

COLLANA DEL DIPARTIMENTO
DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI MACERATA

Direttore

Prof. Stefano Pollastrelli

Comitato scientifico

Prof. Ermanno Calzolaio
Prof. Gianluca Contaldi
Prof. Giovanni Di Cosimo
Prof. Carlo Piergallini
Prof. Enrico Elio Del Prato
Prof.ssa Paola Frati

Segretaria di redazione: **Prof.ssa Laura Vagni**

**L'IMPATTO DEL CORONAVIRUS
SULLE SITUAZIONI GIURIDICHE
SOGGETTIVE**

a cura di

Enrico Damiani

EDITORIALE SCIENTIFICA

Volume stampato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza e della Scuola di specializzazione per le professioni legali delle Università degli studi di Macerata e Camerino.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2021 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-5976-008-1

INDICE

<i>Prefazione</i> a cura di ENRICO DAMIANI	7
<i>Introduzione</i> a cura di STEFANO POLLASTRELLI	9

DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

ENRICO DAMIANI, <i>La tutela civilistica per i contratti iniqui stipulati a causa della diffusione del coronavirus</i>	15
TOMMASO DALLA MASSARA, <i>L'adempimento dei debiti pecuniari e il principio di buona fede</i>	41
ROMOLO DONZELLI, <i>Misure di contenimento della pandemia e affidamento condiviso dei figli minori: spunti per una riflessione attorno all'effettività del diritto alla bigenitorialità nel nostro ordinamento</i>	61
GIORGIA VULPIANI, <i>Riflessi della pandemia da Covid-19 sui contratti tra risoluzione e rinegoziazione</i>	75
CHIARA IORIO, <i>La responsabilità sanitaria alla prova del Covid-19</i>	125
MARTINA D'ONOFRIO, <i>L'esigenza di tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie ai tempi del Covid-19: la prospettiva tedesca</i>	143
FRANCESCA FERRETTI, <i>Gli effetti del Covid-19 sui contratti di locazione commerciale</i>	151

DIRITTO COMMERCIALE

ALESSIO BARTOLACELLI, <i>La partecipazione agli organi societari nell'emergenza Covid-19</i>	175
--	-----

DIRITTO DEL LAVORO

GABRIELE FRANZA, <i>Prime osservazioni sulla disciplina speciale dei rapporti di lavoro all'epoca del Covid-19</i>	209
--	-----

MARTINA BASSOTTI, <i>La disciplina degli ammortizzatori sociali nel corso dell'emergenza Covid-19</i>	221
---	-----

DIRITTO PENALE

ANDREA FRANCESCO TRIPODI, <i>Il volto punitivo della disciplina anti Covid-19. Il controllo penale sulla diffusione del contagio</i>	233
--	-----

DIRITTO AMMINISTRATIVO

STEFANO VILLAMENA, <i>Emergenza coronavirus e giurisprudenza amministrativa. Fra diritto alla salute ed altri diritti rilevanti. Spunti a prima lettura</i>	245
---	-----

ALESSANDRO BERRETTINI, <i>Covid-19 ed appalti pubblici. Spunti sul rapporto fra imparzialità ed efficienza amministrativa</i>	255
---	-----

<i>Indice degli autori</i>	263
----------------------------	-----

Prefazione

Enrico Damiani

Quando il 7 maggio 2020 si è svolto il webinar su “L’impatto del Coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive” non immaginavo di certo che al momento della pubblicazione degli atti l’epidemia fosse ancora in piena espansione. Questo dato purtroppo ci rattrista, ma, allo stesso tempo, consente di dare attualità agli argomenti trattati dai relatori.

Il webinar è stato organizzato dalla Scuola di Specializzazione per le professioni legali delle Università degli Studi di Macerata e Camerino grazie alla disponibilità data da alcuni dei docenti della stessa, i quali hanno contribuito a svecchiare le modalità di insegnamento con una maggiore attenzione alle fattispecie giurisprudenziali più rilevanti ed un sostanziale ridimensionamento delle materie meno utili per la preparazione degli specializzandi ai concorsi e agli esami di stato.

Il seminario, pur collocandosi in una vasta offerta di iniziative simili in ambiti nazionali ed internazionali, si è distinto per il suo carattere interdisciplinare: l’analisi del problema è stata condotta dal punto di vista del diritto civile italiano ed europeo, nell’ottica del recupero in chiave comparatistica delle nostre origini romanistiche, del diritto del lavoro, amministrativo, penale, commerciale e processuale.

Il *trait d’union* che ha consentito di legare tra loro i singoli interventi è stato individuato nella particolare ottica con cui i relatori hanno affrontato il tema, quello degli effetti che la pandemia ha determinato sulle situazioni giuridiche soggettive facenti capo sia ai privati che agli enti.

L’analisi, oltre a costituire oggetto di interesse per gli studiosi del diritto, può rappresentare anche uno strumento di conoscenza utile per tutti gli interessati in una qualche misura agli effetti giuridici che l’epidemia sta determinando nella vita quotidiana.

L'auspicio è che questo lavoro possa contribuire allo sviluppo delle riflessioni sulla capacità del diritto di dare una risposta pronta ed efficace alle situazioni d'emergenza che purtroppo l'umanità è costretta ad affrontare, il tutto auspicando che questo sia solo il primo appuntamento nel quale una comunità scientifica è chiamata a confrontarsi su temi di interesse generale, facilitando così la circolazione di idee e proposte.

Non mi resta quindi che ringraziare tutti i relatori e tutti i partecipanti al seminario, scusandomi per il fatto che la piattaforma utilizzata non abbia consentito il collegamento a più di 250 persone interessate, ed auspicando che la situazione emergenziale possa presto essere ricordata come un evento storico ormai superato.

Introduzione

Stefano Pollastrelli

L'emergenza pandemica in atto, causata da coronavirus (Covid-19) minaccia la salute dei cittadini, modificando abitudini e paesaggi e condizionando le relazioni umane. La diffusione repentina, incontrollabile, del virus SARS-CoV-2, in parte ancora sconosciuto sotto il profilo scientifico, che sembra, in alcuni momenti, attenuarsi per ritornare a diffondersi in modo planetario, e, a volte, nascondersi per ricomparire in maniera più devastante, ha ingenerato un clima di insicurezza (e spesso anche di paura) e sta indebolendo fortemente l'economia, creando condizioni sfavorevoli che si riflettono sul sistema produttivo delle imprese ed ingenerando un percepibile impoverimento del contesto sociale delle famiglie e delle persone.

