d'ogni dubbio ritenersi la possibilità che la presenza alle riunioni del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e di ogni altro organo sociale collegiale possa avvenire mediante mezzi di telecomunicazione, anche in assenza di disposizioni statutarie al riguardo. E ciò non in ragione di una applicazione analogica dell'art. 106 d.l. Cura Italia, quanto in virtù delle misure di contenimento del rischio di contagio, contenute – da ultimo – nel **d.P.C.M. 10 aprile 2020** (e confermate, nelle more della pubblicazione del presente contributo, dal **d.P.C.M. 26 aprile 2020**).

470

In particolare, a mio giudizio, giustificano il ricorso ai mezzi di telecomunicazione due disposizioni: la prima, quella di cui all'art. 1, lett. *t*), che recita «*sono adottate, in tutti i casi possibili, nello svolgimento di riunioni, modalità di collegamento da remoto*»; la seconda la si rinviene nell'art. 2, che ha disposto la sospensione delle attività produttive ritenute non essenziali con divieto di accesso ai locali aziendali ²⁴. Attività che *ex* comma 2 della medesima norma è comunque possibile proseguire se organizzata con modalità a distanza.

Per le esposte ragioni, risulta coerente con le misure di contenimento del rischio di contagio che, durante la loro vigenza, anche in assenza di specifica previsione statutaria le riunioni degli organi collegiali possano essere svolte mediante il ricorso a mezzi di comunicazione, che consentano in ogni caso l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del voto.

²⁴ Se non alle persone e nelle modalità previste dal comma 12 della medesima norma.

6. - Il rappresentante designato.

Il comma 6 dell'art. 106 d.l. Cura Italia presenta, infine, una modalità di svolgimento dell'assemblea che, *rebus sic stantibus*, risulta essere ottimale all'ottenimento di un giusto equilibrio tra due esigenze di preminente interesse pubblico: da un lato, assicurare il buon funzionamento dell'organo assembleare nel periodo dell'approvazione dei bilanci in società con una base largamente diffusa; d'altro lato, evitare occasioni di diffusione del Covid-19²⁵.

La norma prevede che le banche popolari, le banche di credito cooperativo, le società cooperative e le mutue assicuratrici, anche in deroga agli **artt. 150-bis, comma 2-bis, t.u.b., 135-duodecies TUF** e 2539, comma 1, c.c. e alle disposizioni statutarie che prevedono limiti al numero di deleghe conferibili ad uno stesso soggetto, possono designare per le assemblee ordinarie o straordinarie il rappresentante previsto dall'**art. 135-undecies TUF**

È dunque prevista anche per le società aventi per loro natura un numero rilevante di soci la possibilità, altrimenti preclusa, di poter utilizzare il rappresentante designato previsto per le società quotate, disciplinato dal citato **art. 135-undecies TUF**²⁶ e dalla disciplina secondaria di cui all'art. 134 Regolamento Emittenti²⁷.

Le medesime società possono altresì prevedere nell'avviso di convocazione che l'intervento in assemblea si svolga esclusivamente tramite il rappresentante designato. Tale possibilità appare estremamente efficace per eliminare alla base il rischio di una partecipazione massiva alle assemblee – in ogni caso, al momento, vietata –, dissipando i descritti rischi che la possibilità dell'esercizio del voto a distanza non fuga e non presentando, al contempo, le difficoltà insite nella partecipazione mediante l'utilizzo di mezzi di telecomunicazione.

Alle società viene dunque attribuita la possibilità di nominare – con deli-

²⁵ A. CHIANALE, *Decreto Cura-Italia: il rappresentante designato per le assemblee di banche popolari e di credito cooperativo, di cooperative e di mutue assicuratrici*, in *DirittoBancario.it*, 2020.

²⁶ Introdotta dall' art. 3 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, attuativo della direttiva 2007/36/CE (*Shareholders Rights Directive*).

²⁷ Regolamento Consob 14 gennaio 1999, n. 11971. Sul rappresentante designato v. A. BUSANI, *Il rappresentante designato per il conferimento delle deleghe di voto*, in *Soc.*, 2011, 307 ss.

bera del consiglio di amministrazione – un soggetto al quale i soci possono conferire, entro il secondo giorno precedente la data di prima convocazione dell'assemblea²⁸, una delega con istruzioni di voto su tutte o alcune delle proposte all'ordine del giorno. Il conferimento della delega non comporta spese per il socio. La delega e le istruzioni di voto sono sempre revocabili entro il termine indicato pocanzi.

Il generico riferimento a un «soggetto» fa sì che la società ha ogni più ampia libertà nella designazione del rappresentante, che può essere tanto una persona fisica quanto una persona giuridica e può essere finanche un non socio, un amministratore, un sindaco o un dipendente della società stessa, non essendo previsto alcunché circa particolari requisiti da possedere ovvero condizioni di compatibilità. È anzi espressamente contemplata (**art. 135-undecies, comma 4, TUF**) l'ipotesi che il rappresentante designato possa trovarsi in una conclamata situazione di conflitto di interessi – sia per conto proprio che di terzi – rispetto alle proposte di delibera all'ordine del giorno. Il soggetto designato come rappresentante sarà unicamente tenuto, in tal caso, a comunicare eventuali interessi concordanti rispetto alle sole proposte di delibera di cui sia portatore egli stesso o lo sia per conto di terzi²⁹. Ciò implica, inoltre, l'inapplicabilità del divieto di cui all'**art. 2372, comma 5, c.c.** (applicabile alle società cooperative in forza del richiamo contenuto nell'**art. 2516 c.c.**)³⁰, in quanto il divieto non opera per le società quotate ai sensi del comma 8 della medesima norma³¹.

Il riferimento ai lemmi «rappresentante» e «soggetto», al singolare, contenuti sia nell'**art. 106, comma 6, d.l. Cura Italia** che nell'**art. 135-undecies**

²⁸ Così consentendo al rappresentante designato un'adeguata ed ordinata attività: cfr. M. IRRERA, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus*, cit., 75. Il termine dei due giorni antecedenti l'assemblea deve considerarsi in ragione del momento in cui la delega giunge al rappresentante designato, ex art. 1335 c.c., come opportunamente sottolineato da A. BUSANI, *Il rappresentante designato per il conferimento delle deleghe di voto*, in *Soc.*, 2011, 311.

²⁹ A. BUSANI, *Il rappresentante designato per il conferimento delle deleghe di voto*, in *Soc.*, 2011, 310.

³⁰ App. Roma, 11 ottobre 2002, in *Riv. not.*, 2003, 213 ss., con nota di C. VOCATURO, *Lo statuto di società cooperativa non può prevedere la rappresentanza dei soci in assemblea a favore dei soci-amministratori*.

³¹ In altre parole, «l'utilizzazione dello strumento tipico delle società quotate impedisce l'applicazione delle ordinarie regole sulle deleghe di voto dettate dalla legge per le società azionarie non quotate»: così A. CHIANALE, *Decreto Cura-Italia: il rappresentante designato per le assemblee di banche popolari e di credito cooperativo, di cooperative e di mutue assicuratrici*, cit.

TUF mi induce ad escludere che la società possa designare più di un soggetto ³².

Ritengo sia invece possibile ³³, per la società, individuare all'atto della nomina anche un sostituto del rappresentante designato (e ciò troverebbe implicita conferma anche nel modello di delega elaborato dalla Consob *ex art.* 134, comma 1, Regolamento Emittenti) ³⁴: e ciò applicando analogicamente l'**art. 2372, comma 3, secondo periodo, c.c.**, secondo cui «il rappresentante può farsi sostituire solo da chi sia espressamente indicato nella delega». Diversamente, sono indotto ad escludere che il rappresentante designato, nell'esecuzione del mandato, possa sostituire altri a se stesso, senza esservi autorizzato (**art. 1717, comma 1, c.c.**) ovvero che la società possa autorizzare il rappresentante designato a farsi sostituire senza indicazione del sostituto (**art. 1717, comma 2, c.c.**) ³⁵. Né tale possibilità appare ammissibile argomentando *ex art. 135-novies, comma 4, TUF*, a mente del quale «Se la delega prevede tale facoltà, il delegato può farsi sostituire da un soggetto di propria scelta» ³⁶. Tale norma, infatti, disciplina la scelta del rappresentante individuale del titolare del

³² *Contra* A. BUSANI, *Il rappresentante designato per il conferimento delle deleghe di voto*, cit., 308, il quale limita l'ipotesi di cui all'art. 135-novies TUF alla sola fattispecie della nomina del delegato individuale del titolare del diritto di voto, ritenendola non estensibile al caso della designazione al rappresentante designato, nonché che per «la ragione sostanziale che l'incarico all'R.D. può essere talmente complesso da legittimare la necessità di maggiori "forze" in campo, sia per la ragione formale che la norma di cui all'art. 135 novies, comma 1, TUF, riguarda, come detto, la nomina del "proprio" delegato da parte del titolare del diritto di voto, mentre la norma di cui all'art. 135 undecies, comma 1, TUF, concerne il diverso caso della nomina di un rappresentante della società emittente designato per essere collettore di deleghe dei titolari del diritto di voto che intendano avvalersi di questa opportunità». Dall'ammissibilità di una simile soluzione rischia però di scaturire una eccessiva confusione che si riverbererebbe in maniera negativa sul corretto funzionamento dell'assemblea: nel silenzio della norma (o della stessa delega), una delega a una pluralità di soggetti sarebbe da considerarsi disgiunta in ragione della presunzione di cui all'art. 1716, comma 2, c.c.

³³ Anzi, necessario nel momento in cui la società abbia disposto come modalità esclusiva la partecipazione in assemblea del solo rappresentante designato e questi non possa partecipare: cfr. A. CHIANALE, *Decreto Cura-Italia: il rappresentante designato per le assemblee di banche popolari e di credito cooperativo, di cooperative e di mutue assicuratrici*, cit.

³⁴ Allegato 5A al regolamento Emittenti, aggiornato con le modifiche apportate dalla delibera Consob 31 marzo 2011, n. 17730.

³⁵ Né a ciò può ovviarsi con la instaurazione di un flusso informativo che permetta ai soci di conoscere la nomina del sostituto, come invece prospettato da A. BUSANI, *Il rappresentante designato per il conferimento delle deleghe di voto*, cit., 309.

³⁶ *Contra* A. CHIANALE, *Decreto Cura-Italia: il rappresentante designato per le assemblee di banche popolari e di credito cooperativo, di cooperative e di mutue assicuratrici*, cit., secondo cui la norma speciale del TUF prevale sulla regola generale posta dall'art. 2372, comma 3, c.c.

diritto di voto, la cui nomina è caratterizzata da un forte *intuitus personae*, mentre il rappresentante designato è una figura che è individuata dalla società e messa a servizio di qualsiasi titolare del diritto di voto, con cui – come esattamente rilevato in dottrina³⁷ – «con la quale i titolari del diritto di voto hanno un rapporto “istituzionale” e quindi non così “personalizzato” come accade nell’ipotesi di nomina da parte del titolare del diritto di voto di un “proprio” delegato». A suffragare questa impostazione s’aggiunge quanto previsto dal comma 4 dell’**art. 135-undecies TUF**, secondo cui al soggetto designato come rappresentante non possono essere conferite deleghe se non nel rispetto di quanto previsto dalla medesima norma. Si aggiunga che nell’ordinarietà la scelta di non partecipare fisicamente all’assemblea avvalendosi delle deleghe di voto è rimessa ai singoli soci; nella situazione di crisi epidemiologica che stiamo vivendo, invece, la legislazione emergenziale offre una soluzione che preclude la partecipazione personale del socio in forza di norme adottate in via d’urgenza a tutela del diritto prioritario alla salute.

474

Inoltre, deve categoricamente escludersi la possibilità di applicare alle società a cui la legislazione emergenziale consente il ricorso alla figura del rappresentante designato l’intera disciplina sulle deleghe di voto di cui agli **artt. 135-novies ss. TUF**³⁸. L’art. 106, comma 6, d.l. Cura Italia infatti non opera un integrale rinvio alla normativa in discorso (che **ex art. 135-duodecies TUF** non si applica alle cooperative), ma prevede esclusivamente una deroga alla modalità di conferimento della delega (*rectius*, dei limiti al numero di deleghe conferibili ad uno stesso soggetto, anche non socio, in deroga all’**art. 2359, comma 1, c.c.** e alle disposizioni statutarie in materia e, implicitamente, all’**art. 2372, comma 5, c.c.**).

Le partecipazioni per le quali è stata conferita la delega, anche parziale, sono computate ai fini della regolare costituzione dell’assemblea. In relazione alle proposte per le quali non siano state conferite istruzioni di voto, le partecipazioni non sono computate ai fini del calcolo dei *quorum* richiesti per l’approvazione delle delibere.

³⁷ A. BUSANI, *Il rappresentante designato per il conferimento delle deleghe di voto*, cit., 309.

³⁸ Parte IV (*Disciplina degli emittenti*), Titolo III (*Emittenti*), Capo II (*Disciplina delle società con azioni quotate*), Sezione II-ter, TUF.

La delega deve essere rilasciata secondo il modello predisposto dalla Consob³⁹ e ha effetto per le sole proposte di delibera all'ordine del giorno dell'assemblea, in relazione alle quali siano conferite (con la medesima delega) istruzioni di voto.

Il fatto che il rappresentante designato debba rigorosamente attenersi alle istruzioni di voto conferite dal delegante e non abbia spazi per esprimersi in maniera discordante dalle indicazioni del titolare del diritto di voto è suffragato dall'espressa disapplicazione dell'**art. 135-undecies, comma 5, TUF**, che disciplina – per l'appunto – il caso del voto difforme alle istruzioni ricevute e, conseguentemente, della disciplina secondaria di cui all'art. 134, commi 2 e 3, regolamento Emittenti.

Tale ultima norma, nel ricalcare la disciplina generale di cui all'**art. 1711, comma 2, c.c.**, regola nello specifico gli adempimenti che il rappresentante designato deve compiere nel caso in cui si discosti dalle istruzioni ricevute a causa del verificarsi di circostanze ignote al mandante all'atto del rilascio della delega – tali che non possano essergli comunicate in tempo – che facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione, ovvero in caso di modifiche o integrazioni delle proposte di deliberazione sottoposte all'assemblea⁴⁰.

Deve però ritenersi che, al ricorrere di queste ipotesi, il rappresentante designato ha comunque la possibilità di non conformarsi alle disposizioni avute dal titolare del diritto di voto nel caso in cui questi lo abbia espressamente autorizzato a votare in modo difforme.

Sicuramente, il rappresentante designato sarà libero di esprimere il voto a propria discrezione su delibere ordinarie circa le modalità di svolgimento dell'assemblea (per esempio, elezione del presidente e di eventuali

³⁹ V. *supra* nt. 34.

⁴⁰ In tali casi, il rappresentante sarebbe tenuto a dichiarare in assemblea: *i*) il numero di voti espressi in modo difforme dalle istruzioni ricevute ovvero, nel caso di integrazioni delle proposte di deliberazione sottoposte all'assemblea, espressi in assenza di istruzioni, rispetto al numero complessivo dei voti esercitati, distinguendo tra astensioni, voti contrari e voti favorevoli; *ii*) le motivazioni del voto espresso in modo difforme dalle istruzioni ricevute o in assenza di istruzioni. L'obbligo del mandatario di discostarsi dalle istruzioni ricevute non sorge nel caso in cui l'impossibilità di comunicare tempestivamente con il mandante o comunque di provocare un eventuale mutamento delle istruzioni ad opera del mandante medesimo sia imputabile ad un colposo comportamento di quest'ultimo, contrario ai doveri di cooperazione cui egli è tenuto: così Cass., 11 dicembre 1995, n. 12647, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1703.

scrutatori, inversione dei punti all'ordine del giorno, omissione della lettura di documenti). Ciò perché ottenuta la delega contenente le istruzioni di voto su tutte o talune le proposte di deliberazione, esprimendosi su questioni di carattere meramente ordinatorio il rappresentante designato sta di fatto esercitando il voto in maniera conforme alle istruzioni di voto implicitamente contenute in quelle ricevute ⁴¹.

La menzionata non applicazione degli **artt. 135-novies ss. TUF** determina che l'assemblea, per tutti gli altri aspetti, sia disciplinata dalle regole di diritto comune, a partire dalle disposizioni sulla titolarità del diritto di voto sancite dall'**art. 2538 c.c.** e dalle disposizioni statutarie.

Ferma l'assenza di un obbligo in tal senso, le società e il rappresentante designato potranno sicuramente tenere conto, a garanzia dei soci, delle disposizioni della legislazione di settore per regolamentare la assemblea svolta individuando il rappresentante *ex art. 106*, comma 6, d.l. Cura Italia, specie quando l'intervento in assemblea si svolga esclusivamente tramite il rappresentante designato.

Penso innanzitutto alla possibilità del titolare del diritto di voto di avere compiuta cognizione delle proposte di delibera all'ordine del giorno ⁴², per cui il consiglio di amministrazione dovrebbe nell'avviso di convocazione indicate per esteso la deliberazione proposta, come avviene per il caso del voto per corrispondenza o mediante altri mezzi di convocazione **ex art. 2538, comma 6, c.c.**

La partecipazione esclusiva del rappresentante designato non consente,

⁴¹ A. BUSANI, *Il rappresentante designato per il conferimento delle deleghe di voto*, cit., 315.

⁴² Anche la Consob, nella Comunicazione n. 3/2020 del 10 aprile 2020 avente ad oggetto *Covid-19* – d.l. 17 marzo 2020, n. 18 – *Comunicazione in merito alle assemblee delle società quotate*, per quanto con riferimento ai soli emittenti con azioni quotate, evidenzia come nelle ipotesi in cui le società prevedano la partecipazione in assemblea esclusivamente tramite il rappresentante designato, sussiste la necessità che tutte le proposte di deliberazione su ciascun punto all'ordine del giorno siano pubblicate prima della stessa assemblea, in tempo utile per permettere agli azionisti di esercitare il diritto di voto attraverso la delega al rappresentante designato, nonché per eventuali adeguamenti al relativo modulo di delega. L'Autorità di vigilanza richiama pertanto l'attenzione sull'importanza che l'ordine del giorno sia formulato in modo analitico per consentire agli azionisti di votare attraverso il conferimento di deleghe al rappresentante designato su ciascuna delle materie su cui è richiesta una decisione assembleare. Tale aspetto, sempre rilevante per le società quotate tenuto conto che gran parte degli azionisti esprime il voto attraverso un delegato e non partecipa direttamente alle assemblee, risulta oltremodo necessario allorché i soci possano esprimere il proprio voto esclusivamente tramite il rappresentante designato.

inoltre, la presentazione di proposte individuali direttamente in sede assembleare per il tramite dello stesso. Stante la preclusione alla partecipazione fisica dei soci in assemblea, le società possono prevedere nell'avviso di convocazione un adeguato termine per la presentazione di proposte individuali di delibera sulle materie all'ordine del giorno da parte dei titolari del diritto di voto, da pubblicare sul sito *internet* della società. Tale termine dovrà essere individuato in modo tale da consentire ai soci l'esercizio del voto per delega tramite il rappresentante designato su ciascuna proposta di delibera pubblicata.

Le misure di distanziamento sociale suggeriscono un ampio utilizzo del proprio sito *internet* istituzionale, da parte della società, mettendo lì a disposizione il modulo per il voto per delega, con le indicazioni delle modalità per la sua trasmissione (preferibilmente per via telematica o via posta, per evitare occasioni di contatto sociale) al rappresentante designato (che debbono altresì essere contenute nell'avviso di convocazione); il testo integrale delle proposte di deliberazione, unitamente alle relazioni illustrative sulle materie all'ordine del giorno predisposte dall'organo amministrativo e ai documenti che saranno sottoposti all'assemblea; le modalità e i termini di presentazione delle candidature per l'elezione dei componenti del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e degli altri organi societari.

Un'ulteriore misura utile ad ovviare alle misure di distanziamento e che consenta al socio di determinare la propria posizione sulle delibere all'ordine del giorno in modo informato e consapevole, che si riflette sulle indicazioni di voto conferite con la delega può essere mutuata dall'**art. 127-ter TUF**, attribuendo al titolare del diritto di voto la possibilità di porre domande sulle materie all'ordine del giorno anche prima dell'assemblea, fornendo una risposta (anche unitaria alle domande aventi lo stesso contenuto) entro un termine congruo per consentire la trasmissione della delega (o revocarla) nei termini ⁴³.

Il rappresentante designato, infine, è tenuto a mantenere la riservatezza sul contenuto delle istruzioni di voto ricevute fino all'inizio dello scruti-

⁴³ L'opportunità di una simile previsione è contemplata anche nella citata Comunicazione Consob n. 3/2020.

nio, salva la possibilità di comunicare tali informazioni ai propri dipendenti e ausiliari, i quali sono soggetti al medesimo di dovere di riservatezza⁴⁴.

Tale previsione evidenzia quanto sia inconferente l'argomentazione secondo cui il voto per le cariche attraverso tale modalità violi la segretezza del voto del socio, laddove questo sia previsto da disposizioni statutarie (e, se non previsto, *nulla quaestio*). Innanzitutto, deve qui ricordarsi come l'impianto codicistico non contempra regole sulle modalità di esercizio del diritto di voto⁴⁵, rimettendo nei poteri del presidente dell'assemblea il determinare ed interpretare le soluzioni e le modalità applicative concrete del sistema di voto contemplato nello statuto. Inoltre, dovendo il rappresentante designato – come visto – mantenere la riservatezza sul contenuto delle istruzioni di voto ricevute fino all'inizio dello scrutinio, il risultato pratico sarà il medesimo dello scrutinio segreto, potendosi facilmente

⁴⁴ Cfr. sul punto A. BUSANI, *Il rappresentante designato per il conferimento delle deleghe di voto*, cit., 315 s.

⁴⁵ E anzi, un voto a scrutinio segreto potrebbe finanche risultare illegittimo in quanto contrastante con quanto previsto dall' art. 2375, comma 1°, c.c. e con le norme che attribuiscono il diritto di impugnazione delle delibere assembleari e il diritto di recesso ai soci dissenzienti, poiché il voto segreto non permette di verificare, successivamente all'assunzione della delibera, chi è dissenziente e, quindi, legittimato all'impugnativa o al recesso: sul tema cfr. Trib. Salerno, 29 dicembre 2006, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, 17, 70 (s.m.), con nota di BUONOMENNA; Trib. Ferrara, 25 luglio 2002, in *Soc.*, 2003, 869, con nota di GENNARI; Trib. Vibo Valentia, 23 agosto 1996, in *Dir. fall.*, 1997, II, 572, con nota di BONSIGNORI. V. però Trib. Catania, 18 gennaio 2001, in *Vita not.*, 2001, 869, secondo cui ove venisse configurato lo scrutinio segreto quale causa di invalidità della delibera adottata dall'assemblea di una società di capitali, tale delibera sarebbe suscettibile di sanatoria successiva ai sensi dell'ultimo comma dell' art. 2377 c.c., nonché App. Trieste, 27 gennaio 1992, in *Riv. not.*, 1992, 216, che ha ritenuto che in difetto di qualsiasi norma che stabilisca la sanzione della nullità per la clausola statutaria che prevede l'adozione delle delibere assembleari con votazione a scrutinio segreto e fermo restando il principio generale della libertà di forme e della loro libera determinabilità nell'ambito dell'autonomia delle parti, si ritiene la clausola medesima legittima, poiché la suddetta manifestazione di voto non impedisce al dissenziente di far constare il suo contrario avviso nel verbale assembleare, non ostacola la facoltà di impugnativa che in quanto tale non è obbligatoria e infine non influenza in modo apprezzabile il conflitto di interessi e la prova di resistenza che prescindono dalle modalità d'espressione della volontà sociale e dal tenore concreto del voto espresso. Sulla legittimità delle disposizioni statutarie che, in materia di elezioni alle cariche sociali nelle società cooperative, prevedono il voto segreto v. anche Cass., 21 novembre 1996, n. 10279, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2198. Sulla meritevolezza della clausola statutaria sullo scrutinio segreto nelle società cooperative, in quanto il principio di democrazia cooperativa, non può che avere la prevalenza sui principi ed i valori espressi dalle norme in tema di società di capitali – segnatamente, dagli artt. 2372, 2373, 2375, 2377 c.c., v. G. PETRELLI, *Il voto segreto nell'assemblea delle società di capitali e cooperative*, Commissione Studi di Impresa – Consiglio Nazionale del Notariato, 2005, 12.

impedire l'individuazione della provenienza del voto dando egli esecuzione, con voto segreto, alle istruzioni assegnategli ⁴⁶.

In ogni caso, adottando il meccanismo della delega in base al combinato disposto degli artt. 106, comma 6, d.l. Cura Italia e 135-*undecies* TUF, il socio delegante si troverebbe ad utilizzare per gli organi sociali un meccanismo paragonabile a quello della votazione per scheda precompilata, che non viola il principio di parità di trattamento dei soci, né determina condizionamento della volontà dell'elettore, né tantomeno incide sulla formazione di un voto responsabile ⁴⁷. Tanto più, nel caso in cui venisse attribuito prima dell'assemblea un termine per presentare le candidature a soggetti estranei al consiglio di amministrazione (o comunque diversi dai candidati proposti dal consiglio di amministrazione uscente) e venisse in ogni caso attribuita ai soci la possibilità di indicare nella delega nominativi di proprio gradimento, non verrebbero in alcun caso lese le prerogative dell'assemblea circa le modalità della votazione né l'esercizio del diritto di voto dei singoli soci, che sarebbe garantito dalla partecipazione del rappresentante designato in assemblea, che voterebbe secondo le istruzioni rese nelle modalità anzidescritte ⁴⁸.

7. - Osservazioni conclusive.

La soluzione ideale per consentire alle società cooperative con una base di soci ampiamente diffusa, che coniughi le esigenze del corretto funzionamento dell'organo assembleare con quelle del rispetto delle misure di distanziamento sociale atte a contenere il rischio di contagio da Covid-19 è quella dello svolgimento dell'adunanza, per il perdurare dell'emergenza epidemiologica, che si attua secondo le modalità di cui all'art. 106, comma

⁴⁶ Volendo pensare a sistemi di massima tutela del diritto alla segretezza del voto del socio, nel caso in cui questa sia prevista dallo statuto, lo scrutinio potrebbe essere organizzato in modo tale da accertare la relativa provenienza delle istruzioni di voto senza con ciò svelare il contenuto delle istruzioni medesime, come nel caso in cui la scheda di voto venga inserita in una busta chiusa anonima, a sua volta contenuta in un'altra busta riportante i dati del socio votante: cfr., nel caso di voto per corrispondenza, Trib. Bologna 27 novembre 2001. Attenzione però a non trasformare così la figura del rappresentante designato in un mero *nuncius*, servendosi di lui per eludere i descritti (*supra*, al § 4) limiti del voto per corrispondenza.

⁴⁷ App. Potenza, 19 luglio 2001, in Soc., 2002, 697, con nota di FIMMANÒ.

⁴⁸ Cfr. Cass., 29 novembre 2000, n. 15302, in *Giust. civ.*, 2001, I, 961.

6, d.l. Cura Italia, possibilmente prevedendo l'intervento esclusivo del rappresentante designato.

La reale partecipazione dei soci alla vita sociale della cooperativa non viene affatto minata da un utilizzo a tappeto dell'istituto della delega, ma anzi consente un meccanismo di ampia partecipazione, con il conferimento di precise istruzioni di voto che vengono pedissequamente espresse in assemblea dal rappresentante, che garantisce quindi al socio di partecipare alla democrazia cooperativa, esercitando il proprio diritto di voto, in una fase storica in cui le misure di distanziamento sociale glielo precluderebbero.

Le misure della legislazione emergenziale contemperano pienamente un bilanciamento di interessi costituzionalmente tutelati: da un lato il diritto alla salute (**artt. 3 e 32 Cost.**), dall'altro il diritto all'associazionismo (**art. 18**), la funzione sociale della cooperazione (**art. 45 Cost.**) e la libertà di iniziativa economica privata (**art. 41 cost.**). Sotto tale ultimo profilo, deve rilevarsi come l'**art. 41, comma 2, Cost.** contenga una riserva di legge implicita, dovendo il legislatore porre i limiti richiesti dalle esigenze di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana, potendo egli e solo egli individuare di volta in volta il punto di equilibrio tra la libertà e altri interessi rilevanti. E in tal caso, lo fa con una precisa scelta legislativa, in quanto l'eccezionalità emergenziale della nomina del rappresentante designato da parte della società pone in secondo piano i profili di tutela del socio che rilascia la delega ⁴⁹.

⁴⁹ Così A. CHIANALE, *Decreto Cura-Italia: il rappresentante designato per le assemblee di banche popolari e di credito cooperativo, di cooperative e di mutue assicuratrici*, cit.

40.

La collegialità nelle società di capitali al tempo della pandemia

1. - La legislazione dell'emergenza.

La emergenza conseguita alla epidemia del Covid-19 non poteva non incidere anche sul normale funzionamento degli organi collegiali delle società e, in particolare, delle assemblee. Di fronte alla stringente esigenza di evitare in ogni modo le concentrazioni di persone e limitare quanto più possibile i contatti fisici tra individui – cose che tradizionalmente caratterizzano anche le riunioni degli organi collegiali – si è provveduto in Italia con decretazione di necessità e urgenza a porre una serie di disposizioni derogatorie in materia di società di capitali e cooperative (nonché di mutue assicuratrici): ci si riferisce all'**art. 106 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 [ZETZSCHE-ANKER-SØRENSEN-CONSIGLIO-YEBOAH-SMITH]**.

Non sono state adottate viceversa speciali disposizioni in materia di funzionamento degli altri organi collegiali delle società di capitali e cooperative e neppure norme in materia di società di persone. Il citato art. 106:

(i) ha prorogato il termine ultimo per la convocazione dell'assemblea ordinaria per l'approvazione del bilancio (e per le eventuali ulteriori deliberazioni periodiche necessarie) (art. 106, comma 1);

(ii) ha consentito che tutte le assemblee, tanto ordinarie quanto straordinarie, se convocate entro il 31 luglio 2020 o comunque entro la data in cui sia ancora in vigore lo stato di emergenza (art. 106, comma 7) si svolgano, anche in deroga a diverse disposizioni statutarie, eventualmente solo con espressione di voto a distanza (in via elettronica o per corrispondenza) o con mezzi di telecomunicazione (che garantiscano l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del voto) (art. 106, comma 2);

(iii) ha permesso che il presidente dell'assemblea e il segretario verbalizzante (eventualmente il notaio) non si trovino fisicamente nel medesimo luogo a prescindere da quanto richiesto dallo statuto (art. 106, comma 2);
(iv) con riguardo alle società a responsabilità limitata, ha consentito il ricorso a decisioni dei soci attraverso la consultazione scritta o il consenso espresso per iscritto anche su materie riservate dal codice civile alla deliberazione assembleare o in presenza di una richiesta di amministratori o soci (e quindi in deroga all'art. 2479, comma 4, cod. civ.) (art. 106, comma 3);
(v) con riguardo a società quotate su di un mercato regolamentato, su un sistema multilaterale di negoziazione o comunque con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante (art. 106, comma 5), ha previsto la possibilità che le assemblee (sempre se convocate nel termine precedentemente specificato) si svolgano, anche in deroga a quanto previsto dallo statuto, tramite l'intervento – eventualmente anche esclusivo – del rappresentante designato di cui all'**art. 135-undecies TUF**;

(vi) ha derogato al divieto (posto dall'**art. 135-undecies, comma 4, TUF**) che al rappresentante designato siano conferite deleghe per così dire ordinarie (e cioè diverse da quelle previste dal medesimo art. 135-undecies), così permettendo che quello stesso soggetto svolga altresì il ruolo di un rappresentante di diritto comune (art. 136, comma 4);

(vii) ha derogato alle varie disposizioni che in materia di società cooperative, banche popolari, banche di credito cooperativo e mutue assicuratrici pongono limiti al numero di deleghe conferibili a uno stesso soggetto, consentendo quindi, anche in deroga a norme statutarie, che le assemblee di codeste società si svolgano attraverso il ricorso, eventualmente anche in modo esclusivo, al rappresentante designato di cui al precitato art. 135-undeciesTUF (art. 106, comma 6).

In precedenza, e precisamente l'11 marzo 2020, la Commissione societaria del Consiglio notarile di Milano aveva approvato un orientamento (massima n. 187) [PALAZZO], del pari "emergenziale", per chiarire:

– da un lato, che l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione può riguardare anche tutti i partecipanti all'assemblea, «ivi compreso il presidente, fermo restando che nel luogo indicato nell'avviso di convocazione deve trovarsi il segretario verbalizzante o il notaio, unitamente alla o alle persone incaricate dal presidente per l'accertamento di

coloro che intervengono di persona (sempre che tale incarico non venga affidato al segretario verbalizzante o al notaio);

– dall'altro lato che nel caso di svolgimento della riunione assembleare con l'intervento di tutti i partecipanti mediante mezzi di telecomunicazione, il verbale dell'assemblea potrà essere redatto successivamente "con la sottoscrizione del presidente e del segretario, oppure con la sottoscrizione del solo notaio in caso di verbale in forma pubblica".

Dopo la promulgazione delle disposizioni del citato **d.l. n. 18 del 2020**, la Commissione societaria del Consiglio notarile di Milano è tornata sul tema per chiarire, con la massima n. 188, che le società per azioni "con azioni negoziate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione, nonché le s.p.a. con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante" [e forse sarebbe stato più semplice parlare di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio] «che si avvalgono della facoltà concessa dall'**art. 106, comma 4, d.l. n. 18 del 2020**, di prevedere nell'avviso di convocazione che l'intervento in assemblea si svolga esclusivamente tramite il rappresentante designato ai sensi dell'**art. 135-undecies TUF**, possono altresì avvalersi della facoltà concessa dal comma 2 del medesimo **art. 106 d.l. n. 18 del 2020**, di prevedere che l'assemblea si svolga, anche esclusivamente, mediante mezzi di telecomunicazione che garantiscano l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del diritto di voto. In tali circostanze, hanno pertanto diritto di partecipare all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione tutti i componenti degli organi di amministrazione e di controllo, il rappresentante designato, il segretario o il notaio, nonché gli altri soggetti ai quali è consentita la partecipazione all'assemblea ai sensi della legge, dello statuto e del regolamento assembleare, ma non gli azionisti, i quali devono avvalersi necessariamente del rappresentante designato».

Si tratta di un orientamento condivisibilissimo che discende pianamente da quanto disposto dalle norme con forza di legge e che penseremmo migliorabile solo distinguendo tra l'*intervenire* e il *partecipare* dei soci (allora, in ipotesi, necessariamente per mezzo del rappresentante designato), da un lato, e l'*assistere* degli altri soggetti ammessi (individualmente) all'assemblea (seppure collegamenti telematici).

2. - La prevalenza delle disposizioni dell'avviso di convocazione sulle previsioni dello statuto sociale.

Dal punto di vista teorico, l'aspetto più rilevante di questa sorta di "legislazione di guerra" (anche per i modi con cui è stata adottata) ci pare consistere in una profonda alterazione del sistema e della gerarchia delle disposizioni chiamate a regolare il funzionamento degli organi sociali. In particolare, per quanto riguarda il funzionamento delle assemblee, la legge consente (seppure solo in relazione ai particolari profili sopra elencati) che l'avviso di convocazione deroghi a quanto eventualmente previsto dallo statuto o permetta ciò che, in assenza di acconcia previsione statutaria, non era possibile realizzare.

La inversione dell'ordine gerarchico delle fonti è, dunque, evidente; così come è chiara la giustificazione e la ragionevolezza di questa deroga, la quale, in presenza di condizioni eccezionali, pone un atto dell'organo amministrativo (l'avviso di convocazione, appunto) in una posizione sovraordinata rispetto alla stessa "carta costituzionale" della singola società (e cioè lo statuto o atto costitutivo).

484

In condizioni di necessità e urgenza sono sempre i titolari delle funzioni di direzione a potere e dovere fronteggiare l'emergenza sostituendosi agli organi parlamentari e assembleari, posto che le modalità di funzionamento di questi secondi non si conciliano con la esigenza di provvedere con immediatezza. Nel caso di specie, poi, era di palmare evidenza che, se il pericolo per la salute pubblica consisteva e consiste proprio nel riunire in modi tradizionali le assemblee, non si poteva in alcun modo pensare che le forme di funzionamento dell'organo assembleare a distanza presupponesse la modificazione delle regole statutarie (da deliberarsi, a sua volta, in secondo le regole comuni).

Ovviamente, anche altre sarebbero potute essere le soluzioni a un problema tanto grave quanto urgente, almeno nella contingenza: e così, tanto per fare un esempio, si sarebbe ben potuto rinviare, sempre con decreto legge, la scadenza dell'esercizio sociale e consentire la distribuzione di acconti sul dividendo (anche in deroga a quanto previsto dal diritto comune e anche in assenza di conformi previsioni statutarie). Ma ovviamente non è qui il caso e non è questo il momento per svolgere simili esercizi *de*

lege ferenda. Più utile è sottolineare alcune implicazioni pratiche della legislazione emergenziale.

3. - La primazia dell'organo di amministrazione.

Si è già detto del ruolo centrale che assume l'*avviso di convocazione* nella disciplina delle assemblee convocate durante lo stato di emergenza. Ne discende che tutte le scelte che attengono al loro svolgimento dovranno essere attentamente vagliate dall'organo competente alla convocazione dell'assemblea. Ed è bene che di questa responsabilità siano pienamente avvertiti e consapevoli gli amministratori tutti delle società, specialmente se quotate (posto il maggior numero di persone che la loro riunione tipicamente coinvolge).

In vero, un atto, fino ad oggi vissuto come poco più di un semplice adempimento burocratico, diviene ora un momento gravido di implicazioni pratiche di gradissimo momento. La definizione della convocazione presuppone l'attenta considerazione e ponderazione di tanti interessi alcuni dei quali pubblici ed essenziali, a iniziare proprio da quello relativo alla difesa della salute; e la valutazione di questa pluralità di interessi (talora configgenti) dovrà essere tenuta presente non solo nel determinare quando far svolgere l'assemblea (eventualmente sfruttando i più larghi termini concessi), ma anche nel definire:

- quali argomenti (oltre quelli necessitati, a iniziare dalla approvazione del bilancio e dalla destinazione dell'eventuale utile di esercizio) trattare in queste riunioni, tenendo presente che si tratta di occasioni di deliberazione pur sempre connotate da un elevato grado di anomalia;
- quali dei vari sistemi a disposizione per eliminare o fortemente ridurre il contatto fisico tra individui utilizzare e se utilizzarne uno a esclusione di altri o se consentire il contemporaneo concorso di una pluralità di sistemi (voto per corrispondenza, voto a distanza, intervento in assemblea con mezzi di telecomunicazione, rappresentante designato; etc.);
- su quali argomenti fornire, sempre da parte dell'organo amministrativo, una proposta di deliberazione preconstituita e formalizzata rispetto al momento dello svolgimento dell'assemblea (sempre che ovviamente non si tratti di temi su cui la proposta predefinita sia necessaria in forza delle regole di diritto comune);

– e anche dove tenere l’assemblea (seppure è chiaro che in quel luogo fisico possano finire per convergere anche solo pochissimi individui o, al limite, forse anche uno solo).

4. - Alcune questioni applicative.

Molte delle questioni di ordine pratico che si pongono agli operatori devono dunque, a nostro avviso, essere risolte alla luce dei principi ora enunciati.

Gli avvisi di convocazione dovranno essere studiati con cura e, se già diffusi, adeguatamente rivalutati e integrati. Le integrazioni dovranno essere fatte con tempistica sufficiente a consentire ai soci di riorganizzare la loro partecipazione all’assemblea alla luce delle nuove modalità imposte dalle eccezionali circostanze e poi concretamente adottate dalla singola società.

Se si adotta un sistema che non consente ai soci di partecipare seppure a distanza al dibattito e dunque di avanzare durante l’assemblea proposte deliberative, allora è bene che a ciò provveda il consiglio di amministrazione in via previa (senza per questo impedire che altre proposte siano avanzate dai soci e che il presidente dell’assemblea le consideri nel mettere il punto in votazione). Ciò diremmo che vale anche e soprattutto per quelle deliberazioni in merito alle quali, in condizioni normali, il consiglio per prassi tende ad astenersi dal formulare una sua proposta (o a quelle che lo statuto riserva all’assemblea). Si pensi, per esempio, alle deliberazioni in punto di numero dei componenti del consiglio di amministrazione da eleggersi, di loro durata nella carica o, ancora più tipicamente, di remunerazione dei componenti dei diversi organi sociali.

Anche sotto questo riguardo risulta doverosamente esaltato il ruolo centrale del consiglio, il quale, d’altro lato, è quello che comunque dispone degli elementi per formulare proposte nell’interesse della società (alla valutazioni e autovalutazioni sulla composizione del consiglio; alle riflessioni sulla adeguatezza del sistema organizzativo; al fatto di avere elaborato una politica di remunerazione degli amministratori; ecc.).