Le necessarie misure restrittive adottate dagli Stati hanno fortemente inciso, in maniera sincronica, i diritti dei cittadini, riducendo le garanzie costituzionali e mantenendo, solo in alcuni ambiti, servizi minimi essenziali, senza una corretta applicazione del "principio di proporzionalità", più volte invocato dalla giurisprudenza amministrativa. In tale contesto emergenziale, in cui ampi strati della società civile ed economica appaiono disorientati e non sono in grado di programmare il futuro, in una più ampia dimensione predittiva, si sta assistendo ad un numero crescente di ingiustizie, al propagarsi della corruzione, dell'usura, di atteggiamenti arbitrari ed illegittimi nel mondo del lavoro e del commercio, di negoziazioni, sempre più inique, di una minore tutela dei consumatori dovuta a pratiche commerciali scorrette, in cui si avverte la necessità di una presa di posizione del giurista a fronte della domanda di sicurezza sociale e di legalità che la crisi pandemica ha accentuato.

Le normative restringenti, focalizzate ad evitare la diffusione di contagi, si sono affastellate in modo poco coordinato e non sempre si sono rivelate perspicue, lasciando ampi margini di discrezionalità applicativa e numerose "zone grigie", in cui le tutele civilistiche da un la-

to e quelle penalistiche dall'altro sono state costrette a compiere percorsi creativi in una funzione riparatoria, rimediale, compensativa, sanzionatoria e punitiva, in un quadro inedito ed in espansione, in cui perfino le certezze raggiunte dalla dottrina, intorno ad alcuni tradizionali istituti, appaiono minacciate e potenzialmente in grado di vacillare.

Se è vero che storicamente non è la prima volta che si verificano pandemie che hanno causato un numero elevato di morti, è altresì vero che mai si erano manifestate in una situazione come quella attuale in cui la rapidità di espansione e la forza virulenta di propagazione hanno minato i rapporti civili e commerciali, portandoli alla completa interruzione, all'isolamento ed, in alcuni casi, all'abbandono ("Da uomo planetario a uomo singolo, anche se connesso", così sintetizza acutamente e con profondità, il Cardinale M.M. Zuppi, Arcivescovo di Bologna).

Dallo scenario sopra indicato, scaturiscono, inevitabilmente, prospettive giuridiche complesse i cui effetti costringono il giurista a fornire risposte tempestive, ma i noti strumenti giuridici appaiono in parte superati, o non del tutto adeguati, per cui lo sforzo è quello di penetrare all'interno delle principali categorie per una ricostruzione fenomenologica dei mutamenti in atto in cui si avverte la necessità di un confronto con tutti i settori del diritto, travolti dal Covid-19.

E in questa proiezione che si colloca il presente volume (il primo della nuova "serie" della collana del dipartimento di giurisprudenza), che racchiude interventi di diritto romano, diritto civile, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto del lavoro, diritto penale e diritto amministrativo, in cui i giuristi, riuniti intorno ad un progetto comune, si interrogano sugli effetti immediati che la pandemia ha prodotto sulle situazioni giuridiche soggettive, in un contesto caratterizzato da sopravvenienze, ma anche sulla tenuta degli istituti giuridici passati in rassegna, con attenzione a tutto ciò che si è schiuso a causa dell'effetto pandemico.

Ci sarà, sicuramente, tempo per una ponderata riflessione sulle ferite che il coronavirus lascerà (non solo sul fisico e sull'anima di ogni individuo ma anche) sul tessuto normativo, il cui esito del processo cicatriziale dipenderà molto dalla portata e dai contenuti delle riforme che i legislatori saranno in grado di attuare. Le misure di sostegno

dell'UE, di cui tanto si discute, dovranno essere percepite come un'occasione di rilancio dell'economia e di protezione delle persone, ma anche per valorizzare la ricerca scientifica che, se adeguatamente sospinta da una inclusiva dimensione culturale, sarà in grado di modernizzare gli apparati normativi, giuridici ed amministrativi di riferimento per consentire ai singoli Stati di fronteggiare future sfide globali.

DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

La tutela civilistica per i contratti iniqui stipulati a causa della diffusione del Coronavirus

Enrico Damiani

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Lo stato dell'arte nell'ambito della dottrina civilistica in tema di pandemia e contratti. – 3. La necessità di ampliamento dell'orizzonte di osservazione del giurista: il coronavirus e i suoi effetti di turbativa nel procedimento di formazione di alcuni contratti stipulati durante la pandemia: l'azione di rescissione. – 4. Tutela dell'acquirente di dispositivi inidonei: vizi redibitori, mancanza di qualità e *aliud pro alio*. – 5. La tutela dell'acquirente mediante l'accertamento delle cause di invalidità del contratto.

1. Premesse

La giurisprudenza¹ e la dottrina civilistica si sono interrogate immediatamente sugli effetti che l'emergenza sanitaria legata alla diffusione dei contagi da Covid-19 ha provocato sul diritto dei contratti e delle obbligazioni, ma sino ad oggi sembra che l'attenzione sia stata riposta esclusivamente sui contratti e le obbligazioni preesistenti all'avvento dell'epidemia e quindi limitatamente alle sopravvenienze²

¹ La Suprema Corte di Cassazione con la recente relazione tematica n. 57 dell'8 luglio 2020 del dott. Leuzzi, *Novità normative e sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, stigmatizza che le problematiche correlate alla diffusione della pandemia riguardano le "sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali" e i "correlati rimedi di natura legale e convenzionale" così accentuando l'attenzione del giurista sulle conseguenze giuridiche prodotte dal coronavirus sui contratti preesistenti, non mostrando sufficiente attenzione, invece, ai problemi inerenti alla stipulazione di nuovi contratti.

² Il dibattito circa il fenomeno della tutela dei contraenti durante la pandemia è già ricco di numerosi e interessanti contributi dottrinali. Si vedano ad esempio: C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; Di Marzio Comunità, *Affrontiamo la nostra prova*, in *giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020; si sono inseriti da diversi angoli visuali, e con l'attenzione calibrata su questioni di volta in volta diverse, gli editoriali di Macario, (*Per un diritto dei contratti*

contrattuali senza tener conto però delle conseguenze che la pandemia ha determinato inducendo alla stipulazione di nuovi contratti proprio per effetto della situazione eccezionale venutasi a determinare.

Ritengo pertanto che per la completezza di una disamina sufficientemente completa del tema proposto sia opportuno innanzitutto riassumere sinteticamente i risultati cui è pervenuta la dottrina da tale interessante ma non esaustivo punto di vista per poi analizzare con maggior attenzione seppur sempre succintamente i profili problematici connessi ai contratti stipulati dopo l'inizio della diffusione del contagio e a causa dello stesso. Non ci si riferisce evidentemente ai contratti stipulati in forza del diffuso sentimento di solidarietà che spinge i cittadini ad effettuare erogazioni liberali, tramite anche le organizzazioni non profit che effettuano tali raccolte di fondi anche mediante il ricorso alle tecniche di *crowdfunding*³, ma a quelli stipulati per la necessità di adottare ad esempio misure di prevenzione del contagio quali l'acquisto di dispositivi di sicurezza ovvero l'acquisizione di servizi di

più solidale in epoca di coronavirus, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020), di De Mauro (*Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020), Cuffaro (*Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020), A. M. Benedetti (*Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, in *giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020), 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); Maffei (*Problemi nei contratti nell'emergenza epidemiologica da coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020); Verzoni (*Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid 19*, in *giustiziacivile.com*, 25 marzo 2020); Gigliotti (*Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020); Vulpiani, *Emergenze epidemiologiche e contratti del turismo: il caso del Coronavirus*, in *Judicium*, 2020, <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/04/G.-Vulpiani.pdf>; del Prato, *CoViD-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 64 ss.; Briguglio, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in *www.giustiziacivile.com* del 7 ottobre 2020; Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti in Italia*, in *Derecho de los Desastres: Covid-19, Tomo II: Estudios Internacionales*, Lima, 2020, p. 1341 ss.