D’altra parte, pure qualora l’assemblea si svolga esclusivamente attraverso interventi, partecipazione e assistenza da remoto (nel senso che ciò sia

imposto con scelta del consiglio di amministrazione), è chiaro che un luogo di convocazione debba risultare dall'avviso di convocazione, prima, e comunque dal verbale, poi. Il luogo di convocazione e, se si vuole più in generale, *la localizzazione della assemblea* restano dunque *elementi indefettibili* per tutte le adunanze, comprese quelle in forma esclusivamente virtuale (le c.dd. *virtual-only*). La idea – talora adombrata in ambienti notarili [BUSANI] – secondo cui per l'assemblea che si svolge necessariamente «del tutto online [...] il luogo di convocazione è [...] un fattore irrilevante» (che quindi potrebbe non essere indicato) è, all'evidenza, errata. Non è infatti vero che, in quei casi, non «abbia senso porsi il tema del luogo di convocazione (e di chi vi si trovi, beninteso, collegato agli altri partecipanti via audio/video conferenza)» [BUSANI] e, non a caso, in diverso senso si sono subito espressi il Consiglio notarile di Milano (nella già citata massima n. 187) e l'Assonime [ASSONIME].

In vero, tutto quando accade (in sostanza, ciò che viene detto) durante l'assemblea, seppure da remoto, deve potere essere ricondotto ad un luogo specifico, perché ha per tantissimi motivi rilevanza giuridica. Una rilevanza che può andare al di là degli effetti propri dei singoli momenti del procedimento assembleare (La rilevanza tipicamente assembleare dei diversi atti del procedimento, infatti, troverebbe come tale comunque il suo momento di emersione della localizzazione nel criterio che fissa la competenza territoriale della impugnazione della deliberazione nel tribunale delle imprese luogo dove la società ha sede: **art. 2378, comma 1, c.c.**): si pensi, solo per fare un esempio, all'esigenza di localizzare l'assemblea onde potere agire in giudizio per vedersi risarciti i danni derivanti da dichiarazioni diffamatorie, offensive o altrimenti lesive contenute durante un intervento assembleare. Di qui la predetta esigenza di esatta localizzazione di ogni assemblea, del «luogo di convocazione dell'assemblea», al quale, non a caso, è dedicata addirittura la intitolazione del primo articolo del codice civile sull'assemblea: il che forse dovrebbe indurre a diversa cautela nello scrivere articoli (seppure di giornale).

5. - Oltre la pandemia: l'assemblea come organo di teatro.

Ma, avviati a soluzione i vari piccoli problemi pratici, resta la sensazione

che questa eccezionale esperienza emergenziale non potrà non lasciare un segno nel pur sempre creduto e comunque fortemente auspicato momento in cui la pandemia potrà dirsi passata. E questo segno ci pare non possa che essere nel senso di rafforzare e definitivamente affermare quella tendenza a rendere l'assemblea delle società per azioni sempre più un *organo di teatro*, per usare una delle tante straordinarie espressioni inventate da Massimo Severo Giannini; un luogo, cioè, dove si ratificano e si formalizzano scelte prese altrove e non più, dunque, un collegio nel cui seno si possano effettivamente maturare, ponderare e assumere decisioni. E ciò per la semplice ragione che chi normalmente vi partecipa (sia da lontano che da vicino), e cioè la tipologia comune di socio (che normalmente è un investitore professionale o istituzionale e comunque un soggetto che interviene per il tramite di un rappresentante... designato o meno) non ha comunque la possibilità di maturare *hic et nunc* le proprie scelte, di assumere nella immediatezza della riunione le sue decisioni di voto, che infatti, a loro volta, non sono che il frutto di una più o meno complessa e articolata procedura che presuppone che tutto (a iniziare dalle stesse proposte di voto prima ancora del voto stesso) sia deciso ben prima dell'avvio della riunione assembleare: non foss'altro perché ben spesso il socio non dispone, votando, di propri interessi, ma esercita un "diritto" in funzione della cura di interessi altrui.

D'altra parte, l'esperienza storica ci indica come istituti e regole, anche di diritto privato, adottati di fronte alla eccezionalità di eventi straordinari tendano poi comunque ad assumere carattere ordinario: e così ad esempio accadde dopo la prima guerra mondiale quando la legislazione di guerra non solo rimase di fatto in vigore, ma anzi servì a fondare molti nuovi principi generali di diritto comune.

Riferimenti bibliografici.

Misure non troppo dissimili sono state adottate in altri ordinamenti. Per una rassegna si v. D. ZETZSCHE-L. ANKER-SØRENSEN-R. CONSIGLIO-M. YEBOAH-SMITH, *Covid-19-Crisis and Company Law. Towards virtual shareholder meetings*, in *Law Working Paper*, n. 7, 2020, Université de Luxembourg, in <http://ssrn.com/abstract=3576707>, spec. 9 ss., i quali classificano le diverse forme di intervento normativo in misure volte a procrastinare i termini per la convocazione delle assemblee e in misure atte a consentire, a prescindere da quanto statutariamente previsto, che si possa fare ricorso a modalità di partecipazione o di votazione a distanza, ivi compresa la possibilità che l'assemblea si tenga esclusivamente e

necessariamente in forma virtuale (*virtual shareholder meeting*); e soprattutto M.L. PASSADOR, *Peculiarità e problematiche della legislazione emergenziale*, in corso di pubblicazione su *Riv. soc.*, 2020, in https://www.academia.edu/42989240/Peculiarit%C3%A0_e_problematich_e_comparate_della_legislazione_emergenziale?email_work_card=view-paper, dove tra l'altro approfondita rappresentazione della disciplina generale e speciale delle assemblee c.dd. *virtual-only* negli Stati Uniti d'America.

Considerata da M. PALAZZO, *Ex facto oritur ius. A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società*, in *Giustizia civile.com* (7 aprile 2020), come l'anticipazione delle previsioni normative del d.l. n. 18 del 2020, nel senso che il legislatore avrebbe fatto propria la interpretazione dei notai (il che non mi sentirei di condividere considerando quali e quante siano le previsioni normative del citato d.l. che nella massima notarile non trovano nessuna eco).

Si v., ad es., A. BUSANI, *Assemblee online, il «luogo» non serve e non va indicato*, in *Il Sole-24 Ore*, 27 aprile 2020, 17.

Così di nuovo A. BUSANI, *Assemblee online, il «luogo» non serve e non va indicato*, cit. ASSONIME, *FAQ: Luogo dell'assemblea e partecipazione*, in http://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/Pagine/QeA_luogo-dell%27assemblea-e-partecipazione.aspx.

41.

La continuità aziendale della produttività capitalistica nella crisi epidemiologica

Il dispositivo normativo del d.l. 8 aprile 2020 n. 23, è stato fatto cadere nel bel mezzo della crisi di un sistema economico di mercato concorrenziale fondato sulla scarsità e sulla produttività legata al profitto, con l'intento di preservare per la fase2 dell'emergenza sanitaria, quelle particolari forme organizzative che gemmano e connettono il tessuto sociale di una comunità, le imprese. L'immunizzazione, è proprio il caso di dire, tende a sospendere l'azione complementare finalizzata all'espulsione dal gioco del mercato, le imprese inefficienti. Sostanzialmente la crisi biologica, umana e sociale determinata dal Coronavirus ha innescato un'autoprotezione della comunità, almeno di quella Occidentale, rispetto al sistema economico di mercato che resosi da essa autonomo e autoregolamentato, ora la minaccia. In questo periodo di emergenza sanitaria, infatti, la regola sistemica dell'obbligatoria partecipazione ai processi produttivi (l'uomo per sopravvivere può soltanto acquistare *dal* mercato, vendendo quello che ha, anche il lavoro, soltanto *al* mercato) non sta funzionando per mancanza d'incentivi individuali (il profitto, per le imprese, e il timore della fame in condizione di scarsità per il consumatore). La produzione come processo lavorativo e di adattamento *survival* tra l'uomo e l'ambiente, in questo momento si è ritratta, mentre la produttività tecnica guidata dal sistema dei prezzi di mercato e che tendeva a massimizzare la quantità dei beni con il minimo sforzo economico (profitto), in alcuni settori, pur presente per necessità, si è trasformata in una produttività che tende ad assicurare soltanto la massima utilità sociale di quanto prodotto (le mascherine, la

produzione di cibo, la distribuzione). Ora, mentre come un fiume carsico riemerge la sostanza della produzione quale processo di adattamento dell'uomo con l'ambiente, il Decreto liquidità, invece, tenta di ripristinare lo *status quo ante* con una serie d'interventi mirati a salvaguardare la continuità aziendale dell'impresa a produttività capitalistica e quindi il valore economico degli shareholder, la comunicazione organizzativa del bilancio di esercizio e gli interessi degli stakeholder, sostanzialmente cerca di conservare tutti quegli operatori economici, paganti, che sono legati da una rete di rapporti contrattuali con imprese, agenti, in attesa di un ritorno alla normalità sociale, al mercato ed al criterio selettivo dell'efficienza. Questa logica protettiva è nel solco della recente Riforma della crisi d'impresa che riconosce e tutela la continuità aziendale come valore multi-stakeholder delle organizzazioni, ma la crisi epidemiologica la sta superando prima ancora che il Codice della crisi d'impresa entri in vigore (1° settembre 2021). Questo nuovo concetto di valore concorsuale, a causa del rafforzamento della consapevolezza di una più vasta comunità di destino generata dalla crisi epidemiologica, si dimostra inadeguato rispetto alla corrente produttività tecnica generatrice di valori d'uso sociale che sta collegando e coordinando l'uomo con l'ambiente al fine di soddisfarne i bisogni materiali. La fase2 dell'emergenza economica deve considerare anche la presenza antropologica di questi valori comuni che non possono costruirsi attraverso scambi di mercato, ma solo con assunzioni di responsabilità "fino in fondo". L'intervento all'interno del coordinamento uomo-ambiente di intermediari e produttori efficienti che si proponessero come stakeholder esterni alla governance delle relazioni che innervano il sistema, deve essere legislativamente limitato nell'opportunità in quanto, per efficienza, potrebbero sfruttare a loro vantaggio l'apparente "ritardo organizzativo" delle imprese collegate, privandole delle risorse strategiche essenziali per la loro durevole esistenza. (Il sistema agroalimentare, ne è l'esempio tipico).

42.

Nuova finanza nel Decreto Liquidità ed effetti sul mercato

1. La pandemia in atto ci costringe a ripensare alle nostre tradizionali categorie ordinanti, poiché il tempo in cui ci si illudeva di governare *a priori* l'imprevedibile sembra essere ormai tramontato. L'attuale emergenza sanitaria, del resto, è soltanto la punta di un *iceberg*, atteso che la crisi da Covid-19 si innesta in quella scoppiata nel 2008, i cui effetti non si erano ancora sopiti, e va ad impattare in maniera congiunta ed uniforme su domanda ed offerta, colpendo indistintamente imprese e consumatori.

Eventi straordinari come le pandemie appaiono refrattari all'omologazione in una determinata categoria, con la conseguenza di essere insofferenti alla logica della fattispecie e alla rigida gerarchia delle fonti: come gli uomini non possono più ritenersi completamente al riparo del loro ombrello tecnologico, allo stesso modo i codici, con le loro nozioni e le descrizioni generali ed astratte, vengono costantemente insidiati da vicende eccezionali.

Neppure l'istituto del caso fortuito e della forza maggiore (di cui nel codice civile si trova traccia sparsa a proposito di situazioni che interferiscono con l'attività umana) sembra adatto a fronteggiare flagelli di portata planetaria come quello che ci ha colpiti, tanto generalizzati e diffusi sono gli effetti prodotti sulla società.

Lo dimostra proprio l'esperienza di questi giorni che vede il moltiplicarsi di varie figure professionali, quali commissari straordinari ed esperti di vario genere, nonché il fiorire di appositi tavoli tecnici e cabine di regia per gestire l'emergenza e la famosa e fumosa fase 2. Lo dimostra altresì, com'è ovvio, l'emanazione di una normativa di urgenza caotica, che si caratterizza

più per l'eterogenesi dei fini che non per fornire una stampella risolutiva a chi ne ha realmente bisogno per ripartire.

2. Il **d.l. 8 aprile 2020, n. 23** (c.d. Decreto Liquidità), non brilla per chiarezza espositiva, né per la razionalità delle soluzioni che intende fornire e, se è lecito pretendere che le norme possono essere desunte dai principi, può osservarsi che esso appare privo di capacità esplicativa, prim'ancora che applicativa.

La scelta di fronteggiare la crisi di liquidità delle imprese attraverso la leva del debito non appare del tutto convincente almeno in assenza di opportuni correttivi, perché procrastina una condizione finanziaria già critica e rinvia nel tempo le perdite, creando innanzitutto un *vulnus* nel mercato. Le opzioni del legislatore non si connotano per un approccio realista ai fatti. Restano in effetti ancorate a vecchi e superati schemi che, in una grave situazione come l'attuale, possono rivelarsi inadeguati a dare quella boccata di ossigeno che serve all'economia per superare uno *shock* esogeno che ha scosso il mercato fin nelle sue fondamenta, sul lato dell'offerta come della domanda.

494

Il *lockdown* decretato dal Governo centrale e dai Governi regionali ha per legge discriminato fra attività essenziali e non, consentendo alle prime profitti straordinari impossibili prima dell'emergenza epidemiologica. È un fatto che, a fronte delle circa 2,2 milioni di imprese inattive a causa della chiusura coatta, ve ne sono pressappoco 2,3 milioni attive (con all'incirca 16 milioni di occupati), che invece hanno continuato a fatturare e che, verosimilmente, continueranno a incrementare i ricavi (ad esempio, la grande distribuzione nel comparto alimentare ha registrato un + 9,6%; il settore di internet e delle telecomunicazioni un + 8%; il settore farmaceutico un + 4%).

In pratica il 50% del motore economico del nostro Paese è senza carburante o quasi: una situazione esplosiva, in cui, accanto alle limitazioni già imposte dal potere pubblico per ragioni sanitarie, non è inimmaginabile l'insorgere di poteri di fatto che, falsando la concorrenza, possano scoraggiare l'ingresso di nuovi operatori privi della necessaria forza economica o innovativa per competere con coloro che si sono coalizzati in intese, o che hanno assunto sul mercato posizioni oligopolistiche o addirittura monopolistiche. È evidente che in una situazione del genere richiamarsi al-

L'astratto principio della libera concorrenza sarebbe fuorviante e invocare i poteri taumaturgici del libero mercato mistificatorio, anche perché trascurerebbe di considerare il punto di vista dei consumatori, fondamentale per legittimare il profitto dei produttori.

Il distanziamento sociale, insomma, ha acuito quel distanziamento economico già in atto ed è piuttosto aleatorio immaginare di ridurlo allungando la leva finanziaria, senza pensare minimamente anche ad investimenti nel capitale di funzionamento di quelle imprese che hanno subito un azzeramento dei ricavi e che hanno costi fissi elevati. Le capacità di recupero di queste ultime, infatti, saranno presumibilmente lente e contenute, sia in quanto l'attività di impresa (perlomeno nel breve termine) non genererà cassa libera [v., ad esempio, l'**art. 1, comma 2, lett. i), d.l. n. 23/2020**], sia perché il timore di nuovi contagi e la crisi di liquidità che ha colpito le famiglie frenerà ancora i consumi nel breve.

La distanza fra chi ha accumulato grandi guadagni e dispone perciò di una cospicua liquidità e chi al contrario, non avendo fondi propri, è costretto ad indebitarsi per proseguire il ciclo produttivo potrebbe allargarsi in misura esponenziale, con effetti potenzialmente distorsivi dell'efficienza dinamica del mercato e della libertà di scelta dei consumatori. La liquidità dei primi, inoltre, potrebbe essere impiegata per "acquistare" a prezzi superconcorrenziali i secondi e "catturare" i consumatori a scapito del loro benessere.

Nulla di nuovo sotto il sole si direbbe, essendo questo il succo dell'economia capitalistica in cui viviamo, che giunge fino all'estremo di giustificare la carica distruttiva della libera concorrenza e dove la massimizzazione del profitto e l'acquisizione di posizioni dominanti non sono di per sé vietate, se non fosse che tutto ciò è avvenuto per decisione politica dello Stato, che avrebbe il ruolo di tutore dell'efficienza dei mercati e non di garante della efficienza produttiva delle imprese.

Fare perno in via esclusiva sul capitale di credito (*recte*: sulle garanzie statali da rilasciare in favore dei potenziali finanziatori), anziché (o anche) sul capitale di rischio e sugli investimenti, e non preoccuparsi degli effetti concreti (per non dire delle esternalità negative) che determinati provvedimenti legislativi possono produrre, può rivelarsi scelta perdente nel medio-lungo periodo.

3. Quanto al merito, il Decreto sembra più orientato a farsi carico delle esigenze delle banche in vista dell'alleggerimento delle costrittive regole prudenziali che non delle reali necessità delle imprese colpite dall'emergenza *Coronavirus*: se l'intento più o meno dichiarato è quello di garantire l'afflusso di liquidità alle imprese, evitando restrizioni del credito, l'aspetto senza dubbio di maggiore rilevanza, anche se meno appariscente, attiene alla garanzia statale che – a seconda della tipologia e dimensione degli interventi – il Fondo centrale di garanzia per le PMI (art. 13) o la S.A.C.E. S.p.A. controgarantita dallo Stato (art. 1), o entrambi, rilasciano alle banche che erogano “nuovi finanziamenti”.

Sul concetto di “nuova finanza”, si apre un primo importante spunto di riflessione, visto che sono ammesse alla garanzia anche le rinegoziazioni del debito, purché al finanziamento in essere si aggiunga un incremento del 10% rispetto all'importo del credito vantato dal finanziatore [art. 13, comma 1, lett. e), d.l. n. 23/2020].

Il Decreto, in ogni caso, si cimenta in un'inedita e velleitaria definizione di “nuova finanza”, che vale anche per le “nuove” erogazioni garantite dalla S.A.C.E. [art. 1, comma 2, lett. m), d.l. n. 23/2020]: «*si ha nuovo finanziamento quando, ad esito della concessione del finanziamento coperto da garanzia, l'ammontare complessivo delle esposizioni del finanziatore nei confronti del soggetto finanziato risulta superiore all'ammontare di esposizioni detenute alla data di entrata in vigore del... decreto, corretto per le riduzioni delle esposizioni intervenute tra le due date in conseguenza del regolamento contrattuale stabilito tra le parti prima dell'entrata in vigore del... decreto ovvero per decisione autonoma del soggetto finanziato*» [art. 13, comma 1, lett. m), d.l. n. 23/2020].

Si tratta di un non lineare criterio di calcolo rimesso alle banche, tenute a dimostrare (al Mediocredito Centrale, alla S.A.C.E., all'impresa finanziata, all'Autorità giudiziaria in caso di controversia, non è chiaro), al fine di poter godere della garanzia statale per il rimborso del prestito, che l'ammontare complessivo dei finanziamenti erogati è maggiore dell'esposizione in essere al momento dell'entrata in vigore del Decreto, secondo un principio che riecheggia quello che, sia pure per diverse finalità, la **legge fallimentare** ha accolto a proposito della revocatoria delle rimesse in conto corrente (criterio del “massimo scoperto”: art. 70, comma 3, l. fall.). Bisogna augurarsi che la legge di conversione apporti i necessari chiari-

menti, mentre adesso ci si può limitare a segnalare alcune criticità, sul presupposto che un finanziamento aggiuntivo di appena il 10% rispetto all'importo del credito residuo permette alla banca di godere pressoché integralmente della garanzia statale (al 100% se intervengono i Confidi). Se allora la vera *ratio* delle disposizioni in materia sembra essere quella di garantire le banche dal rischio di inadempimento, piuttosto che contrastare il fenomeno del *credit crunch*, estendere la copertura statale anche alle preesistenti esposizioni della banca potrebbe indirettamente disattendere le dichiarate finalità del testo di legge: vale a dire mettere a disposizione dell'impresa, grazie alla concessione di un prestito (di scopo), ricchezza finanziaria per la realizzazione di investimenti in Italia, ovvero impiegata per sostenere il capitale circolante o coprire i costi del personale (in una parola, salvaguardare la continuità aziendale, conferendo in tal modo sostanza alla altrimenti vuota disposizione contabile contenuta nell'**art. 7 d.l. n. 23/2020**).

Stabilire però quando ci si trova di fronte ad un nuovo finanziamento (nel senso dell'assunzione di un reale nuovo rischio da parte della banca) e quando invece no può essere dubbio, soprattutto là dove l'impresa finanziata non dovesse superare la crisi, o addirittura cadere in stato di insolvenza, ed entrare in una procedura concorsuale.

L'ipotesi non è peregrina, posto che sono ammesse al finanziamento, *rectius* alla garanzia, anche quelle esposizioni classificate come "inadempienze probabili" o "scadute o sconfinanti deteriorabili", sempreché non anteriori al 31 gennaio 2020 e non posizionate a "sofferenza" [**art. 1, comma 1, lett. g), d.l. n. 23/2020**], nonché, al ricorrere di date condizioni, imprese in concordato preventivo con continuità aziendale, o che abbiano proposto un accordo di ristrutturazione dei debiti o un piano attestato di risanamento [**art. 1, comma 1, lett. g), d.l. n. 23/2020**].