³ Chiarella, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 1 aprile 2020.

sanificazione degli ambienti, così da indurre il giurista ad interrogarsi su quali siano le tutele che l'ordinamento appresta nei casi in cui la perturbazione degli animi dei contraenti li induca, ad esempio, ad accettare condizioni di acquisto particolarmente inique ovvero beni non propriamente adatti, a causa delle scarse informazioni ricevute dalla controparte, quasi sempre nascosta nella coltre di nebbia che avvolge il fenomeno della contrattazione on line, agli usi di prevenzione del rischio pandemico che le parti acquirente intendono ovviamente conseguire.

L'emergenza causata dal Covid-19 ha purtroppo alimentato⁴, sin dalla metà del mese di febbraio, manovre speculative sui dispositivi di sicurezza anticontagio, in particolare sulle mascherine, ossia un aumento dei prezzi non normale, che prescinde dalle usuali dinamiche di mercato e dalla prassi commerciale. Le mascherine, ad esempio, sono state vendute a prezzi esagerati. Così alcune Procure hanno aperto dei fascicoli ed hanno iniziato indagini per manovre speculative su beni di prima necessità. Nel corso delle indagini in alcuni casi è stato anche contestato il reato di "frode nell'esercizio del commercio" perché a volte vengono vendute mascherine chirurgiche spacciate per quelle "Ffp3", ossia quelle particolarmente consigliate per questo tipo di emergenze nel caso in cui ci si possa trovare di fronte a persone in grado di contagiare il prossimo.

2. Lo stato dell'arte nell'ambito della dottrina civilistica in tema di pandemia e contratti

Nel solco del dibattito che si sta sviluppando, la dottrina si è proposta di individuare le tutele in forza delle quali sia possibile reagire agli effetti che la pandemia sta determinando sulla esecuzione dei rapporti contrattuali preesistenti.

Alcuni hanno ben evidenziato⁵ come il programma di un contratto

⁴ Minnella, *Mascherine: dalle manovre speculative sui prezzi e frodi in commercio al decreto "Cura Italia" che consente la produzione senza marchio CE*, in www.dirittoegiustizia.it del 28 aprile 2020.

⁵ Benedetti – Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti*

finalizzato a produrre i propri effetti in un momento successivo si basa su una prognosi dei costi e dei benefici che si potranno ricavare dal negozio e che potranno portare ad un guadagno o ad una perdita in base al rischio economico che costituisce una conseguenza di quella che l'art. 1467 secondo comma c.c. definisce l'alea normale del contratto⁶. In presenza però di una pandemia che costituisce un elemento eccezionale e imponderabile le normali previsioni circa le conseguenze della conclusione di un contratto restano inesorabilmente disattese.

È pertanto in questo attuale contesto che si propone l'applicazione del principio di solidarietà, al fine di evitare che gli eventi straordinari e imprevedibili stravolgano quella che poteva essere la normale esecuzione del contratto.

Lo "stato di emergenza" decretato con Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" (G.U., Serie Generale n. 26 dell'1/2/2020) ha determinato inevitabilmente il necessario ridimensionamento di molti diritti fondamentali, alla luce del superiore interesse relativo alla salute pubblica⁷ così operando un bilanciamento dei diversi interessi.

È ricorrente il richiamo al principio di solidarietà in combinazione con altri istituti tipici del diritto civile.

Si è pertanto proposto⁸ di fare richiamo ad una concezione della comunità intesa come *munus* comune il che, nelle moderne democrazie costituzionali, evoca un senso profondo del vincolo comunitario

per un dibattito, in www.dirittobancario.it, 17 marzo 2020.

⁶ A tal riguardo v. F. Gambino, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001, p. 53 ss.

⁷ Si veda ad esempio il provvedimento del Consiglio di Stato, sez. III, 30 marzo 2020, n. 1553, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza avanzata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi, essendo l'eventuale, provato pregiudizio economico risarcibile.

⁸ Di Marzio, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in EMERGENZA Covid - 19 Speciale. *Uniti per l'Italia*, in giustiziavivile.com, 2020, p. VII ss.

che si estrinseca nel rispettare i doveri, specialmente quelli inderogabili di solidarietà sociale.

Partendo da tale rilievo altra dottrina⁹ ha fatto ben presente come sia lecito domandarsi se con riferimento al pregiudizio economico che ha luogo nell'ambito dei rapporti contrattuali il nostro ordinamento sia in grado di produrre "anticorpi" capaci di evitare che al disastro prima sanitario e sociale e poi economico, si aggiunga successivamente un'aspra e complessa contesa giudiziaria imperniata sulla disciplina delle sopravvenienze. Contesa che sarà presumibilmente fondata sulle regole in materia di impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni, quali cause di estinzione delle obbligazioni, ovvero cause di risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive¹⁰. Secondo tale opinione, anche alla luce di importanti ed autorevoli contributi in tema di teoria generale del contratto, sarebbe possibile immaginare che l'ordinamento favorisca soluzioni "manutentive" ossia conservative del vincolo contrattuale, mediante un adeguamento del relativo regolamento, non più attuabile secondo le previsioni originarie, fondato *in primis* sulla rinegoziazione tra le parti oppure, in alternativa, sulla pronuncia del giudice.

Altri¹¹ muovono dalla constatazione che le norme relative alla risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta della prestazione lasciano solo uno stretto pertugio a favore della sopravvivenza del contratto (art. 1467, 3° comma c.c.) in quanto consentono alla parte contro la quale è domandata la risoluzione di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto, facoltà che è comunque nella piena disponibilità del contraente che non è vittima degli eventi a cui viene lasciata l'iniziativa. Essi preso atto che secondo l'orientamento tradizionale l'impotenza finanziaria non è mai una causa di esonero da responsabilità per inadempimento, propongono allora di attribuire alla clausola generale di buona fede in funzione integrati-

⁹ Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in emergenza Covid - 19 Speciale. Uniti per l'Italia, in *giustiziacivile.com*, 2020, p. 207 ss.

¹⁰ S. sul tema si veda il recente contributo di Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19*, in *Derecho de los Desastres: Covid-19, Tomo II: Estudios Internacionales*, Lima, 2020, p. 1327 ss.

¹¹ Benedetti e Natoli, *op. loc. cit.*.

va, in coerenza con il principio costituzionale di solidarietà economica e sociale, l'idoneità a porsi come fonte dell'obbligo di rinegoziazione, così da consentire al contratto di sopravvivere alla fase dell'emergenza (onde "rivedere i termini del rapporto contrattuale, per adeguarli a uno scenario impreveduto e imprevedibile, riallocando equamente tra le parti il rischio contrattuale"), con possibilità di riprendere l'assetto originariamente concordato una volta cessata la situazione eccezionale.

Secondo l'opinione che si sta esaminando se la rinegoziazione non inizia per il rifiuto della parte che ha interesse a preservare il contenuto originario del contratto sarebbe possibile sollevare l'eccezione di inadempimento¹² o proporre "l'autoriduzione della propria prestazione (fino alla misura che, consensualmente e solidaristicamente, poteva concordarsi)" ad opera della parte vittima dell'emergenza sanitaria.

Da questa parziale e veloce disamina dello stato dell'arte sembra possibile affermare che un dato ricorrente nei primi studi dei civilisti sugli effetti che la pandemia ha sui contratti (pendenti), è la rivalutazione della regola di buona fede letta alla luce del principio costituzionale di solidarietà, quale elemento idoneo ad attribuire ai giudici il criterio di decisione del contenzioso che sarà loro devoluto.

Il richiamo alla solidarietà (che costituisce, com'è noto, il termine di riferimento più significativo sul versante costituzionale, della regola di buona fede) ha pertanto rappresentato, in queste settimane, una costante anche del discorso degli studiosi che hanno riflettuto circa l'impatto della normazione dettata dall'emergenza sulla tutela delle libertà individuali.

¹² Ritene infatti che l'*exceptio inadimpleti contractus* possa opporsi anche nei confronti di chi si sia reso inadempiente anche ad un'obbligazione *ex fide bona* A.M. Benedetti, *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2011, p. 30 e ss..

3. La necessità di ampliamento dell'orizzonte di osservazione del giurista: il coronavirus e i suoi effetti di turbativa nel procedimento di formazione di alcuni contratti stipulati durante la pandemia: l'azione di rescissione

Sembra che le pur pregevoli osservazioni che sino ad ora sono state svolte dalla dottrina, con riferimento al fenomeno della pandemia in rapporto alla disciplina dei contratti e delle obbligazioni, non possano ritenersi esaustive in quanto è stato dato sinora scarso rilievo al fenomeno dei contratti conclusi durante la pandemia e finalizzati al reperimento, ad esempio, di misure di protezione dal contagio (mascherine, guanti, gel disinfettante, servizi di sanificazione ...) stipulati a condizioni inique¹³ ovvero disattendendo palesemente le aspettative dei consumatori che intendevano acquisire dispositivi di sicurezza in grado di prevenire il rischio del contagio e che in molti casi si sono rivelati assolutamente inadatti all'uso ipotizzato.

La dottrina ha infatti ben evidenziato come l'iniquità delle condizioni del contratto possa essere ravvisata non solo sotto il profilo quantitativo, come sembra ovvio, ma anche qualitativo¹⁴ avuto riferimento perciò alla piena idoneità funzionale dei beni e servizi acquistati con riferimento all'uso che la parte vuol ritrarre da essi.

È preliminarmente opportuno a questo punto spendere qualche istante per cogliere il significato del concetto di "iniquità" del contratto.

Il sopravvenire del cattolicesimo impose l'esigenza, prima di tutto d'ordine morale, di assicurare che i contratti conclusi dalle parti rispettassero il principio della proporzionalità tra le prestazioni¹⁵.

¹³ Ritiene autorevolmente che le ipotesi di rescissione del contratto rientrino fra le turbative del procedimento di formazione del contratto Cataudella, *I contratti. Parte generale*, V ed., Torino, 2019, p. 122 ss.

¹⁴ P. Gallo, *Trattato del contratto*, t. 3, Torino, 2010, p. 1855.

¹⁵ Su detto principio v. P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, I, pp. 534 e ss.; nonché gli atti del convegno svoltosi a San Marino il 17 e 18 novembre 2000 in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Napoli, 2002.

L'obiettivo da raggiungere era quello di garantire che l'equilibrio contrattuale perdurasse per l'intero svolgimento del rapporto contrattuale e non solo al momento della sua formazione.

Da un lato si tentò di escogitare un sistema idoneo ad evitare che le parti si sottoponessero a regolamenti contrattuali *ab initio* iniqui a causa della manifesta sproporzione tra le prestazioni, delineando l'istituto della rescissione per lesione¹⁶ e, dall'altro, di assicurare che l'equilibrio

¹⁶ È proprio l'influenza della morale cristiana il presupposto che decretò la nascita della rescissione, elaborata nel diritto postclassico, come rimedio all'iniquità contrattuale. È noto che il rimedio compare per la prima volta in una costituzione dell'anno 253 d.C. attribuita a Diocleziano e Massimiano e riportata nel Codice giustiniano, sullo sviluppo storico dell'istituto cfr. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1952, p. 134; Dekkers, *La lésion énorme*, Paris, 1937; Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, pp. 4 e ss.; Solazzi, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 1921, pp. 68 e ss.; Baviera, *Concetto e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, Mélanges Girard, Paris, I, pp. 67 e ss.; Piccirillo, *Rescissione* (diritto romano), in *Novissimo Dig. it.*, XV, Torino, 1968, pp. 578 e ss.; Caprioli, *Rescissione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 935; Scozzafava, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 354 e ss.; Benedettini, *Rescissione della vendita per causa di lesione. Appunti di storia e legislazione comparata*, in *Arch. giur.*, 1910, pp. 262 e ss. Una lucida ricostruzione storica si ritrova anche in Sesta, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, Napoli, 1988, pp. 17 ss.

In merito all'istituto della rescissione molteplici sono i contributi dottrinali. Tra gli altri v. Battistoni, *Usura e lesioni*, Alessandria, 1933; Vocino, *La rescissione della vendita per lesione e la posizione del compratore*, Roma, 1931, *passim*; Scalfi, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temi*, 1949, pp. 39 e ss.; Di Staso, *I presupposti e il fondamento giuridico dell'azione generale di rescissione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, pp. 104 e ss.; Messineo, *Lo stato di bisogno nella lesione contrattuale enorme*, in *Foro it.*, 1950, IV, pp. 193 e ss.; Majorano, *L'azione di rescissione e l'azione di annullamento*, in *Foro it.*, 1953, IV, pp. 85 e ss.; V. Rizzo, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 166 e ss.; Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. imp.*, 1985, pp. 309 e ss.; G. Marini, *Rescissione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 966 e ss.; Carresi, voce *Rescissione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, pp. 1 e ss.; Id., *La fattispecie della rescissione per lesione*, in *Studi per Greco*, Padova, 1965, pp. 113 e ss.; Candian, *Contributo alla dottrina dell'usura e della lesione*, Milano, 1946, Corsaro; *Rescissione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ. XVI, Torino, 1997, pp. 231 e ss.; G. Marini, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 274 e ss.; E. Minervini, *La rescissione*, in *I contratti in generale*, a cura di Enrico Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti* diretto da

iniziale perdurasse per tutta la durata dell'esecuzione del rapporto nelle ipotesi in cui essa si protraeva o era differita nel tempo pervenendo così alla regola *rebus sic stantibus* che è alla base della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467, 2^a comma c.c..