Potrebbero, di conseguenza, sorgere controversie intorno al rango o alla natura prededucibile del credito di rimborso, o alla revocabilità di quello rimborsato, nonché alla surroga del garante che sia stato escusso dal finanziatore, così in ultima analisi il peso economico del debito andando ad incidere sul bilancio dello Stato.

Ancora, a chi si sia stato danneggiato da un'operazione di nuova finanza – che semmai era tale solo sulla carta – potrebbe essere riconosciuta la

legittimazione ad agire per abusiva concessione di credito, a dispetto dell'esenzione o della semplificazione delle istruttorie sul merito creditizio del debitore.

Le disposizioni recate dal **d.l. n. 23/2020** possono, in definitiva, prestarsi a sottili abusi da parte di chi voglia consolidare precedenti esposizioni, perché la circolazione di nuove risorse monetarie potrebbe essere esigua se non addirittura fittizia. È una possibilità che non può escludersi aprioristicamente, considerata la tendenza invalsa nelle banche esposte verso propri clienti in crisi di erogare loro finanziamenti al solo scopo di coprire pregresse passività ed acquisire contestualmente garanzie reali costituite per "ipotecare" la vecchia esposizione chirografaria trasformata in "nuova finanza" (la tormentata esperienza giudiziaria formata intorno ai mutui fondiari, spesso concessi con finalità distorte, *docet*).

Sono tematiche che qui possono essere soltanto sfiorate, ma quel che è certo sul piano degli interessi generali e degli incentivi è che da un lato si finisce con il "drogare" per un certo periodo di tempo il mercato, iniettandovi liquidità e generando potenziali esternalità negative, dall'altro si corre il serio rischio di creare un possibile disallineamento fra l'iniziale opportunità di concedere un credito garantito a prima richiesta nella restituzione e la successiva convenienza a mantenerlo o a rinnovarlo alla scadenza, quando la garanzia statale non sarà più disponibile.

La banca in estrema sintesi, una volta scaduto il sestennio del finanziamento garantito, potrebbe legittimamente decidere di non rinnovare fiducia all'impresa per il venire meno di una garanzia che escludeva il rischio da inadempimento del debitore.

4. L'impressione che si ricava dalla complessiva lettura degli **artt. 1 e 13 del d.l. n. 23/2020** è, in conclusione, che la stampella sia stata fornita, più che alle imprese, alle banche creditrici. Queste infatti, grazie alla garanzia concessa per i "nuovi" finanziamenti, saranno in grado di liberare significative porzioni del proprio patrimonio dai cospicui accantonamenti effettuati per fronteggiare le perdite sui crediti erogati prima dell'entrata in vigore del Decreto, malgrado le apparentemente limitate finestre temporali contenute nel testo di legge con l'obiettivo di contenere l'estensione dei benefici accordati.

Certo, alla neutralizzazione del rischio di credito, corrisponde per le banche un minor margine operativo sui finanziamenti, ma, a prescindere dal fatto che questo è tutto da vedere, ciò che viceversa appare sicuro è che per le imprese già stremate il costo della complessiva operazione (per il capitale preso a prestito e la garanzia ricevuta) può non essere indolore.

Non sappiamo se al riguardo è lecito parlare piuttosto di “Decreto salva banche”, ma l’impressione che le opzioni del Governo si caratterizzino per una eterogenesi dei fini è forte. Come si è osservato in apertura, se non proprio con risorse a fondo perduto, lo Stato avrebbe potuto orientare il suo intervento in una direzione differente, da un canto incoraggiando e defiscalizzando operazioni di conferimento da parte dei soci o di investitori terzi di nuovo capitale di rischio nelle imprese bisognose (sulla falsariga del modello degli aiuti alla crescita economica, introdotto dal **d.l. 6 dicembre 2011, n. 201**, conv. in **L. 22 dicembre 2011, n. 214**, e dal **d.m. attuativo 3 agosto 2017**), dall’altro stimolando l’impresa debitrice ad adottare modelli efficienti ed efficaci di controllo e conformità per monitorare il raggiungimento degli obiettivi programmati, consistenti perlopiù nel riportare la misura dell’indebitamento complessivo ai livelli pre-Covid.

Le imprese tuttavia già oggi potrebbero utilmente provare a intercettare la liquidità esistente sul mercato, sfruttando strumenti alternativi al credito bancario, quali ad esempio i *minibond* introdotti nel 2012 con il Decreto Sviluppo o gli *equity kicker* o, ancora, ricorrere al *crowdfunding*: si tratta di tecniche giuridico-finanziarie già sperimentate con successo nella pratica degli affari, con lo scopo di accorciare la leva finanziaria e riequilibrare il trattamento tra imprese che si finanziano con fondi altrui e quelle che invece si finanziano con fondi propri.

In quest’ottica sistemi avanzati di *Corporate Governance*, ispirati ad un metodo *problem solving*, possono svolgere un ruolo di fondamentale importanza, pur senza arrendersi all’“algocrazia” partorita dalle intelligenze artificiali che, come anche quest’esperienza forse insegna, può talvolta essere il frutto avvelenato della conoscenza umana.

43.

Garanzie rilasciate da SACE S.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998

È noto che con il recente d.l. 8 aprile 2020, n. 23, il nostro Governo, nell'affrontare la difficilissima tematica del sostegno alla liquidità delle imprese colpite, come tutto il sistema-paese, dall'epidemia COVID-19, ha assegnato un ruolo di primaria rilevanza alla società pubblica SACE S.p.a. Quest'ultima nasce dalla trasformazione in società per azioni, per effetto dell'art. 6 d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (conv. con l. n. 326 del 2003), dell'Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero (SACE), essendo stata destinata allo svolgimento delle funzioni di cui all'art. 2 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 143. E quindi con il precipuo compito, secondo il dettato attuale di tale disposto normativo (già oggetto di interpretazione autentica ex art. 11-*quinquies* d.l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. con l. n. 80 del 2005), di «rilasciare garanzie» a sostegno delle imprese italiane con attività all'estero, così favorendo il processo di internazionalizzazione della nostra economia.

Con il suddetto d.l. n. 23 del 2020, peraltro, il raggio d'azione di SACE S.p.a. viene oggi notevolmente allargato, essa essendo stata chiamata, con lo scopo di «assicurare la necessaria liquidità alle imprese con sede in Italia, colpite dall'epidemia COVID-19», a interventi il cui oggetto consiste nel concedere «fino al 31 dicembre 2020 garanzie (...) in favore di banche, di istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e degli altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, per finanziamenti sotto qualsiasi forma alle suddette imprese» (art. 1, comma 1).

Le garanzie in questione sono rilasciate a copertura non completa, ma secondo una percentuale variabile tra il 70 e il 90%, di prestiti il cui importo massimo è stabilito in riferimento ai due parametri, rispettivamente, del fatturato annuo nel 2019 dell'impresa (non potendo il finanziamento garantito essere superiore al 25% di tale fatturato) e del costo del personale sempre per il 2019 (non potendosi eccedere, nella misura del finanziamento, il doppio di questo dato) (art. 1, comma 2, lett. c e d).

La garanzia che SACE S.p.a. concede «è a prima richiesta, esplicita, irrevocabile» (art. 1, comma 2, lett. f). Essa copre i nuovi finanziamenti ottenuti dall'impresa «per capitale, interessi ed oneri accessori fino all'importo massimo garantito» (art. 1, comma 2, lett. g). L'impresa che ne beneficia «assume l'impegno che essa, nonché ogni altra impresa con sede in Italia che faccia parte del medesimo gruppo cui la prima appartiene, non approvi la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni nel corso del 2020» (art. 1, comma 2, lett. i).

Il rilascio della garanzia segue al compimento di una determinata procedura i cui passaggi basilari il legislatore si preoccupa di individuare (art. 1, comma 6), ma salvo rendere la procedura stessa più complessa e destinata a culminare in una decisione assunta con decreto del MEF (sentito il Ministero dello sviluppo economico), quando il finanziamento da garantire sia in favore di imprese con almeno 5000 dipendenti o con un fatturato non inferiore a 1,5 miliardi di euro (art. 1, comma 7).

Questo dunque per sommi capi il quadro relativo al nuovo ambito d'azione assegnato a SACE S.p.a. dalla legislazione emergenziale dei nostri giorni, la quale comunque, modificando largamente il succitato **art. 6 d.l. n. 269 del 2003**, interviene anche sui compiti già propri della stessa SACE S.p.a. in materia di sostegno all'*export* e ai processi di internazionalizzazione delle imprese italiane (**art. 2d.l. n. 23 del 2020**).

Esiste peraltro un tema trattato da una giurisprudenza che, negli ultimi tempi, s'è fatta molto copiosa e che, atteso l'odierno e notevole allargamento – come detto – del raggio d'azione di SACE S.p.a., rischia di diventare, nel futuro, ancora più spinoso e rilevante. Si tratta della questione se il credito di SACE S.p.a. verso l'impresa sovvenzionata, dopo che il creditore abbia escusso la garanzia, goda del privilegio di cui all'**art. 9, comma 5, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 123**.

Si può ricordare, in breve, che tale decreto, secondo il suo art. 1, comma 1, «individua i principi che regolano i procedimenti amministrativi concernenti gli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive, ivi compresi gli incentivi, i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni e i benefici di qualsiasi genere (...) concessi da amministrazioni pubbliche, anche attraverso soggetti terzi».

L'art. 9 è poi dedicato, come anche recita la sua rubrica, alla revoca dei benefici, revoca che può aver luogo: o quando l'intervento di sostegno sia stato accordato in «assenza di uno o più requisiti» ovvero a fronte di «documentazione incompleta o irregolare» (comma 1); o quando «i beni acquistati con l'intervento siano alienati, ceduti o distratti nei cinque anni successivi alla concessione, ovvero prima che abbia termine quanto previsto dal progetto ammesso all'intervento» (comma 3); o, infine, «per azioni o fatti addebitati all'impresa beneficiaria» (comma 4).

Dopo di che i crediti restitutori conseguenti, appunto, alla revoca di un intervento rientrante nella sfera applicativa del citato **d.lgs. n. 123 del 1998** sono trattati come crediti «preferiti a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, ad eccezione del privilegio per spese di giustizia e di quelli previsti dall'**articolo 2751-bis del codice civile**» (comma 5).

Sono dunque da considerare privilegiati, ai sensi del disposto normativo appena citato, anche i crediti di SACE S.p.a. conseguenti all'escussione delle garanzie da essa prestate?

La giurisprudenza più recente, appunto, si è occupata con una certa frequenza di questo tema, ovviamente in riferimento agli interventi di SACE S.p.a. a sostegno delle imprese con attività all'estero, nel quadro di quanto previsto, a proposito dei suoi compiti, dal **d.lgs. n. 143 del 1998**. E se n'è occupata attraverso pronunce, sia delle corti di merito sia dei giudici di legittimità, che, dopo una prima fase di incertezza, hanno assunto una decisa curvatura in favore della posizione di SACE S.p.a.

Al fondo di questi orientamenti si scorge una particolare attenzione alle esigenze del creditore “pubblico”, il quale, proprio perché gestisce, come SACE S.p.a. sarà chiamata a fare anche in relazione ai nuovi compiti che le vengono, oggi, assegnati, denaro pubblico, meriterebbe una tutela forte e decisa, anche a “scapito” dei creditori privati, che si trovano costretti entro l'ambito della *par condicio* in difetto di specifici titoli di prelazione.

Sennonché, nel contesto di una visione che vorrebbe essere “sostanzialista” e intesa a proteggere l’interesse considerato, appunto, più meritevole, si incontrano passaggi argomentativi difficilmente condivisibili e che andrebbero rimeditati.

Si osservi che le disposizioni che sanciscono la sussistenza di un privilegio, nell’introdurre una deroga alla *par condicio creditorum*, sono disposizioni che rispondono ad un principio di tassatività. L’eventuale allargamento della loro portata applicativa va dunque considerato con prudenza, al di là della questione se ciò, nei singoli casi, possa avvenire per via di interpretazione estensiva e quindi con (formale) rispetto dei limiti entro cui è consentito l’utilizzo dell’analogia (art. 14 disp. sulla legge in gen.) (Cass., sez. un., 17 maggio 2010 n. 11930).

Anche in quest’ottica, quindi, apprezzabile ed equilibrata appare la linea interpretativa – emersa pure in giurisprudenza – che, a proposito del tema qui brevemente trattato, distingue il puro e semplice inadempimento “civilistico” dell’impresa, come mancata restituzione del finanziamento, dalle situazioni in cui è da registrare, invece, un abuso consistente nell’essere riuscito ad ottenere, l’imprenditore, un sostegno pubblico pur in difetto dei necessari requisiti o nell’aver comunque egli “distratto” il finanziamento rispetto all’iniziativa o al progetto cui doveva essere destinato. Soltanto in questi casi vi sarà spazio per una vera e propria “revoca” della misura di sostegno concessa: e unicamente rispetto ad essi, allora, potrà semmai valutarsi l’applicabilità dell’**art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123 del 1998** (si veda del resto quanto oggi dispone, a proposito del Fondo centrale di garanzia PMI, l’**art. 13, comma 5, d.l. n. 23 del 2020**).

Nella lettura della giurisprudenza più recente, al contrario, il privilegio di cui alla disposizione testé citata finisce con l’essere riconosciuto a SACE S.p.a. in modo automatico, come mera conseguenza dell’escussione della garanzia da parte del finanziatore, una volta che l’impresa si sia resa inadempiente rispetto al proprio obbligo restitutorio.

Opinabili appaiono tuttavia, come detto, i passaggi argomentativi utilizzati, su un paio dei quali vale la pena di spendere una parola.

Anzitutto, non sarebbe d’ostacolo al riconoscimento del privilegio il fatto che il creditore garantito ne fosse privo: e ciò quando pure SACE S.p.a.,

come terzo surrogato nei diritti di tale creditore che abbia escusso la garanzia, agisca poi a questo titolo nei confronti del debitore.

La surrogazione – qualunque ne sia la fonte – fa subentrare il *solvens* nella stessa posizione giuridica del creditore soddisfatto, senza che possano individuarsi differenze, sotto questo aspetto, con la cessione del credito. Il nuovo creditore, nell'uno e nell'altro caso, subentra dunque anche negli accessori e nelle garanzie (**art. 1263 c.c.**).

Ma non si vede, ciò posto, come il credito possa divenire privilegiato, nel suo trascorrere dalla sfera di titolarità del finanziatore a quella di SACE S.p.a. come conseguenza della surrogazione. L'idea di un diritto di credito che, una volta acquistato dal *solvens*, muti la propria natura, trasformandosi in credito privilegiato, è palesemente contraddittoria. Eppure essa risulta ormai recepita anche dalla giurisprudenza di legittimità, che non trova nulla di strano nel fatto che un determinato credito, in virtù di una mera vicenda circolatoria, possa nondimeno subire una tale trasmutazione genetica (**Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2019 n. 2664**).

In secondo luogo, come s'è visto, presupposto esplicito del sorgere del privilegio, secondo il dettato dell'**art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123 del 1998**, è l'intervento di una "revoca". Tale privilegio risulta precisamente riferito, anzi, al credito restitutorio conseguente alla revoca della misura di sostegno pubblico.

Nella giurisprudenza più recente, tuttavia, il presupposto in parola viene totalmente svilito. La revoca viene invero intesa non come volontà di sanzionare un abuso dell'impresa sovvenzionata o come decisione, quanto meno, di segno contrario rispetto a quella in base a cui la misura di sostegno era stata inizialmente concessa. Essa è piuttosto ridotta a mera manifestazione formale della volontà di ottenere il "rientro", quali che siano poi gli strumenti allo scopo utilizzati verso il debitore. E senza che le venga dunque riconosciuta alcuna "valenza costituiva", tanto da giungersi a concludere, nei casi non infrequenti in cui il debitore abbia già proposto domanda di concordato preventivo, che il privilegio derivante ad una tale "revoca" sarebbe nondimeno opponibile ai creditori concorrenti, a dispetto di quanto previsto dall'**art. 168, comma 3, l.fall.** (si veda ancora, sul punto, **Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2019 n. 2664**).

Tutte soluzioni queste che peraltro non convincono. Così com'è in realtà

dubitabile, ancora più in radice, che le garanzie concesse da SACE S.p.a. possano a loro volta configurarsi, secondo il dettato dell'**art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123 del 1998**, come «finanziamenti erogati ai sensi del presente decreto legislativo», finanziamenti dalla revoca soltanto dei quali può derivare il credito assistito dal privilegio di cui allo stesso art. 9, comma 5. Invero, SACE S.p.a. opera nel quadro di quanto previsto dal d.l. n. 269 del 2003 e dal **d.lgs. n. 143 del 1998**, nonché oggi nel quadro della nuova disciplina dettata dal **d.l. n. 23 del 2020**: fonti normative, tutte queste, che in nessun modo richiamano, rispetto agli interventi della stessa SACE S.p.a., il **d.lgs. n. 123 del 1998**.

IX
SOGGETTI E NUOVE TECNOLOGIE

44.

L'attività motoria ai tempi del Covid-19

1. - Premessa.

La riflessione prende spunto da una recente ordinanza cautelare del Tar Campania-Napoli (sez. V, 8 aprile 2020, n. 726), che si è espresso sulla legittimità di un provvedimento di ‘messa in quarantena’ adottato – in attuazione dell’ordinanza del Presidente della Regione Campania del 13 marzo 2020, n. 15, e del successivo chiarimento n. 6 del 14 marzo 2020 (anch’essi oggetto di impugnazione) – nei confronti di un cittadino che effettuava attività motoria nei pressi della propria abitazione ¹.

La normativa in parola – che si iscrive nell’ampio e variegato panorama di atti emessi al fine di far fronte alla pandemia da COVID-19 – inibisce la possibilità di svolgere sul territorio regionale attività sportiva, ludica o ricreativa all’aperto, in luoghi pubblici o aperti al pubblico ².

Il provvedimento è stato oggetto di impugnazione unitamente all’ordinanza normativa. In attesa della decisione di merito, la pronuncia cautelare del giudice campano costituisce occasione per interrogarsi sulla legittimità delle fonti secondarie emanate dal Presidente della Regione Cam-

¹ In merito alle misure di contenimento del contagio, l’ordinanza del Ministero della Salute del 21 febbraio 2020 distingue tra sorveglianza attiva e permanenza domiciliare fiduciaria. Sul tema si v. L. CUOCOLO, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in [www.federalismi.it-Osservatorio emergenza Covid 19](http://www.federalismi.it-Osservatorio-emergenza-Covid-19), 2020, 9.

² Per questa ragione il Governo, con Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, ha dichiarato lo stato di emergenza. Successivamente, l’OMS, in data 11 marzo 2020, ha ritenuto che occorressero le condizioni affinché il focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 potesse essere considerato una pandemia. Sulle modalità di gestione delle pandemie a livello internazionale si v. S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018.

pania contemplanti misure più restrittive rispetto a quelle assunte dal Governo.

2. - L'ordinanza cautelare del Tar Campania n. 726 del 2020.

Il giudizio è stato avviato da un medico campano al quale, in data 21 marzo 2020, è stato notificato un provvedimento avente ad oggetto l'obbligo di rientro presso la propria abitazione e la contestuale imposizione di permanenza domiciliare in isolamento per quattordici giorni. Ciò in quanto lo stesso era stato colto ad esercitare attività motoria nei pressi della propria abitazione, il che al ricorrente sembrava essere consentito, in considerazione della ordinanza del Ministero della Salute del 20 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. b), secondo cui nell'intero territorio nazionale sarebbe stato possibile lo svolgimento di «attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona».

Con l'ordinanza n. 726 del 2020, il Tar Campania-Napoli (sez. V), pronunciandosi in sede cautelare (collegiale) sulla vicenda, ha sospeso il provvedimento impugnato al fine di consentire al ricorrente di svolgere la propria attività professionale «in considerazione del rilievo che la disposta "domiciliazione fiduciaria" è giustificata dalla «circolazione senza una delle motivazioni previste dalla normativa emergenziale (d.P.C.M. e ordinanze regionali) adottata allo scopo di evitare il diffondersi del Covid-19, stante anche la verosimiglianza di quanto dedotto dall'interessato circa le concrete modalità di svolgimento dell'attività motoria e la sussistenza di adeguata prova con riferimento agli impegni professionali ricadenti nel periodo interessato dalla contestata misura (21 marzo 2020 per quattordici giorni)».

La pronuncia cautelare lascia perplessi, così come si proverà a spiegare nelle considerazioni conclusive rassegnate all'esito di una breve illustrazione del quadro normativo di riferimento e della relativa giurisprudenza.

3. - Il quadro normativo di riferimento.