L'azione di rescissione, pertanto, insieme all'azione di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta costituiscono nel nostro ordinamento i principali istituti equitativi che consentono di evocare, in un certo qual senso, il concetto di giustizia contrattuale.

Del secondo istituto la dottrina ha avuto modo di evidenziarne l'utilità al fine di consentire l'individuazione delle tecniche di tutela dei contraenti al tempo della pandemia, seppur limitatamente ai problemi connessi ai contratti preesistenti all'insorgere del contagio.

Del primo istituto credo che sia opportuno fare una analisi sintetica al fine di verificarne l'idoneità a porsi tra gli istituti invocabili a tutela del contraente che abbia stipulato un contratto a condizioni inique, al fine di salvare sé stesso o i suoi congiunti dal pericolo di infezione virale ovvero per soddisfare i propri bisogni economici comunque finalizzati a reperire liquidità da utilizzare sempre per acquisire dispositivi di sicurezza o farmaci efficaci per la lotta contro il coronavirus.

In presenza di una situazione attuale di pericolo di danno grave alla persona, infatti, una parte può essere indotta da una forte pressione psicologica¹⁷ a contrarre al fine di salvare sé od altri da tale minaccia anche a condizioni svantaggiose.

Riterrei infatti che sia il caso di prendere in considerazione anche la possibilità che siano stati posti in essere contratti di alienazione di beni al fine di ottenere liquidità per l'acquisto di beni e servizi¹⁸ diret-

Rescigno, Torino, 1999, pp. 1431 e ss.; B. Carpino, *La rescissione del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2000, p. 21 ss.; Terruggia, *La rescissione del contratto nella giurisprudenza*, Milano, 1994; Lanzillo – Riccio, *Rescissione del contratto*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna, 2005, p. 1 ss.; De Poli, *Rescissione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da Busnelli, Milano, 2015, p. 3 ss.. Sin dalla sua nascita l'istituto si conciliava a fatica con le esigenze della pratica commerciale. Fu per questo che nel *Code Napoleon* ne fu ristretto l'ambito applicativo alle sole vendite immobiliari ed alla divisione.

¹⁷ Cataudella, *op. cit.*, p. 122.

¹⁸ Gallo, *op. cit.*, p. 1856 ss.

tamente volti a procurare alla parte dispositivi di sicurezza della più varia natura al fine di preservare sé e i propri congiunti dal rischio di contagio. La dottrina ha infatti recentemente abbandonato l'impostazione tradizionale secondo la quale si riteneva possibile impugnare con l'azione di rescissione solo i contratti stipulati in stato di bisogno¹⁹ inteso come difficoltà economica sulla base del rilievo che tutte le attività di alienazione in stato di bisogno sono finalizzate non al mero reperimento di denaro liquido fine a se stesso, ma sono generalmente funzionali al soddisfacimento di interessi ulteriori²⁰ diretti sia al pagamento dei propri creditori che a procurarsi beni o servizi di cui si abbia un bisogno impellente, ivi compresi, dunque, farmaci (ipotizziamo l'acquisto di medicinali salvavita connessi alle sperimentazioni contro il coronavirus) e dispositivi di sicurezza²¹, o alla stipula di contratti di appalto finalizzati alla esecuzione di necessari servizi di sanificazione degli ambienti.

Ne risulta, pertanto, che sia suscettibile di impugnazione mediante azione di rescissione ex art. 1448 c.c. anche il contratto che sia stato posto in essere per procurarsi liquidità finalizzata al soddisfacimento di bisogni anche di tipo non patrimoniale e di natura soggettiva²².

¹⁹ Non ha trovato consensi la tesi di chi (F. Prospero, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, p. 341 ss.) ha sostenuto il superamento della disciplina codicistica della rescissione per stato di bisogno sulla scorta del riconoscimento a consumatori ed utenti del diritto fondamentale alla correttezza, trasparenza e in particolare all'equità dei rapporti contrattuali relativi a beni e servizi di cui all'art. 1 lett. e) della L. 30 luglio 1998, n. 281, ora corrispondente all'art. 2 del codice di consumo. In realtà, come ben evidenzia Cataudella, *op. cit.*, p. 123, nt. 192, l'art. 33 1[^] comma del cod. cons. considera vessatorie solo le clausole che determinino un "significativo squilibrio", e quindi una grave iniquità, peraltro escludendo che la vessatorietà possa essere dichiarata con riguardo alla adeguatezza del corrispettivo e quindi considerando il profilo economico. Inoltre l'art. 34, 4[^] comma cod. cons. esclude che possano essere considerate vessatorie le clausole che abbiano formato oggetto di specifica trattativa tra le parti.

²⁰ Ritiene che lo "stato di bisogno" possa essere esteso a tutti i bisogni umani, anche senza alcun risvolto patrimoniale, Schiavone, *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, p. 22 ss.

²¹ In tal senso cfr. Carpino, *La rescissione del contratto*, cit., p. 33; V. Rizzo, *op. cit.*, p. 170 ss.

²² Gallo, *op. cit.*, p. 1860 ss. il quale però mette in guardia dal generalizzare la con-

Risulta così un rinnovato interesse verso l'istituto della rescissione sia per l'ipotesi di contratto concluso in stato di pericolo che in stato di bisogno, nel senso appena specificato; il dato comune²³ alle due fattispecie descritte agli artt. 1447 e 1448 c.c., che deve essere stigmatizzato, è che non deve essere considerato possibile approfittarsi della particolare condizione di pericolo o di bisogno in cui sia incorsa l'altra parte al fine di indurla ad accettare una proposta di contratto a condizioni svantaggiose²⁴.

Premesso quanto sopra specificato, è possibile affermare che il ricorso all'azione di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo, rappresentato dal possibile contagio, può essere un valido terreno di elezione per la scelta della tecnica rimediale più consona alla tutela del contraente che, al tempo del coronavirus e per effetto dello stesso, abbia subito condizioni inique nella stipulazione di un contratto di scambio.

Con riguardo allo stato di pericolo, infatti, il contratto stipulato costituisce per la parte il mezzo strumentale per il conseguimento della salvezza da un pericolo attuale di un danno grave alla persona, anche se esso fosse solo putativo e non reale come è in realtà il rischio di contagio da Covid-19.

La minaccia del danno grave deve essere motivo determinante del consenso pur se rapportata in senso relativo alla persona minacciata ma tale da essere chiaramente percepita dalla controparte come causa della accettazione delle condizioni inique imposte allo scambio. Non assume alcuna importanza, poi, il fatto che il pericolo possa essere evitato in altro modo. L'unico elemento che assume rilevanza è che la parte che si sentiva in pericolo non era nelle condizioni di negoziare un contenuto equo del contratto.

L'affidamento della controparte è ovviamente tutelato dalla circostanza che quest'ultima deve essere a conoscenza dello stato di necessi-

cezione dello stato di bisogno in senso troppo lato, suggerendo di selezionare l'ambito degli interessi che spingono la parte a soddisfare il proprio bisogno sulla base della valutazione della loro meritevolezza.

²³ Stigmatizza le notevoli affinità, sotto il profilo degli effetti psicologici che determinano sul soggetto, tra le turbative provocate dallo stato di pericolo e quelle provocate dallo stato di bisogno, Cataudella, *op. cit.*, p. 125.

²⁴ Gallo, *op. cit.*, p. 1851 – 1852.

tà in cui si trova l'altra parte fino al punto da trarne vantaggio economico oggettivamente ingiustificato. Potremmo quindi ritenere che tutti quei contratti, spesso conclusi in condizioni di estrema difficoltà di circolazione dei consumatori nel territorio dello Stato a causa dei provvedimenti limitativi della libertà di circolazione e la scarsità di locali commerciali aperti al pubblico, con cui qualcuno acquista dispositivi di sicurezza contro il contagio a prezzi esorbitanti e comunque a condizioni non eque, possano essere impugnati con l'azione di rescissione.

L'emergenza sanitaria ha purtroppo accresciuto²⁵, a partire dalla metà del mese di febbraio, manovre speculative sui dispositivi anti-contagio, in particolare sulle mascherine, cioè un aumento dei prezzi non fisiologico, legato dalle dinamiche di mercato e dall'incremento dei costi di produzione e importazione. Lo stesso sta accadendo oggi per l'acquisizione dei servizi di sanificazione degli ambienti che sono stati resi obbligatori con la previsione di sanzioni, anche penali, a carico dei datori di lavoro. In tutti questi casi, pertanto, sarà possibile fare ricorso alla disciplina dell'art. 1447 c.c., essendo innegabile che con una lettura attuale di tale norma, risultino integrati tutti gli estremi richiesti per l'esercizio dell'azione di rescissione.

Resta poi inoltre sempre possibile richiedere anche il risarcimento del danno in conformità agli artt. 1337 e 2043 c.c. nei casi in cui essi siano applicabili in aggiunta all'esercizio dell'azione di rescissione²⁶.

4. Tutela dell'acquirente di dispositivi inidonei: vizi redibitori, mancanza di qualità e *aliud pro alio*

In caso di compravendita di un dispositivo di sicurezza finalizzato ad evitare il contagio da Covid-19, che si riveli inidoneo all'uso, sarà senz'altro possibile per l'acquirente invocare le garanzie per i vizi redibitori e la mancanza di qualità, le cui azioni sono soggette ai termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1495 cod. civ..

²⁵ Minnella, *Mascherine: dalle manovre speculative sui prezzi e frodi in commercio al decreto "Cura Italia" che consente la produzione senza marchio CE*, in www.dirittoegiustizia.it del 28 aprile 2020.

²⁶ Gallo, *op. cit.*, p. 1854.

Il primo comma dell'art. 1490 c.c., precisa che “il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore”. Il vizio redibitorio consiste, pertanto in una anomalia strutturale del bene che incide sulla sua utilizzabilità o sul suo valore.

La prima ipotesi descritta dalla norma riguarda i vizi che rendono la cosa assolutamente inidonea all'uso cui è destinata; la seconda riguarda i vizi che rendono il bene meno idoneo all'uso o, che, pur non incidendo sulla idoneità all'uso, ne diminuiscono il valore.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione è costante nel ritenere che si ha vizio redibitorio qualora la cosa consegnata al compratore presenti imperfezioni concernenti il processo di produzione o di fabbricazione che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore²⁷.

Accanto al vizio redibitorio, il codice individua altre ipotesi di anomalia del bene venduto consistenti nella mancanza di qualità essenziali e nella mancanza di qualità promesse, per l'uso cui esso è destinato, la cui disciplina è contenuta nell'art. 1497 c.c.; in tali casi il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento sempre che il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi.

In giurisprudenza si è sostenuto che la mancanza di qualità si differenzia dal vizio redibitorio in quanto, pur presupponendo – come quest'ultimo – l'appartenenza della cosa al genere pattuito, è inerente alla natura della merce e concerne tutti quegli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra.

La mancanza di qualità è quindi la mancanza di particolari perfezionamenti che rendono la cosa idonea all'uso cui è destinata. La mancanza di qualità può concernere tanto qualità espressamente promesse quanto qualità essenziali per l'uso cui la cosa è destinata. La necessità della tale qualità può risultare dalla richiesta del compratore e accettata dal venditore ovvero da esplicita promessa del venditore. Può anche risultare dalla consapevolezza nel venditore dell'uso cui la cosa è destinata.

²⁷ *Ex multis* vd. Cass., Sez. II Civile, 16 dicembre 2019 n. 33149.

Gli artt. 1492, 1493 e 1494 c.c. disciplinano le azioni che competono al compratore per il caso di bene inidoneo all'uso per il quale è destinato o inficiato da vizi che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore: la risoluzione del contratto (azione redibitoria) o la riduzione del prezzo (azione estimatoria o *quanti minoris*), nonché il risarcimento del danno.

L'art. 1493 c.c. pone a carico del venditore, a seguito della risoluzione, l'obbligo di restituire il prezzo e rimborsare le spese e i pagamenti legittimamente fatti per la vendita e a carico del compratore quello della restituzione della cosa se questa non è perita in conseguenza dei vizi.

L'esercizio dell'azione di risoluzione per vizi della cosa venduta non richiede l'individuazione dell'elemento soggettivo della colpa in capo al venditore²⁸, la quale è invece richiesta nella diversa ipotesi di risoluzione per difetto delle qualità promesse ex art. 1497 c.c., norma che, a differenza della prima, richiama le disposizioni generali dell'istituto della risoluzione per inadempimento, fondato, come noto, sul principio della colpa dell'inadempiente.

Nell'ipotesi di mancanza di qualità (promesse o essenziali), è riconosciuto all'acquirente soltanto il rimedio della risoluzione del contratto, non essendo invece ammessa l'azione per la riduzione del prezzo, che resta tradizionalmente riservata ai vizi. L'azione di risarcimento dei danni è prevista dall'art. 1494 c.c..

La Cassazione²⁹, pertanto, al fine di rafforzare la tutela del compratore nei casi più gravi di inadempimento, anche al fine di svincolarlo dai brevi termini di decadenza e di prescrizione previsti dagli artt. 1495 e 1497 c.c. per i vizi e la mancanza di qualità, individua l'*aliud pro alio* che ricorre quando la cosa venduta non sia semplicemente difettosa od imperfetta, ma sia completamente diversa da quella dedotta in contratto, tanto da appartenere ad un genere merceologico differen-

²⁸ Cass. civ., sez. II, 18 maggio 2009, n. 11423, in www.personaedanno.it con nota redazionale del 18 maggio 2009, *Il prodotto è difettoso, ma il venditore si prodiga per ripararlo: il contratto va sciolto comunque*.