Al fine di chiarire il rapporto intercorrente tra le ordinanze assunte dagli organi dei vari livelli di governo è necessario, benché in estrema sintesi,

fare un cenno al quadro normativo in cui si inscrivono i poteri contingibili e urgenti.

Il Ministro della Salute e il Presidente della Regione condividono le disposizioni legislative che costituiscono il fondamento delle ordinanze emesse. Ci si riferisce, in particolare alle seguenti: l'**art. 32 L. 23 dicembre 1978, n. 833**, rubricato «Istituzione del servizio sanitario nazionale», il quale dispone che «in materia di igiene e sanità pubblica» essi possono (al pari del Sindaco) emettere «ordinanze di carattere contingibile ed urgente»; l'**art. 117 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112**, secondo cui «In caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza [...] spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali»; e l'**art. 50, comma 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL)**, che prevede la possibilità che Stato o Regioni adottino provvedimenti d'urgenza, di rispettiva competenza dell'una o dell'altra Autorità in base alla dimensione (regionale, interregionale o statale) della emergenza³.

Queste disposizioni sono state richiamate dal **d.l. 23 febbraio 2020, n. 6** (vigente all'epoca dei fatti su cui si è espresso il Tar con l'ordinanza in commento), per il quale le misure di contenimento del fenomeno epidemiologico sono adottate con d.P.C.M.⁴ Tuttavia, «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri [...], nei casi di estrema necessità ed urgenza», possono essere adottate ordinanze contingibili e urgenti da parte del Presidente della Regione e del Ministro della salute (artt. 1 e 3).

³ Sulle ordinanze contingibili e urgenti si v. A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in www.federalismi.it-Osservatorio emergenza Covid 19, 15 aprile 2020.

⁴ In merito alla legittimità dell'elenco delle misure presenti nel d.l. 6/2020, si v. le opinioni di: L.A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost. per tacer d'altri, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13 marzo 2020; U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, www.forumcostituzionale.it, 25 marzo 2020; R. BIN, *Guardando a domani*, in lacostituzione.info, 12 marzo 2020.

Insomma, stando al quadro normativo appena descritto, al fine di ricostruire il rapporto tra le ordinanze del Presidente della Regione e quelle del Ministro della Salute, sembra essere decisivo l'impatto dell'emergenza sul territorio. Ed infatti, in presenza dei presupposti di contingibilità ed urgenza, l'adozione di una misura regionale differente rispetto a quella vigente nel resto del Paese si giustifica soltanto laddove l'emergenza sia particolarmente localizzata, ovvero si manifesti in maniera peculiare rispetto al territorio nazionale.

Naturalmente, la necessità della differenziazione nella definizione delle misure di contenimento postula un'approfondita istruttoria⁵, solo all'esito della quale è possibile considerare legittima l'assunzione di provvedimenti (da parte di Regioni e Comuni) non solo idonei a fronteggiare il rischio, ma pure proporzionati quanto alla loro durata e alle limitazioni imposte⁶.

4. - Il rapporto tra i provvedimenti del Governo e della Regione Campania.

Come accennato in premessa, il Presidente della Regione Campania, con l'ordinanza n. 15 del 2020⁷, ha inibito la possibilità di svolgere attività sportiva, ludica o ricreativa all'aperto, in luoghi pubblici o aperti al pub-

⁵ Istruttoria che la giurisprudenza, a ben vedere, ha sempre considerato una condizione fondamentale per il legittimo esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti. A tal proposito, si v. TAR Campania, Napoli, sez. V, 3 giugno 2019, n. 3003.

⁶ Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2020, n. 8912; TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 novembre 2019, n. 5319.

⁷ L'ordinanza del Presidente della Giunta regionale campana non è stata da tutti accolta positivamente, soprattutto da quelli che ritengono che l'attività sportiva rientrerebbe sotto la copertura dell'art. 32 Cost., dedicato alla tutela della salute, nonostante la Costituzione italiana, a differenza di altri ordinamenti, non riconosca espressamente un diritto allo sport. In questo senso si v. L. CUOCOLO, *diritti costituzionali di fonte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fonte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in www.federalismi.it-Osservatorio emergenza Covid 19, 2020, 12 ss., 23. Sulle ragioni per le quali l'ordinanza in parola sarebbe illegittima si v. V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in dirittifondametalit.it, 10 marzo 2020; Id., *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali. Aspetti problematici...e rischiosi*, in dirittifondametalit.it, 20 aprile 2020.

blico dal 13 marzo 2020 al 25 marzo 2020⁸. Si è altresì riferito che tale misura è più rigida rispetto a quella prevista dall'art. 1, lett. d), d.P.C.M. 8 marzo 2020, n. 59 (così come modificato dal d.P.C.M. 9 marzo 2020, n. 62), secondo cui – dal 10 marzo 2020 fino al 3 aprile 2020⁹ – «lo sport e le attività motorie svolti all'aperto sono ammessi esclusivamente a condizione che sia possibile consentire il rispetto della distanza interpersonale di un metro»¹⁰.

L'ordinanza del Presidente della Regione Campania viene di fatto integrata sotto il profilo motivazionale dal successivo chiarimento (n. 6/2020), in cui si spiega che il consentire l'attività motoria determinerebbe – per ragioni prevalentemente di carattere sociale e organizzativo – inevitabili e non facilmente controllabili assembramenti, così amplificandosi il rischio di contagi, peraltro già in aumento stando ai dati comunicati dalla Unità di Crisi.

Dall'atto di chiarimento dell'ordinanza si induce che lo svolgimento di attività sportiva in forma individuale non sia in grado di accrescere il rischio di diffusione dei contagi; rischio che, viceversa, sarebbe legato al mancato distanziamento sociale il cui rispetto richiederebbe un'attività di controllo impossibile da effettuare.

Sull'ordinanza **n. 15 del 2020 il Tar Campania** si era già pronunciato in precedenza (sempre in sede cautelare, ma monocratica: sez. V, 18 marzo 2020, n. 416 decr.), esprimendosi anzitutto sulla competenza del Presidente della Regione Campania a provvedere e poi sulla legittimità sia dell'istruttoria svolta sia del merito delle misure adottate.

Per quanto riguarda l'aspetto della competenza, il Tar ha osservato che l'ordinanza regionale richiamerebbe «plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di

⁸ Termine prorogato prima fino al 14/4/2020, con ordinanza del Presidente G.R., 25 marzo 2020, n. 23, e, poi, fino al 3 maggio 2020, con ordinanza del Presidente G.R. 12 aprile 2020, n. 32.

⁹ Termine ulteriormente prorogato al 13 aprile 2020 dal d.P.C.M. 2 aprile 2020, n. 88.

¹⁰ Questa disposizione è stata poi modificata con DPCM 10/4/2020, nel quale, in conformità a quanto disposto con la precedente ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020, è previsto che, dal 14/4/2020 al 3/5/2020, «è consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona».

dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale». In merito al profilo istruttorio, ha affermato che il riferimento al «rischio di contagio, ormai gravissimo sull'intero territorio regionale» ed al fatto che «i dati che pervengono dall'Unità di crisi istituita con Decreto della Giunta regionale della Campania, n. 45 del 6 marzo 2020 [...] dimostrano che, nonostante le misure in precedenza adottate, i numeri di contagio sono in continua forte crescita nella Regione».

Quanto, infine, al merito, sulla valutazione dei contrapposti interessi il Tar ha rilevato che «nell'attuale situazione emergenziale a fronte di limitata compressione della situazione azionata, va accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica»¹¹.

Sicché, l'ordinanza regionale n. 15 del 2020 pare aver già superato il vaglio del Tar Campania. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, essa sembra difettare quanto al rispetto del principio di proporzionalità, in particolare se sottoposta al relativo cd. 'test trifasico', attraverso cui la dottrina, elaborando una giurisprudenza consolidata, ritiene vadano verificate: a) la congruità del mezzo impiegato rispetto alla realizzazione del fine pubblico individuato (idoneità); b) la inesistenza di alternative più miti di quella adottata (necessarietà); c) la tollerabilità delle limitazioni che l'intervento pubblico comporta nella sfera giuridica dei destinatari (adeguatezza)¹².

¹¹ In senso analogo all'orientamento espresso dal Tar Campania si v. altresì il decreto cautelare emesso da TAR Sicilia, 18 aprile 2020, n. 459, che si è espresso, in sede cautelare monocratica, sulla legittimità dell'ordinanza 11 aprile 2020, n. 16 del Presidente della Regione, contenente, analogamente a quanto previsto in Campania, tra le varie misure restrittive, il divieto dello svolgimento dell'attività sportiva. Tale ordinanza è stata impugnata «nella parte in cui contrasta con la normativa emergenziale adottata dal Legislatore, nonché con la normativa di rango costituzionale (artt. 16, 23, 41 e 117 Cost.), che riserva alla legge statale ed al Governo nazionale la possibilità di limitare la libertà di circolazione nel territorio». L'ordinanza sarebbe illegittima secondo i ricorrenti perché «le restrizioni "siciliane" sarebbero "incompatibili con la normativa statale [...] che ammette la possibilità di svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona» (art. 1, comma 1, lett. f) del d.P.C.M. 10 aprile 2020)». Il Tar siciliano ha rigettato la misura cautelare sulla base di una serie di rilievi, tra cui il fatto che l'ordinanza siciliana si fondava su un'adeguata istruttoria e che «l'art. 8, comma 3, del d.P.C.M. del 10 aprile 2020, laddove dispone che "si continuano ad applicare le misure di contenimento più restrittive adottate dalle regioni, anche d'intesa con il ministero della salute, relative a specifiche aree del territorio regionale"». In senso analogo TAR Sicilia, 17 aprile 2020, n. 459.

¹² Sul punto si v., tra i vari, A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in S. CASSESE (a cura di), in *Diz. dir. pubbl.*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4643 ss. V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012; A.

Ed invero, la misura disposta dalla ordinanza regionale appare poco convincente quantomeno per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, il divieto previsto appare inidoneo rispetto al fine da perseguire, non essendo dimostrato che l'adozione di misure meno rigide, come ad esempio consentire l'attività sportiva soltanto nei pressi della propria abitazione, non sarebbe stata sufficiente a contenere il rischio di contagi.

In secondo luogo, a fondamento della previsione del divieto, manca la comparazione con la situazione esistente nelle altre Regioni, solo il confronto con le quali avrebbe potuto giustificare l'adozione di restrizioni maggiormente afflittive ¹³.

Infine, la previsione del divieto è priva di una articolazione della sua efficacia spaziale, nonostante sia diretta a cittadini appartenenti ad un territorio molto eterogeneo: il divieto di svolgere attività motoria all'aperto potrebbe essere considerato proporzionato solo se riferito a zone in cui la densità abitativa è particolarmente elevata (ad esempio la città di Napoli), lo stesso non potendo dirsi per le moltissime altre zone del territorio campano le quali recano una densità abitativa molto più bassa.

I 'difetti' riscontrati nell'ordinanza del Presidente della Regione Campa-

SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo dl territorio*, Milano, 2013. In merito al profilo dell'adeguatezza, S. NEGRI, *Salute pubblica* cit., 121, ha messo in rilievo che «la prassi dimostra che non sempre le decisioni adottate dalle autorità [...] nazionali superano con successo il test dei diritti umani, e ciò si è verificato anche in occasione delle più recenti emergenze sanitarie dichiarate come "emergenze di sanità pubblica di rilevanza internazionale" [...] ai sensi del Regolamento sanitario internazionale». Secondo l'A. sarebbe necessaria una preventiva verifica di proporzionalità da parte del Comitato di emergenza (istituito ai sensi dell'art. 48 del Regolamento sanitario internazionale) delle misure adottate a fronte di emergenze sanitarie internazionali. All'esito di tale verifica il Comitato «potrebbe spingersi fino a vietare le misure non necessarie, ossia non supportate da alcuna giustificazione medico-scientifica, e non proporzionate, delle quali dovrebbe illustrare chiaramente l'incompatibilità con gli standard internazionali in materia di diritti umani» (p. 132).

¹³ Sulla situazione esistente in termini di strutture sanitarie presenti nelle varie regioni del territorio nazionale si v. G. RODRIQUEZ, *Coronavirus. Ecco la mappa delle terapie intensive italiane*, in *www.quotidianosanità.it*, 21 marzo 2020. Per consultare i dati relativi alle singole Regioni e inerenti alla percentuale (distinta in base alla fascia di età) dei soggetti contagiati e del numero di decessi dovuti al COVID-19 si v. *Epidemia Covid-19. Aggiornamento Nazionale (appendice)*, prodotto dall'Istituto superiore di Sanità, Roma e costantemente aggiornato. Dalla consultazione dei dati, sia relativi alle strutture sanitarie presenti, che al numero dei contagi e dei decessi, emerge chiaramente come la situazione campana non appaia affatto la più grave se comparata, appunto, con quella delle altre regioni.

nia si rinvencono, invero, anche nell'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020, che – lo si è già riferito – ha consentito nell'ambito dell'intero territorio nazionale lo svolgimento di «attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona».

Quel che lascia particolarmente perplessi è il fatto che la normativa ministeriale sia soggiunta verosilmente al fine di bilanciare il contenuto dispositivo più 'morbido' del precedente DPCM con quello più rigido previsto dalla ordinanza regionale. Tale opera di bilanciamento però non sembra supportata da una motivazione che renda la misura maggiormente idonea – dal punto di vista scientifico, sociale ed economico – rispetto allo scopo di limitare la diffusione del contagio ¹⁴.

All'esito della descritta successione regolativa, i cittadini campani si sono trovati nell'imbarazzo di essere contemporaneamente destinatari di provvedimenti di segno opposto, nessuno dei due impeccabile sotto il profilo del merito.

La sovrapposizione di disposizioni fra loro contrastanti pare doversi risolvere in favore dell'ordinanza del Ministro della Salute, almeno per due ragioni.

In primo luogo, il fatto che l'ordinanza ministeriale sia successiva lascia presumere che la definizione dei suoi contenuti sia 'passata' anche per la valutazione dell'ordinanza campana, considerata, evidentemente, meritevole di mitigazione perché sproporzionata. In secondo luogo, l'**art. 3, comma 2, d.l. 6 del 2020**, disponendo che le ordinanze contingibili e urgenti della Regione devono essere comunicate (entro 24 ore) al Ministero della Salute, pena la loro inefficacia, sembra ragionevolmente richiedere la sussistenza di un potere di verifica in capo ad esso, in ragione del suo peculiare *know how*. Lo stesso *know how* che fonda il potere di proposta del Ministro, attribuito allo stesso dall'**art. 3, comma 1, d.l.n. 6 del**

¹⁴ L'art. 42 del Regolamento sanitario internazionale prevede che gli Stati, nel determinare le procedure applicate per evitare la diffusione di malattie (cd. misure sanitarie), devono «fondare le proprie decisioni: (a) su principi scientifici; (b) su prove scientifiche disponibili di un rischio per la salute o, in caso tali prove non siano sufficienti, su informazioni disponibili incluse quelle fornite dall'OMS e da altre organizzazioni intergovernative e altri enti internazionali; e (c) su qualsiasi consulenza o pareri specifici dell'OMS».

2020, per l'adozione delle misure di contenimento e di gestione della situazione epidemiologica da assumere con DPCM.

Pertanto, non pare infondato concludere che nel periodo di contemporanea vigenza dei provvedimenti ministeriale e regionale dovesse essere il primo a prevalere.

5. - Brevi considerazioni conclusive.

Alla luce di quanto osservato risultano piuttosto oscuri tanto la motivazione quanto il dispositivo dell'ordinanza del Tar Campania n. 726 del 2020.

In particolare, dalla sua lettura non si comprende quale sia la normativa applicata dal G.A.: se il Tar avesse inteso risolvere il conflitto tra l'atto regionale e quello statale in favore di quest'ultimo avrebbe dovuto sospendere anzitutto l'ordinanza regionale e poi il provvedimento di messa in quarantena nella sua interezza (e non, come avvenuto, il solo provvedimento di quarantena, peraltro soltanto nei limiti in cui la sospensione consentisse l'assolvimento degli impegni professionali del ricorrente); in caso contrario, avrebbe dovuto rigettare l'istanza cautelare.

Ed invero, la misura cautelare assunta è 'sostenuta' essenzialmente dal *periculum in mora* – legato all'attività medica esercitata dal ricorrente –, 'latitando' invece le considerazioni sul *fumus boni iuris*, in merito al quale il Tar si limita a fare un vago riferimento alla normativa regionale e a quella statale – come se fossero allineate –, ritenendo decisiva la ricostruzione dei fatti compiuta dal ricorrente circa le modalità di svolgimento dell'attività motoria.

E però, benché criticabile in punto di stretto diritto, l'operato del giudice è per certi versi comprensibile.

In definitiva, l'incertezza relativa alle disposizioni da applicare evidentemente non riguarda solo i cittadini, ma anche gli operatori del diritto¹⁵, ivi compresi i giudici che, nel caso di specie, si sono pronunciati in

¹⁵ In proposito V. BALDINI, *Sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale, Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, www.dirittifondamentali.it, 2 aprile 2020.

maniera – a dir così – salomonica, senza dar particolare conto del dato normativo nella specie utilizzato.

La suddetta incertezza, che non è affatto una novità, è oggi avvertita con un grado di tolleranza minore a causa del momento storico in cui la si registra. Attualmente si avverte diffusamente la necessità che le Istituzioni, per un verso, ‘comunichino’ certezze, in particolare in merito alle disposizioni da seguire; per altro verso, garantiscano trasparenza con riguardo alle conoscenze scientifiche sulle quali basano, di volta in volta, i loro provvedimenti; per altro verso ancora, ispirino i propri comportamenti alla leale collaborazione, evitando conflitti che potrebbero finanche diventare alibi per la disapplicazione delle regole¹⁶.

¹⁶ Sulla leale collaborazione ai tempi del Covid-19 si v. quanto osservato da A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento* cit. Per quanto concerne il dovere di collaborazione appare peraltro utile mettere in rilievo che il Regolamento sanitario internazionale, all’art. 1, prevede che a fronte di «“emergenze di sanità pubblica di rilevanza internazionale”», ci sarebbe bisogno di una «risposta internazionale coordinata». A tal proposito si v. S. NEGRI, *Salute pubblica* cit., 119 ss.

45.

La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19

1. - Le risposte giuridiche all'emergenza sanitaria: introduzione.

Le misure giuridiche adottate negli ultimi mesi, nel nostro e in altri ordinamenti giuridici (si v., ad es., in Germania, il recente “pacchetto” normativo composto dal *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* e dal *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*, entrambi del 27 marzo 2020), per mitigare e contenere gli effetti dell'epidemia da coronavirus toccano trasversalmente molteplici settori del diritto interno, dal diritto dell'economia al diritto tributario, dal diritto del lavoro al diritto amministrativo. Un panorama esaustivo è già stato offerto dal primo fascicolo speciale di *Giustiziacivile.com* interamente dedicato all'emergenza Covid-19; sul piano comparatistico si moltiplicano ogni giorno i siti (v. ad es. <https://comparativecovidlaw.com>), i canali tematici su piattaforme, nonché i libri bianchi e i *working papers* dedicati ad approfondire in prospettiva transnazionale le implicazioni giuridiche dell'epidemia (tra questi ultimi basti citare, anche per l'autorevolezza degli autori, A. VON BOGDANDY-P. VILLAREAL, *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, in *Max Planck Institut for Comparative Public Law Res. Paper*, 7, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650##).

Una componente importante di questo nuovo diritto dell'emergenza, la quale merita una particolare attenzione, è costituita dalla disciplina “semplificata”, o a seconda dei punti di vista ‘d'eccezione’, della tutela dei dati personali. Questa, composta da tasselli normativi promananti da fonti diverse e operanti su diversi registri (sovrannazionale, nazionale, regionale),

è essenzialmente preordinata a rendere più capillare ed efficace la sorveglianza epidemiologica, più agevole lo scambio di informazioni tra le autorità sanitarie, più rapido e meno oneroso il processo di sperimentazione clinica di nuovi medicinali e dispositivi medici, in ultimo più fluido ed effettivo l'intero sistema di gestione della crisi sanitaria in atto. Ovviamente quanto maggiore è la compressione del livello ordinario delle garanzie, sia pure per inoppugnabili fini di interesse pubblico, tanto più alto è il rischio che il diritto alla protezione dei dati personali – pilastro centrale del sistema contemporaneo dei diritti fondamentali – soffra delle limitazioni eccessive e non facilmente revocabili (anche sul piano cognitivo e culturale, che non è certo il meno rilevante, perché meno effimero rispetto al periodo di vigenza di una norma) una volta terminata l'emergenza. Operare un bilanciamento tra gli interessi, tutti legittimi, in gioco è pertanto operazione non semplice e che sta impegnando, a diversi livelli, chi ha compiti di responsabilità pubblica in pressoché tutti gli ordinamenti giuridici (per il quadro offerto dal diritto internazionale v. S. Negri, *Communicable disease control*, in G.L. BURCI-B. TOEBES, a cura di, *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham, 2018, 265). Non a caso, diversi documenti approvati nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea provano a fissare alcuni punti fermi alla luce dei quali orientare tale bilanciamento in maniera coerente con le esigenze di una società democratica e ispirata al rispetto della dignità della persona e dei diritti umani (si v. rispettivamente COE, Information Documents SG/Inf(2020)11, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the Covid-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, 07/04/20; COE Committee on Bioethics, *DH-BIO Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19 pandemic*, 14-4-2020; e EU Commission, *Recommendation on a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the Covid-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data*, 8-4-2020, C (2020)2296 final.); EU Commission, *Guidance on Apps supporting the fight against Covid-19 pandemic in relation to data protection*, 17-4-2020, 2020/C 124 I/01). Queste pagine si propongono una finalità prevalentemente descrittiva, e soltanto secondariamente adotteranno una prospettiva prescrittiva. L'obiettivo primario è quindi quello di illustrare le principali novità nor-

mative, ponendo ordine in una legislazione per forza di cose frammentaria, per poi provare a delineare le opzioni di politica legislativa attualmente al centro dell'agenda governativa e parlamentare. Si premetteranno quindi alcuni cenni sul sistema delle fonti in un quadro di emergenza pubblica; si descriveranno poi gli interventi più direttamente incidenti sul bilanciamento tra protezione dei dati personali e tutela della salute; si accennerà alla discussione in atto circa l'adozione di strumenti *data-driven* volti al contenimento del contagio.

2. - La protezione dei dati nel diritto dell'emergenza.

Con la dichiarazione dello stato di emergenza, deliberata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 1 del 2018 per la durata di 6 mesi, il processo di produzione normativa ha subito un'improvvisa accelerazione e un significativo spostamento del suo baricentro dalla naturale sede parlamentare a quella governativa. In particolare, a seguito della delibera del CdM hanno acquisito assoluta centralità sul piano operativo le ordinanze di protezione civile, atteso che ai sensi del provvedimento citato per gli interventi funzionali alla gestione dell'emergenza può provvedersi con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile "in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico", nonché i decreti legge, strumento fisiologicamente deputato dalla costituzione alla normazione in condizioni di urgenza. Nel loro operare sinergico queste due fonti hanno disegnato l'architettura fondamentale del diritto dell'emergenza, che si connota per la sua eccezionalità e la portata derogatoria rispetto a principi e istituti consolidati del nostro ordinamento giuridico. Nel momento in cui si scrive si annoverano, tra i principali provvedimenti varati, 21 atti governativi, 24 ordinanze di protezione civile, 18 direttive del Ministero della Salute e altrettanti provvedimenti dei dicasteri economici (un elenco in costante aggiornamento può trovarsi in <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12>).

All'indomani della dichiarazione dello stato di emergenza, il Dipartimento della protezione civile ha adottato varie ordinanze atte a limitare il godimento di diritti e libertà fondamentali con la finalità di contenimento

dell'epidemia e contrasto dei rischi per la sicurezza e la salute dei cittadini. Alcune di esse toccano il sistema della protezione dei dati personali. Tra queste merita una menzione particolare l'ordinanza 3 febbraio 2020, che – con il previo parere favorevole del Garante della protezione dei dati personali n. 15 del 2 febbraio 2020 – ha stabilito all'art. 5 che “allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali”, i soggetti operanti nell'ambito del Servizio nazionale di protezione civile e delle strutture operative ad esso connesse, possono realizzare, nel rispetto dei principi stabiliti dall'**art. 5 del Regolamento (UE) 2016/679**, trattamenti di dati personali anche appartenenti alle categorie particolari di cui all'art. 9 del Regolamento e financo dati giudiziari (art. 10) necessari per l'espletamento della funzione di protezione civile nel contesto dell'emergenza. Tali dati potranno essere condivisi tra i soggetti appena menzionati, nonché comunicati a soggetti pubblici e privati nel caso in cui ciò risulti indispensabile, ai fini del contenimento dell'epidemia. Per esigenze di celerità il conferimento di incarichi di trattamento ai sensi dell'art. 2-*quaterdecies* del Codice in materia di protezione dei dati potrà avvenire “con modalità semplificate, ed anche oralmente”. Tale disposizione, nel preconstituire un'autonoma base giuridica per il trattamento legittimo dei dati particolari e nel prevedere modalità affievolite di tutela, illustra bene come, nel diritto dell'emergenza, fonti normative secondarie siano state abilitate a apportare limitazioni anche profonde a libertà fondamentali in nome del supremo interesse della tutela della salute e ovviamente nei limiti della proporzionalità.

Per ricondurre tali limitazioni a un quadro più coerente con i principi generali e per reinvestire le Camere della propria naturale potestà deliberativa in sede di conversione del decreto, l'**art. 14 d.l. 9 marzo 2020, n. 14** (ora rifiuto nell'art. 17-*bis* del disegno di legge di conversione del **d.l. n. 18 del 2020, A.C. 2463**), ha riformulato tale disposizione, elevandone la fonte e rimarcandone il carattere temporaneo, ossia destinata ad avere una vigenza non superiore alla durata dello stato di emergenza. Si è dunque ribadito che:

a) i dati personali, comuni e “particolari”, possono essere trattati e avere una circolazione interna agli organi deputati al contrasto dell'emergenza, tra i quali rientrano oltre ai soggetti precedentemente indicati, anche «gli

uffici del Ministero della salute e dell'Istituto Superiore di Sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e i soggetti deputati a monitorare e a garantire l'esecuzione delle misure disposte ai sensi dell'**art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6**»;

b) i medesimi dati possono essere comunicati ad altri soggetti pubblici (si pensi in particolare agli enti territoriali o alle autorità di pubblica sicurezza) e privati (si pensi ai datori di lavoro), nonché diffusi (purché non si tratti dei dati particolari di cui all'art. 9 e 10 Reg.), qualora ciò risulti indispensabile al fine dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza in atto;

c) al trattamento si applicano i principi di cui all'art. 5 Reg. (liceità, correttezza, trasparenza, finalità, minimizzazione, etc.);

d) il conferimento di incarichi di trattamento ai sensi dell'art. 2-*quaterdecies* del Codice in materia di protezione dei dati potrà avvenire con modalità semplificate, ed anche oralmente;

e) nel quadro delle attività di cui sopra, le autorità sanitarie e gli altri soggetti autorizzati, qualora trattino dati raccolti presso l'interessato medesimo, possono omettere o rendere in forma semplificata l'informativa prescritta dall'art. 13 GDPR.

523

Inoltre, per ricostruire il rapporto tra il sistema della sorveglianza epidemiologica e la disciplina della tutela dei dati, è opportuno fare cenno ad almeno due altre ordinanze.

La prima, del Ministero della Salute, del 21 febbraio 2020, concernente la sorveglianza attiva dei soggetti a rischio contagio. L'art. 3, nel ribadire che i dati personali raccolti nell'ambito delle attività di sorveglianza di cui all'art. 1 (quarantena con sorveglianza attiva per soggetti che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di infezione) vengono trattati dall'Autorità sanitaria competente per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (lett. *i* dell'art. 9, § 2, GDPR), stabilisce che «il termine di conservazione di tali dati è di 60 giorni dalla raccolta, a documentazione acquisita viene distrutta trascorsi sessanta giorni dalla raccolta, ove non si sia verificato alcun caso sospetto».

La seconda, del Dipartimento di protezione civile del 27 febbraio 2020, ha attribuito all'Istituto Superiore di Sanità la sorveglianza epidemiologica e quella microbiologica del SARS-CoV-2, disponendo la creazione di una

piattaforma informatica nella quale devono confluire i dati raccolti da tutte le Regioni e dalle Province Autonome di Trento e Bolzano, nonché prevedendo che l'Istituto raccolga i campioni biologici positivi di tutte le persone sottoposte a sorveglianza epidemiologica, analizzandoli, confermandone la positività e tenendo una lista aggiornata dei casi confermati e sospetti. L'art. 4 ribadisce che il trattamento in oggetto risponde ai requisiti dell'art., § 2, GDPR e prescrive la comunicazione dei dati dall'ISS al Ministro della Salute e, in forma aggregata, al Capo Dipartimento Protezione Civile. Inoltre, si prevede che per agevolare la collaborazione scientifica internazionale i dati, preventivamente resi in forma anonima, possano essere condivisi con il database dell'OMS e dello *European Center for Disease Control*. Anche questa ordinanza incide sul sistema della protezione dei dati, allargando la platea dei titolari del trattamento, la tipologia dei dati raccolti, nonché la direzione (in entrata e in uscita) del flusso comunicativo.

Sempre in quest'ottica, i d.P.C.M. del 4 e dell'8 marzo 2020 riformulano ed estendono le misure già adottate con precedenti provvedimenti del Ministero della Salute, stabilendo per i soggetti che abbiano soggiornato in zone a rischio epidemiologico l'obbligo di comunicare tali informazioni all'azienda sanitaria competente per territorio, nonché al medico di medicina generale o al pediatra di libera scelta. Tali dati verranno poi riversati al servizio di sanità pubblica con modalità definite dalle Regioni.

Infine, il secondo pilastro della normativa dell'emergenza incidente sulla tutela della persona è costituito dalla disciplina 'semplificata' delle sperimentazioni di medicinali e dispositivi utili a fronteggiare la crisi Covid-19. A questo riguardo è particolarmente importante l'**art. 17 d.l. 17 marzo 2020, n. 18**, che, limitatamente alla durata dell'emergenza, "al fine di migliorare la capacità di coordinamento e di analisi delle evidenze scientifiche disponibili", riconosce all'AIFA la possibilità di accedere a tutti i dati degli studi sperimentali e degli usi compassionevoli dei medicinali per pazienti con Covid-19. Inoltre, esso attribuisce all'Istituto Nazionale per le Malattie Infettive Lazzaro Spallanzani di Roma le funzioni di comitato etico unico nazionale per la valutazione delle sperimentazioni in oggetto. Ai sensi del quinto comma, infine, si prevede che, «in deroga alle vigenti procedure in materia di acquisizione dei dati ai fini della sperimenta-

zione”, l’AIFA, sentito il Comitato etico nazionale di cui al comma 3, pubblica entro 10 giorni dall’entrata in vigore del presente decreto una circolare che indica le procedure semplificate per la menzionata acquisizione dati nonché per le modalità di adesione agli studi». In data 7 aprile 2020 l’AIFA ha emanato la suddetta circolare, rinviando peraltro ai principi espressi nelle Linee Guida dell’EMA e della Commissione UE sulla gestione delle sperimentazioni cliniche durante la pandemia Covid-19, del 27 marzo 2020, pubblicate in https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-10/guidanceclinicaltrials_covid19_en.pdf. Deve notarsi che in tali Linee Guida, all’art. 8, si prevedono deroghe importanti alla disciplina del consenso informato, tanto quanto alla forma (che si ammette orale alla presenza di un testimone) e al momento della sua espressione (successiva nel caso di situazioni di pericolo di vita).

3. - Quale bilanciamento tra interessi confliggenti?

È legittimo interrogarsi circa la legittimità sostanziale di tali prescrizioni, e segnatamente dell’**art. 14 d.l. n. 14 del 2020** (ora rifiuto, come si diceva, nell’art. 17-*bis* del disegno di legge di conversione del **d.l. n. 18 del 2020**, A.C. 2463). È evidente, infatti, che nel prevedere requisiti di informativa semplificati o nel delineare una circolazione legittima ad ampio spettro dei dati anagrafici e sanitari, essi apportano profonde limitazioni al diritto alla protezione dei dati personali, riconosciuto dall’art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali UE e a livello di maggior dettaglio dal **Regolamento (UE) 2016/679**. L’**art. 23** del Regolamento 2016/679 prevede che il diritto dell’Unione o dello Stato Membro limiti, mediante misure legislative – e il ricorso allo strumento del decreto legge elimina i dubbi che si sarebbero potuti avanzare circa l’adeguatezza delle ordinanze a integrare il requisito di legge –, la portata degli obblighi e dei diritti di cui agli artt. da 12 a 22, nonché dell’art. 5, «qualora tale limitazione rispetti l’essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare (...) importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell’Unione o di uno Stato Membro, in particolare un rilevante interesse di (...) sanità pubblica e sicurezza sociale». Che si tratti di interventi ‘interinali’ finalizzati a soddisfare un rilevante inte-

resse pubblico, e segnatamente di sanità pubblica, è di immediata evidenza ed è opportuno ricordare che il Considerando 46 del **Regolamento 2016/679** prevede espressamente che, tra i trattamenti legittimi per motivi di interesse pubblico e per la tutela degli interessi vitali dell'interessato rientrano in particolare quelli «a fini umanitari, tra l'altro per tenere *sotto controllo l'evoluzione di epidemie* la loro diffusione» (cors. agg.). Ad un livello più generale mette conto notare che le misure adottate con l'art. 14 d.l. 14 convergono – ad es., sotto il profilo del *data sharing* – con le raccomandazioni dell'Organizzazione mondiale della Sanità (*Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Diseases Outbreaks*, 2016, principles n. 5 e 10). Ad un livello più specifico è utile richiamare lo *Statement* dell'European Data Protection Board del 19 marzo 2020, secondo cui le misure adottate dai governi per aumentare la rapidità e l'efficacia delle strategie di contrasto all'epidemia devono ritenersi in linea di principio legittime, in quanto preordinate alla tutela di un interesse pubblico rilevante, a condizione che rispettino i due canoni aurei della proporzionalità e della temporaneità (siano cioè limitate alla persistenza della situazione di emergenza). Inoltre, l'EDPB pone opportunamente in luce come le esigenze di contrasto all'epidemia e tutela della salute pubblica rilevino di per sé quali possibili basi giuridiche del trattamento alternative al consenso dell'interessato, tanto in relazione ai dati comuni (artt. 6, punto 1, lett. *d, e*), quanto ai dati particolari. Dispone, infatti, l'art. 9, punto 2, che il divieto di trattamento dei dati particolari non opera qualora il trattamento sia necessario per tutelare l'interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica (lett. *c*), per motivi di interesse pubblico (lett. *g*), diagnosi, terapia e assistenza sanitaria (lett. *h*), interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (lett. *i*), tutto ciò nel rispetto di parametri quali la proporzionalità e il rispetto del contenuto essenziale del diritto alla protezione dei dati, o la presenza di misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato.

Siamo quindi in presenza di una pluralità di norme che integrano e in parte modificano il sistema della protezione dei dati, al fine di bilanciare il rispetto dell'autodeterminazione informativa con le esigenze impellenti di tutela della salute pubblica in una situazione di emergenza sanitaria. I principi stabiliti dal **Regolamento 2016/679 agli artt. 6, 9 e 23** possono di

per sé legittimare non soltanto il trattamento dei dati relativi a persone infette, ma anche le attività di ricerca della catena di contagio intraprese a vari livelli dal medico di famiglia, dalle strutture ospedaliere, o dalle altre strutture sanitarie coinvolte. Le ordinanze e i decreti citati descrivono poi un quadro giuridico flessibile per quanto concerne lo scambio di informazioni tra i soggetti interessati alla sorveglianza epidemiologica e in genere al contrasto attivo alla diffusione dell'epidemia. Altro problema è invece quello di capire cosa sia possibile e opportuno fare per rendere più celere e efficace la ricostruzione della catena dei contatti e l'allerta dei soggetti a rischio, tema su cui ci si intratterà nel prossimo paragrafo.

4. - Le strategie data-driven di contenimento dell'epidemia.

Come in ogni altra ipotesi di gestione di rischio epidemico (si v. WHO, *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Diseases Outbreaks*, 2016; Art. 18 *International Health Regulations*, 2005), è cruciale l'individuazione dei soggetti che abbiano avuto contatti stretti con i casi confermati, affinché possa provvedersi celermente alla loro allerta e all'adozione di tutte le misure preventive, diagnostiche e terapeutiche che l'autorità sanitaria reputi opportune, come prescritto peraltro da molti dei provvedimenti dianzi citati. Il tracciamento 'manuale' tradizionalmente svolto dal personale sanitario attraverso intervista e sistemi analoghi è ovviamente insostituibile, ma soffre di alcuni limiti strutturali, come la difficoltà per la persona infetta di ricordare con precisione l'intero quadro dei contatti pregressi, la presenza di molti contatti accidentali e ignoti nella loro identità allo stesso soggetto interessato, la carenza di personale dedicato nelle situazioni di maggiore crisi epidemica. Da più parti si è quindi invocato il ricorso all'ausilio che oggi possono offrire le moderne tecnologie digitali basate sulla logica dei *big data*, le quali presentano molte potenzialità al fine di ricostruire in maniera rapida e capillare il quadro dei contatti sociali avuti da un caso confermato nel periodo epidemiologicamente rilevante.

L'esperienza dei paesi asiatici, e in particolare della Cina, della Corea del Sud e di Singapore, benché non omogenea al suo interno, è da questo punto di vista particolarmente istruttiva ed è stata approfondita da nume-

rosi studi scientifici. In particolare, il governo di Singapore ha sviluppato una app, denominata “TraceTogether”, finalizzata al tracciamento dei contatti di prossimità per un lasso temporale predeterminato (A. HOLMES, *Singapore is using a high-tech surveillance app to track the coronavirus, keeping schools and businesses open. Here’s how it works*, in *Business Insider*, March 24, 2020). La app può essere installata a seguito di scelta volontaria sui telefoni cellulari ed è basata sulla tecnologia Bluetooth; essa rende possibile conservare sul dispositivo individuale dati protetti da crittografia concernenti i contatti stretti avuti dall’utente nel period epidemiologicamente rilevante, dati poi suscettibili di trasferimento in forma anonima in caso di positività accertata alle autorità sanitarie. La base giuridica del trattamento è costituita in questo schema dal consenso dell’interessato; si deve notare peraltro che la parte sostanziale del Data Protection Act di Singapore del 2012 non è applicabile ai soggetti pubblici (art. 4, § 1, lett. c). Il suo utilizzo ha permesso di contenere in maniera efficace, per lo meno in una prima fase, la moltiplicazione dei contagi. Ancora più invasivo è stato il ricorso alle tecnologie digitali in Cina (L. FERRETTI-C. WYMANT et al., *Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing*, in *Science*, 10.1126/science.abb6936 (2020); H. TIAN et al., *An Investigation of Transmission Control measures during the first 50 days of the Covid-19 epidemic in China*, in *Science* 10.1126/science.abb6105 (2020), le quali sono state impiegate non soltanto con finalità diagnostiche e preventive, ma anche per scopi di natura repressiva e controllo dei comportamenti individuali, come nel caso del rispetto delle misure di isolamento fiduciario e quarantena. La stessa ‘volontarietà’ dell’utilizzo sembra ridursi ad una mistificazione, atteso che in diversi regolamenti municipali si è stabilito che l’utilizzo dei mezzi di trasporto o l’accesso ai luoghi pubblici sia subordinato all’esibizione del QR code con colore appropriato (P. MOZUR-R. ZHONG-A. KROLIK, *In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags*, *New York Times*, 1° marzo 2020). Peraltro, è bene non dimenticare che l’efficacia delle strategie di contrasto messe in campo in Cina per l’emergenza Covid-19 non può essere imputata unicamente alla capillarità della sorveglianza tecnologica, né al carattere fortemente repressivo delle misure adottate per il contenimento, ma deriva in buona parte dalla presenza di un apparato istituzio-

nale affinato a seguito della prima epidemia SARS. Successivamente alla crisi del 2003, sono state adottate diverse normative finalizzate a rendere più coerente e efficace la risposta pubblica alle emergenze epidemiche: la legge generale del 1989 sulla prevenzione e il trattamento delle malattie infettive è stata largamente revisionata prima nel 2004 e poi nel 2013 (L. ZHANG, *Measures to control infectious diseases under Chinese law*, January 29, 2020, in <https://blogs.loc.gov/law/2020/01/falqs-measures-to-control-infectious-diseases-under-chinese-law/>; D. HIPGRAVE, *Communicable disease control in China: from Mao to now*, 1 *J. Global Health* 224 (2011). Assieme alla legge del 2003 sulle risposte all'emergenza e al regolamento dello stesso anno sulle emergenze sanitarie occasionali, la predetta legge ha costituito la cornice giuridica atta a giustificare l'adozione di misure a largo raggio geografico e alta incidenza sociale, come il blocco di intere aree, municipalità o province della nazione cinese.