²⁹ Cass. civ., sez. 2, 3 febbraio 1998, n. 1038, con nota di S. Puricelli, *Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di aliud pro alio: distinzione* in *Contratti*, 1999, p. 146 ss.

te (Cass. n. 1038/1998). In tale caso l'azione che compete al compratore è l'azione di adempimento o di risoluzione ex art. 1453 c.c., soggetta alla ordinaria prescrizione decennale, posto che l'*aliud pro alio* esula dalla garanzia redibitoria, configurandosi come una violazione dell'obbligazione principale del venditore che è quella di consegnare la cosa venduta³⁰.

La S.C.³¹, in proposito, è infatti costante nel sostenere che la consegna di *aliud pro alio* "dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c.

La giurisprudenza, abbandonando il criterio più rigoroso seguito inizialmente per definire il concetto di *aliud pro alio*, ha ritenuto opportuno rifarsi ad un criterio di giustizia sostanziale posto dal caso concreto, cercando di tutelare, ove possibile, il contraente più debole³². La S. C.³³ ha a tal fine ampliato l'istituto dell'*aliud pro alio*, mediante un approccio funzionale estendendo tale istituto anche ai casi in cui il bene consegnato non appartiene ad un genere diverso da quello pattuito, ma sia privo delle particolari qualità necessarie per assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale o a una eventuale altra funzione che le parti abbiano assunto quale essenziale.

Nel caso di vendita di beni di consumo, il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità³⁴ esi-

³⁰ Cass. Civ., Sez. 2, n. 1889 del 25 gennaio 2018 conferma come nella vendita di *aliud pro alio* al compratore spetti l'ordinario diritto alla risoluzione del contratto soggetto alla prescrizione decennale e non l'azione redibitoria prevista dall'art. 1495 c.c.

³¹ Cass. civ., Sez. II, sentenza n. 5202 del 7 marzo 2007

³² Mirra, *Cenni sui vizi occulti della vendita*, in *Giur. Merito*, 2006, 4, p. 1062, De Simone, *La vendita di "aliud pro alio" nella giurisprudenza - Cass. civ. n. 629/2014*, in *www.personaedanno.it*.

³³ Vd. in tal senso Cass. Civ., 12 novembre 1979 n. 5844, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, p. 2579, secondo la quale la mancanza di specifiche caratteristiche, specie se riguardanti macchine o apparecchiature, rende la cosa diversa non solo qualitativamente, ma anche funzionalmente, così da togliere alla stessa la idoneità alla destinazione specifica, facendola degradare in una sottospecie del tutto differente da quella dedotta in contratto. Numerose sentenze sono sinteticamente riportate da De Simone, *op. loc. cit.*.

³⁴ L'art. 129 del cod. cons. prevede che la conformità è presunta se coesistono le seguenti circostanze:

stente al momento della consegna del bene. In presenza di tali difetti il consumatore potrà esperire i vari rimedi contemplati all'art. 130 D.lgs. 206/05, i quali, però sono graduati, per volontà dello stesso legislatore, secondo un ben preciso ordine: costui potrà, in primo luogo, proporre al proprio dante causa la riparazione ovvero la sostituzione del bene (rimedi primari) e, solo in secondo luogo, e sempre alle condizioni contemplate dal settimo comma, potrà richiedere la risoluzione del contratto (rimedi secondari). Se il consumatore non rispetta l'ordine gerarchico dei rimedi, proponendo sin da subito la domanda di risoluzione, la conseguenza è l'inammissibilità della domanda proposta, ove eccepita dal convenuto³⁵. Il consumatore non ha la possibilità di scegliere di volta in volta se richiamare la disciplina sulla vendita in generale o quella speciale, secondo le convenienze del caso concreto, dovendo sempre trovare applicazione la disciplina speciale in materia di contratti di vendita di beni di consumo, salva la possibile integrazione con le norme del codice civile in caso in cui manchi su un punto particolare una specifica regolamentazione. La domanda di risarcimento del danno derivante da difetto di conformità del bene di consumo, salvo che abbia ad oggetto danni indiretti, deve essere preceduta, così come l'azione di risoluzione, dalla richiesta di sostituzione o riparazione, a pena di inammissibilità.

- a) i beni sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;
- b) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;
- c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura;
- d) sono altresì idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti.

³⁵ In tal senso Trib. Savona, 15 settembre 2018, in https://news.ilcaso.it/news_5562/30-11-18.

5. La tutela dell'acquirente mediante l'accertamento delle cause di invalidità del contratto

In termini astratti si può anche immaginare che chi acquista beni o servizi finalizzati alla eliminazione dei rischi di contagio, possa anche esercitare, se ne ricorrono i presupposti, l'azione di annullamento del contratto per vizio del consenso, prevista dall'art. 1427 c.c., anch'essa svincolata dai brevi termini di decadenza e prescrizione dettati per l'esercizio delle garanzie per vizi.

L'errore deve essere essenziale ed essere riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428 c.c.). Al riguardo con riferimento ai contratti stipulati durante l'epidemia, non sembra difficile dimostrare la riconoscibilità da parte del venditore dello stato di errore in cui sia caduta la controparte; con riguardo all'altro profilo, però, l'art. 1429 c.c. stabilisce quando l'errore sia essenziale.

L'opinione prevalente in dottrina³⁶ ritiene che la mancanza di qualità nell'oggetto di vendita costituisca una ipotesi di inadempimento, che non può essere confusa con l'ipotesi di errore sulle qualità dell'oggetto in quanto l'errore attiene alla formazione del contratto e consiste nella falsa rappresentazione della prestazione; la mancanza di qualità, invece, concerne l'esecuzione del contratto e consiste in una inesattezza della attribuzione traslativa. Corollario di ciò è che il compratore di un bene mancante delle qualità promesse non può agire per l'annullamento a causa di un errore.

Anche la giurisprudenza³⁷ ha ben rimarcato la differenza tra i due istituti statuendo che l'azione di annullamento del contratto per errore e quella di risoluzione per difetto delle qualità promesse o essenziali per l'uso cui la cosa venduta è destinata sono istituti del tutto autonomi, rispetto ai quali non sussiste alcun rapporto di incompatibilità o di reciproca esclusione, concernendo la prima azione il momento forma-

³⁶ C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vasalli, Torino, 1993, p. 1056 ss.; Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile Cicu-Messineo*, 1971, Milano, p. 906 ss.; Greco e Cottino, *Vendita*, in *Commentario cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna, 1981, p. 304 ss..

³⁷ Cass. Civ., 1 aprile 1976 n. 1151 in https://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile,_sez._iii_del_1976_numero_1151

tivo del contratto e la validità di esso fin dal suo sorgere, mentre la seconda riguarda il profilo funzionale della causa ed attiene all'inadempimento del venditore all'obbligo di trasferire al compratore la cosa alienata con le qualità promesse ed essenziali all'uso cui è destinata".