Anche alla luce di queste esperienze, è chiaro che in termini astratti il contrasto tecnologico all'epidemia risulterà tanto più efficace quanto più ampia e completa sia la base di dati sulla quale può contare, libera l'interconnessione delle banche di dati (pubbliche e privati), interoperabile la piattaforma, immediata la capacità di risposta delle autorità sanitarie al segnale tecnologico. È altrettanto evidente, però, che siffatte condizioni possono essere soddisfatte soltanto in presenza di una capillare diffusione degli *smart devices* in tutta la popolazione, fiducia del pubblico circa limiti e finalità del loro uso, e soprattutto garanzia che non si determini un sistema di sorveglianza di massa, che sacrifichi le libertà care alla democrazia liberale in nome della trasparenza totale e del contrasto efficace all'emergenza epidemica (cfr. considerando 12-19 della Raccomandazione della Commissione UE dell'8 aprile 2020 *on a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the Covid-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data*, C (2020)2296 final, 8/04/20). Per questa ragione le scelte attinenti all'adozione di strumenti di controllo *data-driven* sono soggette a una delicata operazione di bilanciamento degli interessi coinvolti, i quali sono sinteticamente rappresentati da un lato dalla protezione dei dati, dalla dignità della persona e dall'integrità del processo democratico e, dall'altro, dalla tutela della vita e della salute.

Attualmente il dibattito sulle misure tecnologiche di ausilio al contenimento dell'epidemia è al centro dell'agenda governativa e parlamentare, non soltanto nel nostro paese (cfr. **art. 76 d.l. 17 marzo 2020, n. 18**), ma nella quasi totalità degli ordinamenti occidentali interessati dalla pandemia. Lo *European Data Protection Board* ha emanato di recente apposite *guidelines* per il contrasto tecnologico alla pandemia e il rispetto della protezione dei dati personali (*Guidance 4/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the Covid-19 outbreak*, 21-4-2020). La Commissione Europea, con la Raccomandazione dell'8 aprile 2020 e il successivo documento del 17 aprile 2020 ha espresso linee guida – non vincolanti – che dovrebbero essere rispettate dagli Stati Membri, anche al fine di assicurarne l'interoperabilità dello strumento, qualora si decida di fare ricorso ad applicazioni tecnologiche per finalità di prevenzione, allerta e tracciamento dei contatti.

Per i limitati fini di questo scritto, ci si limiterà a segnalare le principali opzioni operative attualmente oggetto di valutazione da parte delle istituzioni competenti, enfatizzando in termini generali che l'eventuale accettabilità di tali strumenti deve intendersi sempre strettamente condizionata al perdurare dell'emergenza e all'attualità degli scopi per i quali essi sono stati elaborati (cfr. il citato parere dello European Data Protection Board).

a) *Raccolta dei dati aggregati sui flussi di comunicazione*. L'ipotesi meno invasiva consiste nell'acquisizione da parte delle società di telecomunicazione – e a giudicare dalle notizie di stampa anche dai providers di servizi Internet e social networks – di dati anonimi e resi in forma aggregata, relativi allo spostamento degli utenti al fine di ricostruire trend di mobilità e analizzare l'andamento epidemiologico tramite cartografie. Un sistema di questo tipo è stato messo a punto in Germania, ove si è previsto il trasferimento di dati aggregati al Roland-Koch-Institut (*Anonyme Handydaten an Robert-Koch-Institut weitergegeben*, *ZD-aktuell*, 2020, 07057) ed è in discussione in Francia e nel Regno Unito (si veda a questo riguardo quanto riportato dagli organi di stampa circa i contatti avuti dal Governo inglese con O2 e altri gestori di servizi di telefonia: M. SWEENEY-A. HERN, *Phone location data could be used to help UK coronavirus effort*, *The Guardian*, 19-3-2020). Non sembrano frapporti particolari ostacoli giuridici a tale prassi, per ciò che gli **artt. 9 e 15 della Direttiva 2002/58/CE** e

l'art. 126 del Codice in materia di protezione dei dati consentono l'acquisizione di dati relativi all'ubicazione degli utenti diversi dai dati di traffico se anonimi, o altrimenti previo consenso dell'interessato (così il parere dello European Data Protection Board, che attribuisce particolare rilievo all'anonimato; analoga è la valutazione del Garante federale tedesco, in <https://www.bfdi.bund.de/DE/Datenschutz/Datenschutz-Corona/Allgemeines/FAQ-Mobilfunkdaten-RKI/FAQ-Mobilfunkdaten-RKI-table.html>).

b) *Geolocalizzazione e tracciamento selettivo degli spostamenti di singoli utenti.* Questa ipotesi è stata ad esempio avanzata, assieme a quella relativa ai droni, con finalità repressive, al fine di controllare il rispetto delle misure di quarantena. In Israele, ad esempio, il Primo Ministro ha autorizzato il ricorso da parte delle agenzie per la sicurezza nazionale ai dati in possesso delle compagnie di comunicazione non già in forma aggregata ma individuale (D.M. HALBFINGER-I. KERSHNER-R. BERGMAN, *To Track Coronavirus, Israel Moves to Tap Secret Trove of Cellphone Data*, *New York Times*, 18-3-2020); tuttavia la Corte Suprema, con *interim order* del 19 marzo 2020, ha bloccato l'applicazione di tale disciplina, anche per ragioni di ordine procedurale, stabilendo l'implementazione in via temporanea soltanto delle misure volte ad identificare i contatti delle persone risultate positive all'infezione (*Ben Meir v. Prime Minister*, HCJ 2109/2020; HCJ 2135/2020; HCJ 2141/20). Invocata come tecnica di controllo a carattere repressivo del rispetto degli obblighi di isolamento, essa non può che apparire in tensione con il principio di proporzionalità (e forse anche con il contenuto essenziale del diritto garantito dall'art. 8 Carta dei diritti UE) che regola il diritto della protezione dei dati e dunque difficilmente accettabile, come anche indicato nel par. 10 della Raccomandazione citata della Commissione. D'altronde essa appare anche poco praticabile qualora sia impiegata con finalità di tracciamento dei contatti, in quanto il ricorso ai dati in possesso delle compagnie di telecomunicazione sconta l'insufficiente granularità della localizzazione registrata dalle celle telefoniche in comparazione con tecniche alternative, le quali potrebbero evidenziare la sussistenza di contatti a rischio nel raggio di pochi centimetri.

c) *Tracciamento di prossimità attraverso apposite applicazioni rese operative su telefoni cellulari o dispositivi indossabili.* Questa è evidentemente la soluzione maggiormente funzionale sul piano tecnologico e non a caso ampiamente

dibattuta in varie sedi. Una delle iniziative più importanti a questo riguardo è quella del consorzio europeo Pan-European Privacy-Preserving Proximity-Tracing (PEPP-PT), alla quale si ispira la maggior parte delle proposte operative attualmente oggetto di valutazione da parte dei governi e dei parlamenti degli stati membri. L'idea di fondo consiste nel mettere a disposizione dei cittadini un'applicazione che permetta tramite la tecnologia Bluetooth-Low-Energy di registrare e mantenere in forma criptata sul singolo dispositivo traccia anonima dei contatti stretti (al di sotto di una certa distanza spaziale e per un certo lasso temporale) avuti con altri utenti nel periodo epidemiologicamente rilevante. In caso di accertata positività, registrata dallo stesso utente attraverso apposito codice dopo aver avuto il responso microbiologico, si aprono varie opzioni: *a)* la app potrebbe automaticamente inviare un segnale anonimo di alert ai contatti stretti, i quali verrebbero invitati a rivolgersi al personale sanitario per le opportune valutazioni; *b)* le autorità sanitarie, accedendo direttamente ai dati conservati su una piattaforma centralizzata (auspicabilmente pubblica) e adoperando una chiave di decrittazione in loro possesso, potrebbero identificare i contatti a rischio e contattarli con celerità per assumere le misure conseguenti.

532

L'alternativa tra un sistema di archiviazione delle informazioni centralizzato ed uno decentralizzato è evidentemente cruciale per definire le caratteristiche operative e le implicazioni giuridiche della specifica architettura tecnologica, ed è su questo punto, non a caso, che si è sviluppato un acceso dibattito pubblico, non soltanto nel nostro paese. La preferenza delle autorità sanitarie di diversi paesi sembra orientarsi verso la soluzione della piattaforma centralizzata, la quale permetterebbe di monitorare in maniera più capillare l'andamento dell'epidemia e gestire in maniera diretta, piuttosto che attraverso informazioni in-app, la fase dei contatti con i soggetti a rischio. Ad essa il Comitato Europeo non ha opposto obiezioni di principio nella Lettera, datata 14 aprile 2020, del Presidente del Comitato alla Commissione Europea sul Progetto di linee guida in materia di app per il contrasto alla pandemia. Diverse organizzazioni attive nel campo della tutela dei diritti civili e lo stesso Parlamento Europeo, con la Risoluzione 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di Covid-19 e le sue conseguenze (n.2020/2616(RSP) hanno

invece ribadito l'opportunità "che la memorizzazione dei dati sia completamente decentralizzata" (punto 52), in modo da ridurre i rischi di uso improprio dei dati, e che il codice sorgente sia mantenuto in formato aperto per sollecitare verifiche indipendenti in punto di sicurezza informatica e rispetto dei principi di *data protection*. Di recente, peraltro, le linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati hanno supportato questa soluzione, auspicando la conservazione dei dati esclusivamente sul terminale dell'utente (EDPB, *Guidance 4/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the Covid-19 outbreak*, 21-4-2020, punto 27).

Per quanto attiene alla *base giuridica del trattamento*, questa potrebbe essere ravvisata, alternativamente, nel consenso dell'interessato ai sensi dell'art. 5 Direttiva 2002/58/CE e degli artt. 6 e 9 GDPR, il quale potrebbe essere reso al momento della installazione della app sul dispositivo individuale e dovrebbe essere opportunamente differenziato in funzione delle eventuali specifiche finalità del trattamento (in caso di app multifunzione, come *symptoms checking*, *contact tracing*, telemedicina); oppure, come sembrerebbe più coerente qualora la app sia commissionata o messa a disposizione da un soggetto pubblico per finalità di contrasto all'epidemia, nell'interesse pubblico rilevante, in particolare, per fini di tutela della salute ex art. 6, p.1, lett. *d*, *e*, e 9, par. 2, lett. *i* GDPR, oltre che eventualmente art. 15 Direttiva 2002/58/CE. In quest'ultimo senso si è espresso, ad esempio, il Comitato europeo della protezione dei dati, segnalando l'opportunità di fondare il trattamento non già sulla base giuridica del consenso dell'interessato, bensì su quella dell'adempimento di un compito nell'interesse pubblico (EDPB, *Guidance 4/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the Covid-19 outbreak*, cit., punti 29 e 33). Ovviamente, qualora sia questa la base giuridica prescelta, risulterà indispensabile adottare preventivamente una disciplina legislativa che stabilisca modalità operative, garanzie e limiti di un siffatto trattamento (e la cornice legislativa andrebbe ad avviso di chi scrive comunque assicurata anche nell'ipotesi del consenso quale base giuridica al fine di risolvere le molte questioni aperte in punto di informativa, comunicazione, conservazione e riuso dei dati particolari, nonché eventuali limitazioni dei diritti dell'interessato ex art. 23 GDPR).

Va chiarito in ogni caso che, come sottolineato tanto dal Parlamento, quanto dalla Commissione e dal Comitato prot. dati (v. da ultimo EDPB, *Guidance 4/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the Covid-19 outbreak*, punto 31), pur nell'ipotesi di una misura di legge che inquadri l'utilizzo della app in una cornice specifica di interesse pubblico, l'installazione e l'utilizzazione della app dovrà assumere un carattere puramente *volontario* e non potranno essere previste conseguenze pregiudizievoli a danno di quei cittadini che non possano o non vogliano dotarsi di un sistema di tracciamento digitale. Una soluzione diversa sembrerebbe porsi inevitabilmente in contrasto con il principio della proporzionalità e del contenuto essenziale del diritto alla protezione dei dati personali di cui all'art. 8 Carta dei diritti UE e all'art. 23 GDPR, oltre che ledere altri diritti costituzionalmente rilevanti e porsi intrinsecamente in contrasto con il principio di uguaglianza **ex art. 3 Cost.** (atteso che coloro i quali non fossero in possesso di un telefono cellulare o non avessero le abilità digitali necessarie finirebbero per subire, irragionevolmente, un trattamento peggiore).

534

Infine, dagli orientamenti degli organi europei come sopra indicati si evincono altri punti fermi che non dovrebbero essere valicati da qualsiasi disciplina nazionale. Richiamandoli in maniera succinta, si deve innanzitutto ribadire:

- i) il carattere necessariamente anonimo delle informazioni conservate su dispositivi o piattaforme, prevedendosi modalità tecnologiche che limitino in massimo grado il rischio di re-identificazione;
- ii) direttamente collegato a tale assunto è l'esclusione del ricorso a qualsiasi forma di geolocalizzazione dell'individuo, atteso che per le finalità di tracciamento di prossimità non è necessaria la raccolta di dati relativi ai movimenti e alla localizzazione geografica dell'interessato;
- iii) nell'ipotesi in cui si prevedano app multifunzione, è essenziale garantire la possibilità di esprimere un consenso chiaramente differenziato per ciascuna delle ipotetiche utilizzazioni dei dati (sintomatologia e diagnostica, tracciamento di prossimità, telemedicina, etc.);
- iv) i dati non dovranno essere conservati oltre il periodo strettamente necessario per scopi di controllo epidemiologico e contenimento dell'infezione, e dunque da un lato i dati di contatto dovranno essere cancellati

dal sistema decorso il termine possibile di incubazione e dall'altro tutti i dati raccolti dovranno essere eliminati terminata l'emergenza sanitaria;
v) deve tenersi fermo il principio fissato dall'art. 22 GDPR con relativa esclusione di decisioni a carattere interamente automatizzato.

5. - Conclusioni.

In conclusione, si deve innanzitutto ribadire, come già segnalato dal Presidente dell'Autorità garante nell'audizione informale alle Camere del 8-4-2020, che il diritto alla protezione dei dati non può essere né inteso, né concretamente utilizzato come un ostacolo al contrasto efficace della pandemia. Tutto all'opposto, diversi sondaggi d'opinione evidenziano come una delle ragioni sottese alla scarsa propensione individuale a dotarsi di una app volontaria di tracciamento consiste nel timore di uso improprio dei dati. Ebbene, è soltanto dotandosi di un'architettura giuridica e tecnologica incentrata sul principio del rispetto rigoroso delle regole in materia di tutela dei dati che si può elevare il livello di fiducia nel sistema, rendendolo appunto *trustworthy* (vera parola d'ordine in queste congiunture drammatiche, che richiedono uno sforzo collettivo e un'alta coscienza individuale). Le regole adottate o in via di adozione nel nostro sistema, come pure negli altri sistemi dell'Europa Occidentale (diverso è il quadro per alcune esperienze dell'est europeo) sembrano muoversi nella giusta direzione. Non giovano, invece, ipotesi emerse sugli organi di stampa nazionale, come quelle relative alle possibili conseguenze negative della mancata installazione dell'applicazione, né a maggior ragione proposte di accesso straordinario ai dati relativi alla localizzazione degli individui quale quello autorizzato in Israele. Un sistema di disciplina altamente garantistico e incentrato sull'alto livello di protezione dei dati personali è da intendersi come un presupposto indispensabile per creare un ambiente di fiducia istituzionale; ma questo è ovviamente soltanto un tassello di una più ampia strategia che deve essere messa in campo dagli organismi pubblici, volta a rappresentare anche sul piano comunicativo l'alto senso sociale di una vera e propria ipotesi di 'donazione' dei dati per scopi solidaristici. Non diversamente da quanto avviene nel campo della donazione di organi e tessuti, dove una disciplina di garanzia è soltanto il primo

tassello di una più ampia strategia informativa e di sensibilizzazione sociale, senza la quale è presuntuoso pensare che il diritto possa di per sé conseguire esiti appropriati.

In secondo luogo, come pure rimarcato nelle linee guida del Comitato eur. prot. dati, bisogna guardarsi da ciò che usa definirsi, con espressione inelegante, il “soluzionismo tecnologico”. Il ricorso alle tecnologie di contrasto *data-driven* alla pandemia è assolutamente necessario e indispensabile, ed è la stessa Organizzazione mondiale della sanità che lo auspica. Tuttavia, esso non è sufficiente, se non è contornato da una continua ed assidua partecipazione del personale e delle strutture sanitarie, che devono mantenere l'ultima responsabilità nel comunicare, nell'indirizzare e nel rassicurare gli individui in una congiuntura così complicata (sul punto, anche per un opportuno richiamo alla necessaria ‘gradualità’ e proporzionalità delle misure, v. l'intervista del Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali A. SORO, *Privacy e democrazia ai tempi della pandemia*, in <https://fondazioneleonardo-cdm.com/it/news/privacy-e-democrazia-ai-tempi-della-pandemia-intervista-ad-antonello-soro/>; nonché EDPB, *Guidance 4/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of the Covid-19 outbreak*, punto 36). Il “diritto a un intervento umano” di cui parla la seconda parte dell'art. 22 GDPR deve essere assunto come stella polare di una proficua interazione tra uomo e macchina, finalizzata alla simultanea realizzazione di due diritti fondamentali, quello alla salute e quello alla dignità della persona. Perché ciò avvenga rimane cruciale il tema dell'adeguato investimento in strutture e personale, dato che le carenze manifestate in questa emergenza (si pensi soltanto al tema della insufficiente dotazione di dispositivi individuali di protezione a beneficio del personale sanitario e in particolare dei medici di famiglia) non dovrebbero ripetersi in circostanze future (si leggano su questo punto le belle pagine di G. Giraud, *Per ripartire dopo l'emergenza Covid-19*, in <https://www.laciviltacattolica.it/quaderno/4075/>).

Infine, è essenziale ribadire che tutte le restrizioni e le limitazioni apportate al diritto alla protezione dei dati personali sono legittime purché strettamente condizionate alla persistenza dello stato di emergenza. Una volta superata tale fase, esse dovranno essere prontamente rimosse, quale tassello essenziale della strategia di uscita dalla crisi. Ciò non toglie, per

altro verso, che questa congiuntura possa avere evidenziato falle o limitazioni nell'architettura istituzionale del GDPR e non è escluso – ce lo ha ricordato di recente Christopher Kuner (*Data Crossing Borders*, in *Verfassungsblog.de*, 15 aprile 2020) – che, come è già successo con la crisi dell'11 settembre 2001, la crisi pandemica globale trasformerà aspetti importanti del sistema europeo della protezione dei dati. Tra i diversi aspetti meritevoli di riflessione, e direttamente collegati al legame biunivoco intercorrente tra globalizzazione e pandemie (cfr. INSTITUTE OF MEDICINE, *The Impact of Globalization on Infectious Disease Emergence and Control: Exploring the Consequences and Opportunities: Workshop Summary*, Washington, 2006), emerge con forza l'utilità di ripensare il sistema dei limiti al trasferimento internazionale dei dati per renderlo più preciso e al contempo flessibile di quanto attualmente riesca a fare l'art. 49 GDPR. Abbiamo appreso da questa pandemia che le esigenze di circolazione dei dati per scopi di ricerca scientifica e in particolare epidemiologica sono particolarmente impellenti, specie quando esistono piattaforme digitali che permettono alla comunità globale degli studiosi e dei ricercatori di condividere informazioni e risultanze empiriche essenziali per il progresso della conoscenza e per l'elaborazione di cure. Richiamarsi allo spirito globale che da sempre ha animato le comunità scientifiche, assicurando il progresso umano, è quanto mai utile specie in questo frangente, che assieme a un grande senso di solidarietà ha fatto riemergere, purtroppo, nella sfera politica, le più grette pulsioni localistiche, le quali hanno assunto varie forme, e tra queste anche, in taluni casi, il "sovranoismo digitale.

* Il presente lavoro sviluppa e integra il contributo offerto al Rapporto ISS Covid-19 sulla Sorveglianza Territoriale del Gruppo di Lavoro "Bioetica" dell'Istituto Superiore di Sanità e riflette opinioni personali che non impegnano l'Istituzione citata.

46.

Le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per ragioni sanitarie

1. - Il quadro normativo.

L'art. 16, comma 1, Cost., enuncia testualmente che ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza, precisando che nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche, e, prevedendo al comma 2, che ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.

L'art. 32 Cost., prevede al comma 1 che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti, mentre al comma 2 afferma che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

La L. 23 dicembre 1978, n.833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, all'art. 32, rubricato funzioni di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, prevede al comma 1 che il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni, ed al comma 3, che nelle medesime materie, sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile e urgente, con

efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio, comprendente più comuni e al territorio comunale.

Pertanto, sulla scorta del sopra richiamato quadro normativo concernente la tutela dei suddetti diritti costituzionali, è dunque palese come la previsione di una loro limitazione può essere disposta soltanto per motivi di sanità pubblica, a tutela della salute intesa come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività, e, che per effetto della riserva di legge vigente in materia, nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non in forza di un'espressa disposizione normativa.

Ciò premesso, nel generale contesto del *lockdown* esteso all'intero territorio nazionale, ci si interroga se possa ritenersi corretto demandare l'attuazione delle misure limitative dei sopra citati diritti a dei provvedimenti formalmente amministrativi ma sostanzialmente a contenuto regolamentare, senza il prioritario intervento del Parlamento ¹, e, se quindi, la restrizione della libertà di circolazione imposta con un d.P.C.M. possa costituire o meno una violazione della riserva di legge stabilita in *primis*, dall'**art. 16 Cost.**

2. - Le modalità attuative delle disposizioni contenute nel d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

Il **d.l. 23 febbraio 2020, n.6**, – pubblicato in G.U. 23 febbraio 2020, n. 45 – conv., con modificazioni, dalla **L. 5 marzo 2020, n. 13**, recante Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemio- logica da Covid-19 [Coronavirus], all'art. 3, per quanto concerne l'attuazione delle misure di contenimento – riguardanti le misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19 e le ulteriori misure di gestione dell'emergenza indicate rispettivamente negli **artt. 1 e 2 dello stesso d.l. n.6 del 2020** – dispone che l'attuazione delle misure di contenimento sono adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. In pari data, è quindi stato emesso il primo Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, con finalità attuativa del suddetto **d.l. n. 6 del 2020**,

¹ Così A. CELOTTO, *Libertà "limitate" e ruolo del Parlamento*, in *Giustiziavivile.com*.

nonché, successivamente, una serie di **d.P.C.M. emessi il 25 febbraio 2020, 1° marzo 2020, 4 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020** – i quali, in forza del citato **d.l. n.6 del 2020** hanno regolamentato l’ambito di applicazione e l’effettiva “dimensione” delle misure restrittive già adottate per via legislativa.

La precisazione contenuta nell’**art. 3 d.l. n.6 del 2020** è importante, perché è proprio per effetto di tale disposizione *ad hoc* che viene rispettata la riserva di legge prevista dall’**art. 16 della Costituzione**, sulla cui scorta, può quindi ritenersi legittima la successiva adozione dei singoli DPCM emessi a partire dal 23 febbraio 2020, ciascuno contenente l’attuazione delle misure restrittive alla libertà di circolazione delle persone sull’intero territorio nazionale.

In buona sostanza, il **d.l. n.6 del 2020** è la “copertura” normativa del singolo d.P.C.M. emesso fino alla data di adozione del successivo **d.l. n.19 del 2020** al solo fine di adottare le misure contenute nel citato **d.l. n.6 del 2020**, come del resto può evincersi anche in quelli emessi successivamente, il 25 febbraio 2020, 1° marzo 2020, 4 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020, 22 marzo 2020, nei cui rispettivi preamboli è espressamente indicato «Visto il **d.l. 23 febbraio 2020, n. 6**, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-19» e, in particolare, l’articolo 3».

3. - Le modalità attuative delle disposizioni contenute nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

La stessa “tecnica” adottata in occasione del **d.l. 23 febbraio 2020, n.6** è stata confermata in sede di emanazione del **d.l. 25 marzo 2020, n.19** – pubblicato in G.U., 25 marzo 2020, n. 79 – recante “Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da Covid-19”, laddove all’art. 2, si prevede che l’attuazione delle misure di contenimento di cui all’art. 1 – recante “Misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19 – sono adottate con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Infatti, il **d.l. n.19 del 2020 all’art. 2**, comma 3, fa salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del precedente **d.l. n. 6 del 2020**, convertito con modificazioni, dalla **L. n.**

13 del 2020, disponendo altresì che continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti, le misure già adottate con i precedenti d.P.C.M. per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore di quest'ultimo decreto.

Inoltre, l'**art. 2 d.l. n.19 del 2020**, al comma 2, enuncia altresì che nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 dello stesso decreto-legge, e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità ed urgenza per situazioni sopravvenute, le misure di cui all'art. 1 possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'**art. 32 L. 23 dicembre 1978, n. 833**.

In buona sostanza, il legislatore – convertendo in **L. n.13 del 2020 il d.l. n.6 del 2020** proposto dal Governo – ha fatto propria, ratificandola, la volontà dell'Esecutivo nell'aver scelto l'adozione del DPCM quale strumento attuativo e regolamentare delle misure di contenimento enunciate nel suddetto decreto-legge.

4. - È legittimo assegnare ad una fonte atipica i compiti di tipo normativo che l'ordinamento riserva ad una fonte secondaria del diritto tipizzata dalla l. n. 400 del 1988?

La domanda che si pone è allora se l'adozione di una fonte considerata in dottrina come “atipica”² sia davvero lo strumento adeguato per attuare compiutamente il complesso contenuto racchiuso nelle disposizioni normative – contenute nel singolo decreto-legge proposto dall'Esecutivo – concernente la limitazione della libertà di circolazione delle persone sull'intero territorio nazionale per la tutela della salute pubblica.

Al riguardo, va fatta una premessa, consistente nella semplice presa d'atto delle ragioni³ sottostanti all'adozione di tale *modus procedendi*, che sinte-

² V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2016, ed in www.osservatoriosullefonti.it, il quale osserva come un'atendenza tipica è quella di sostituire il ricorso alla fonte regolamentare con quello ad una fonte atipica come il d.P.C.M. Nella materia qui considerata, cfr. altresì le osservazioni di U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del Governo [riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 L. 400 del 1998]*, in *Scritti per Mario Nigro, Stato e Amministrazione*, Milano, 1991, 279 e ss.; ID., *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della L. n.400 del 1988*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 63 e ss.

³ E. ALBANESI, *I decreti del Governo «di natura non regolamentare». Un percorso interpretativo*, in <https://it.readkong.com/page/i-decreti-del-governo-di-natura-non-regolamentare-un-2586797>

ticamente sono riassumibili nell'elusione dei vincoli di carattere sostanziale e procedimentale che notoriamente gravano la fonte regolamentare "tipizzata" dalla **L. n.400 del 1988**.

In buona sostanza, l'attuazione delle leggi e degli atti aventi forza di legge avviene sempre più frequentemente ⁴, tramite l'utilizzo di fonti cd. atipiche diverse dal modello regolamentare tipizzato nell'**art. 17 della L. n. 400 del 1988**, a causa della necessità di adeguare tempestivamente al continuo divenire delle conoscenze a carattere tecnico-scientifico in una materia come quella sanitaria, la relativa disciplina normativa, in maniera non dissimile da quanto accade con specifico riferimento a tutte quelle particolari materie in cui i summenzionati aspetti tecnico-scientifico sono maggiormente evidenti, i quali, conseguentemente, rappresentano un terreno fertile per l'adozione di fonti regolamentari atipiche attuative del dettato normativo primario ⁵.

p=1, osserva che la *ratio* del ricorso da parte del legislatore a decreti «di natura non regolamentare» dal contenuto normativo costituendo uno strumento a disposizione del Governo per veicolare un contenuto di natura normativa eludendo almeno in parte i vincoli posti dall' art. 17 L. 400 del 1988 per l'adozione dei regolamenti, come ad esempio l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato. A ciò aggiungasi l'ulteriore fine ravvisabile nel demandare a singoli decreti dell'Esecutivo – che non sono sempre meramente attuativi della disposizione legislativa a cui si riferiscono – la disciplina di numerosi aspetti ed elementi contemplati nella stessa norma di legge. In materia, con particolare riferimento alla distinzione tra regolamenti ed atti amministrativi a contenuto generale v. A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 5075 e ss.

⁴ E. ALBANESI, *I decreti del Governo*, cit., il quale rileva che l'ordinamento giuridico si sta ormai da tempo caratterizzando per disposizioni legislative che rinviano a decreti ministeriali e del Presidente del Consiglio dei ministri espressamente qualificati dalla legge come di natura non regolamentare. M. LOSANA, *L'attuazione delle leggi nella prassi ministeriale. Appunti dalle audizioni dei capi degli uffici legislativi svolte dal comitato per la legislazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018, ed in www.osservatoriosullefonti.it, il quale rileva altresì che il parallelismo tra potestà regolamentare e legislativa ai sensi dell' art. 117, comma 6, Cost., limita la potestà regolamentare dell'Esecutivo alle materie rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, osservando che l' art. 17 L. n. 400/1988, oltre a classificare le diverse tipologie regolamentari, scandisce anche i passaggi fondamentali del procedimento di produzione dei medesimi atti normativi.

⁵ A conferma di quanto esposto nel testo, esistono numerosi esempi in cui si è demandato ad un atto amministrativo "atipico" – il d.P.C.M. – la definizione di una disciplina che avrebbe invece dovuto essere oggetto di una fonte secondaria del diritto e, segnatamente, di regolamenti emanati a norma dell'art. 17 L. 23 agosto 1988, n. 400, come nel caso in cui il legislatore statale a devoluto ad un atto amministrativo – Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri [d.P.C.M.] – anziché ad un regolamento ministeriale, la definizione concreta dei Livelli Essenziali di Assistenza [LEA] erogati dal Servizio Sanitario Nazionale, ovvero, quando, in altra materia, il d.l. 29 marzo 2016, n. 42, recante disposizioni urgenti in materia di funzionalità del sistema scolastico e della ricerca, conv., con modif., dalla L. 26 maggio

È dunque evidente che in tale contesto, la conversione in l. n. 13 del 2020 del **d.l. n.6 del 2020** rappresenti un valido elemento indicativo della necessità di rispettare la riserva di legge prevista dall'**art. 16 Cost.** nella materia qui considerata, perché volta a consentire il controllo del Parlamento – al fine di scongiurare a priori ogni possibile tentativo di marginalizzazione del suo ruolo di organo legislativo svolto permanentemente – e dello stesso Presidente della Repubblica nell’emanare il decreto-legge proposto dall’Esecutivo costituente nella materia qui considerata, la fonte normativa del successivo DPCM adottato chiaramente in funzione attuativa della stessa norma primaria, la quale ultima, rimane sempre soggetta al sindacato di costituzionalità ⁶.

Infatti il perimetro di operatività del d.P.C.M. è rappresentato e circoscritto dal singolo decreto-legge emanato ai sensi dell'**art. 87 Cost.** dal Presidente della Repubblica, il quale dovrà essere presentato alle Camere per la conversione in legge nel rispetto dei termini previsti dall'**art. 77 Cost.**, ai sensi del quale, gli stessi perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione, salvo che le Camere non decidano di regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto-legge non convertito.

A tale riguardo, l'**art. 2, comma 3, d.l. n.19 del 2020** dispone espressamente che sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del **d.l.23 febbraio 2020, n. 6, conv.**, con modificazioni, dalla **L. 5 marzo 2020, n. 13**, ovvero ai sensi dell'**art. 32 L. 23 dicembre 1978, n. 833**.

Ciò nonostante, nel parere reso dal Comitato per la legislazione nella

2016, n.89, ha demandato ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca e con il Ministro dell’economia e delle finanze, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, la definizione dei termini per assicurare la tempestiva assegnazione delle risorse alle istituzioni scolastiche ed il pagamento mensile delle somme spettanti al personale a tempo determinato per le prestazioni di lavoro rese, con particolare riferimento agli incarichi di supplenza breve e saltuaria.

⁶ Cfr. Corte cost., 17 maggio 2017, n.104, in www.cortecostituzionale.it, laddove ha affermato che non integra di per sé una sub-delega dell’esercizio del potere legislativo, illegittima ai sensi dell’art. 76 Cost., la circostanza in cui – senza attribuire la potestà di emanare disposizioni con forza di legge all’esecutivo – si conferisce agli organi di tale potere il compito di emanare normative di tipo regolamentare, disposizioni di carattere tecnico od atti amministrativi di esecuzione.

seduta del 22 giugno 2016 ⁷, si conclude con la seguente raccomandazione: «ribadendo il rilievo già più volte formulato sulla necessità che sia assicurata la coerenza degli strumenti normativi impiegati con particolare riguardo all'esigenza di garantire che ciascuno di essi sia utilizzato in modo coerente rispetto alle proprie caratteristiche e sia adottato sulla base della procedura per esso prevista, abbia in particolare cura il legislatore di attenersi al procedimento delineato dall'**art. 1, comma 1, lett. ii) della L. 12 gennaio 1991, n. 13**, in base alla quale “tutti gli atti per i quali è intervenuta la deliberazione del Consiglio dei Ministri” sono adottati con decreto del Presidente della Repubblica, astenendosi conseguentemente dal prevedere l'adozione di decreti del Presidente del Consiglio previa delibera del Consiglio dei ministri e dall'assegnare a tali fonti compiti normativi di tipo primario».

5. - La precisazione del dato temporale sulle misure restrittive alla circolazione delle persone.

L'**art. 1 d.l. n.19 del 2020**, al comma 1, prevede che per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19, su specifiche parti del territorio nazionale, ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso, possono essere adottate, secondo quanto previsto dal decreto, una o più misure tra quelle di cui al comma 2, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con **delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020**, e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del virus.

La suddetta norma, pone un chiaro limite temporale alle misure individuate dalla stessa fonte primaria di diritto, dovendo in occasione della sua predisposizione il legislatore osservare il rispetto dei principi di ragionevolezza ⁸ e proporzionalità ⁹, la cui considerazione è sempre presente

⁷ In <http://www.camera.it/leg17/386>.

⁸ Il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze

nella giurisprudenza costituzionale¹⁰ in un'ottica propria del bilanciamento dei diritti¹¹, in quanto, nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite, ragione per cui soltanto un corretto "bilanciamento" consente il ragionevole contemperamento di una pluralità di interessi costituzionali concorrenti¹².

Infatti, è stato opportunamente osservato¹³ che i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso, in cui altri diritti ed altri interessi e beni costituzionalmente protetti, possono legittimamente limitarne la portata¹⁴.

obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti. In tale senso, cfr. Corte cost., 22 dicembre 1988, n.1130, in www.cortecostituzionale.it.

⁹ Il giudizio sulla ragionevolezza riferito ad ogni singola misura prevista nel d.l. n.19 del 2020 - per la cui attuazione è stata scelta la forma del d.P.C.M. - comporta che la ragione debba essere "aperta" dall'impatto che su di essa esplica il singolo caso, così come emergente dall'esperienza reale di vita, seguendo un'ottica in cui l'indagine conoscitiva tenga davvero conto delle conseguenze e degli effetti delle disposizioni normative adottate dal legislatore al fine di valutare, sul piano della concretezza, l'adeguatezza del "mezzo" al "fine" che si è inteso perseguire. In dottrina, sul tema della ragionevolezza, v. le considerazioni espresse da J. GUITTON, *Arte nuova di pensare*, Cinisello Balsamo, 1986, 71, il quale, individua il concetto di "ragionevole", indicandolo come la persona che sottomette la propria ragione all'esperienza.

¹⁰ Tenendo presente che nella giurisprudenza costituzionale, il principio di proporzionalità rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza.

¹¹ In dottrina, v. R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

¹² La propensione del bilanciamento è di tendere all'ottimizzazione della tutela dei diritti e dei principi fondamentali, realizzando la massima espansione delle tutele di tutti i diritti coinvolti.

¹³ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 15 maggio 2013, n.85, in www.cortecostituzionale.it, in cui si è affermato che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». La Consulta, in tale occasione ebbe a precisare che «la qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

Ciò perché, come è stato autorevolmente affermato¹⁵, nessun diritto fondamentale è protetto in termini assoluti dalla Costituzione¹⁶, essendo soggetto a limiti per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori¹⁷, giacché altrimenti si farebbe “tiranno” e porterebbe al totale annientamento di uno o più fattori in gioco, ragione per cui, ogni disposizione che impone un sacrificio, restrizione o limitazione di un diritto costituzionale, deve servire alla maggiore realizzazione di un altro interesse costituzionale, pena la sua irragionevolezza¹⁸.

¹⁵ Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., la quale, tiene a precisare che nessuno dei diritti costituzionali ha carattere assoluto, e che non esiste una gerarchia predeterminata in astratto tra i diritti ed i valori costituzionali, in quanto il relativo bilanciamento – improntato al necessario rispetto dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, il cui esito non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco, perché di ciascuno deve essere preservato il nucleo essenziale – è un’operazione dinamica, affidata in primo luogo allo stesso legislatore, su cui la Consulta esercita a posteriori la propria attività di controllo.

¹⁶ In tale ottica, anche i diritti protetti dalla Convenzione europea non sono esenti dal bilanciamento con gli altri diritti protetti dalla Costituzione italiana, v. Corte cost., 31 ottobre 2007, n. 348, in *www.corte costituzionale.it*.

¹⁷ A. CELOTTO, *Libertà “limitate” e ruolo del Parlamento*, cit., ricorda infatti come i diritti sono relativi e non semplicemente assoluti, perché è nell’interesse della collettività che possono essere conformati e limitati.

¹⁸ Così M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., la quale non manca di osservare come nella giurisprudenza della Consulta sempre più frequentemente sono sottoposte ad un severo vaglio di ragionevolezza i c.d. automatismi legislativi, vale a dire quelle previsioni normative che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata ed inderogabile, in modo da non permettere di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione. In buona sostanza, secondo tale visione, l’autrice precisa che il giudizio sulle leggi non può risolversi in un confronto meccanico tra due regole, ma richiede di valutare in termini concreti e non puramente astratti la rispondenza di una legge ad un principio od a più principi costituzionali.

47.

“Immuni” e la Costituzione

Molte perplessità accompagnano la App che dovrebbe consentirci un miglior controllo per spostamenti e contagi nella agognata “Fase 2”, anche se ufficialmente ancora sappiamo poco su come funzionerà “Immuni”.

Ci sono impegni, interviste, dichiarazioni, ma – come si dice – “*verba volant scripta manent*”. E di scritto, sulla Gazzetta ufficiale, abbiamo soltanto la ordinanza n. 10 del 16 aprile 2020 del Commissario Covid con cui si dispone di «procedere alla stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d’uso sul software di contact tracing e di appalto di servizio gratuito con la società Bending Spoons S.p.a.».

In questa stessa ordinanza, assieme all’elenco di gruppi di lavoro, task force e ministeri che hanno fatto le valutazioni preliminari, viene chiarito lo scopo della App: la tracciatura dei contatti può “aiutare ad identificare individui potenzialmente infetti prima che emergano sintomi e, se condotto in modo sufficientemente rapido, può impedire la trasmissione successiva dai casi secondari».

Su questo punto non possiamo che essere d’accordo: come sappiamo l’art. 32 Cost. tutela la salute come “fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività», per cui ci sono tutti gli spazi per tutelare i singoli mediante interventi sulla collettività, trattandosi di un «diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati» (Corte cost., n. 202 del 1991, n. 559 del 1987, n. 184 del 1986, n. 88 del 1979).

Ma resta il problema delle limitazioni alla libertà costituzionali.

La tracciatura serve a seguire gli spostamenti e gli incontri, in maniera che se dopo si scopre che il titolare della App è positivo, si possano avvisare e

controllare tutte le persone con cui è entrato in contatto nelle ultime due settimane.

Ecco il primo problema di compatibilità costituzionale. L'**art. 16 Cost.** consente limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno, ma soltanto quelle che «da legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza» (cfr. **Corte Cost., n. 2 del 1956 e n. 68 del 1964**). In pratica, la limitazione della circolazione è coperta da riserva di legge rinforzata e sappiamo che non si tratta soltanto di una garanzia formale: ma serve ad assicurare che prima di limitare le libertà ci sia un intervento dei rappresentanti della sovranità popolare, in maniera da garantire il pieno il confronto pluralistico e democratico. E fino ad ora sulla App una legge non c'è.

Secondo problema la riservatezza.

La App tiene traccia comunque di tutta una serie di dati personali, spostamenti, incontri, toccando così il diritto alla riservatezza, aspetto fondamentale della libertà personale di cui all'**art. 13 Cost** (come rilevato già nella sent. **n. 38 del 1973 della Corte costituzionale**).

Pur non avendo ancora tutti i dettagli tecnici su chi, come e dove conserverà i dati, comunque dobbiamo ricordare che la riservatezza si tutela con il consenso informato del cittadino, con la piena trasparenza e diritto alla rettifica e all'oblio (cfr., da ultimo, **Regolamento UE n. 679/2016** – c.d. GDPR). Cioè ogni cittadino prima di scaricare la App deve poter consapevolmente sapere quali dati verranno presi, dove e come saranno trattati e deve sempre poter sapere come accedere alla elaborazione dei propri dati, per poterli controllare, rettificare o anche cancellare (**Corte giust. UE, sent. 13 maggio 2014, C-131/12, Google vs Spagna**).

Ecco che sulla App diviene opportuno non solo un parere del Garante per la privacy, ma anche piena chiarezza sulle modalità operative, meglio ancora se in una legge.

Terzo punto, il divieto di discriminazioni e di “digital divide”, cioè del divario che sconta chi non ha o non può avere accesso alle tecnologie. E si tratta di un valore di rilievo costituzionale, in quanto la diffusione della cultura informatica “corrisponde a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento infor-



23100570