Tuttavia la Corte di Cassazione nella sentenza de qua ammette che "promossa l'azione di risoluzione per mancanza di una qualità essenziale, nulla impedisce (al compratore) di proporre, in via subordinata, anche l'azione di annullamento per errore, sotto il profilo che la falsa rappresentazione della realtà possa esser caduta sull'esistenza semplicemente supposta o anche espressamente promessa, delle qualità anzidette incidendo in modo determinante sulla prestazione del consenso".

Autorevole dottrina³⁸ ha ben evidenziato come l'errore sulla qualità dell'oggetto della prestazione di cui all'art. 1429 c.c. possa essere ricollegato alla previsione della mancanza di qualità della cosa venduta di cui all'art. 1497 c.c.. Qualcuno³⁹ addirittura arriva a ritenere coincidenti le due fattispecie, altri⁴⁰ ravvisa contiguità tipologica tra di esse ritenendo accomunabili le relative azioni.

Può però accadere che anziché di fronte ad un errore autoindotto ci si trovi in presenza di una ipotesi di dolo ad opera del venditore o di un terzo del quale si sia giovato l'alienante.

La conseguenza per il contratto che sia stato concluso in aperto contrasto con la norma che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e che integri addirittura il reato di truffa (art. 640 c.p.), sarà in tal caso l'esercizio dell'azione di annullamento per dolo (art. 1439 c.c.).

Se il contratto sia stato stipulato, poi, quale conseguenza di una circonvenzione d'incapace (art. 643 c.p.), una tesi tende a porre l'accento sul carattere generale degli interessi tutelati dalla norma penale e sulla conseguenziale necessità di invocare il rimedio della nullità⁴¹ anziché quello dell'annullamento, più strettamente correlato alla

³⁸ Cataudella, *op. cit.*, p. 107 nt. 147.

³⁹ Amorth, *Errore e inadempimento del contratto*, Milano, 1967, p. 82 ss.

⁴⁰ Grassi, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996, p. 71 ss.

⁴¹ Rabitti, *Contratto illecito e norma penale, Contributo allo studio delle nullità*,

salvaguardia di bisogni esclusivamente patrimoniali. Si ritiene, secondo la teoria in esame, che il contrasto tra contratto e norma penale sia tale da determinare una nullità virtuale del primo ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c..

La tesi dominante⁴² ritiene annullabile, pur se lesivo di un bene sanzionato penalmente, il contratto che sia stato estorto con truffa, sulla scorta del rilievo che pur essendoci coincidenza tra le due fattispecie, penale e civile, ai sensi dell'art. 1418 parte finale del primo comma, si deve dare prevalenza alla norma speciale dell'art. 1439 c.c. che in presenza di dolo commina la sola annullabilità del contratto. In realtà la norma penale e la norma civile, ciascuna ispirata da una propria *ratio* e da distinti criteri di accertamento, descrivono due punti di vista diversi: la norma incriminatrice, in particolare, attribuisce rilievo solo a quei fatti che determinano un disvalore tale da essere considerati riprovevoli per l'ordinamento. La fattispecie penalmente rilevante, pertanto, deve essere valutata di nuovo ai fini civilistici onde verificare se ad essa possa o meno corrispondere una determinata patologia contrattuale.

Se il comportamento penalmente rilevante integra una ipotesi di illiceità della causa o dei motivi comuni alle parti di cui agli artt. 1343 e 1345 c.c., troverà applicazione il regime della nullità ex art. 1418, comma 2 c.c., trattandosi sostanzialmente di contratto illecito.

Se la legge considera il contratto lecito, e sanziona, invece, il comportamento assunto da una delle parti nella fase precedente alla stipulazione contrattuale, come, ad esempio, nel reato di truffa di cui all'art. 640 c.p., il contratto deve ritenersi annullabile, salvo che la legge disponga una specifica nullità testuale al riguardo.

In queste ipotesi, infatti, gli artifici o raggiri si considerano idonei ad incidere sulla libera formazione e manifestazione di volontà della

Milano, 2000, p. 53 ss.; Tommasini – La Rosa, *Dell'azione di annullamento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2009, p. 1 ss.

⁴² Per tutti si veda Galgano, *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna, 1998, p. 84.

vittima, il che, dall'angolo di visuale del civilista, determina un vizio della volontà tale da consentire l'annullamento del contratto⁴³.

Venendo ora alla questione dell'acquisto di dispositivi di sicurezza anti contagio ai tempi della pandemia, l'ordinanza del Tribunale del riesame di Lecce del 27 aprile 2020⁴⁴ ha statuito che «la vendita di mascherine protettive, da parte di un operatore commerciale, ad un prezzo irragionevolmente elevato è una condotta suscettibile, in astratto, di integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 501 bis c.p. (manovre speculative su merci): si tratta, infatti, di un'azione che rientra nel concetto di "manovra speculativa", avente ad oggetto "beni di prima necessità", realizzata "nell'esercizio di un'attività commerciale"». Tuttavia – prosegue il provvedimento – «è necessario verificare se la condotta posta in essere, in considerazione delle dimensioni dell'impresa, della quantità delle merci vendute e della possibile influenza sui comportamenti degli altri operatori del settore, possa tradursi in un rincaro dei prezzi generalizzato o, comunque, diffuso; in caso contrario, essa si rivela insuscettibile di incidere sul "mercato interno" o, quantomeno, sul "mercato locale" (inteso come un'ampia zona del territorio dello Stato), dunque non in grado di ledere la "pubblica economia" (quindi di influire sulla "situazione economica generale"), non rientrando nell'alveo applicativo del delitto previsto dall'art. 501 bis c.p.».

A prescindere dalla soluzione del caso concreto che non ha portato alla incriminazione del commerciante per la mancanza dei requisiti richiesti dalla norma incriminatrice, pare importante notare come sia indiscutibile però la rilevanza civilistica delle condizioni della contrattazione sia sotto il profilo della rescindibilità che eventualmente sotto quello della annullabilità del relativo contratto.

⁴³ Va solo accennata in quanto una trattazione più approfondita esulerebbe dai limiti dello scritto, la questione inerente alla cd. pratiche commerciali scorrette disciplinate dagli artt. 18-27 *quater* del Codice del consumo.

⁴⁴ In www.giurisprudenzapenale.com del 28 aprile 2020.

6. La tutela collettiva dei consumatori ai tempi del Covid-19: pratiche commerciali scorrette e *class actions*

L'emergenza globale sanitaria ha determinato una corsa all'acquisto di mascherine e gel disinfettanti innescando un'allarmante speculazione, specialmente nel settore dell'*e-Commerce*⁴⁵. Inducendo alcune imprese a reclamizzare i propri prodotti in taluni casi speculando sulle paure dei consumatori, spesso destinatari di messaggi ingannevoli e scorretti.

Siamo di fronte pertanto a pratiche commerciali che consistono in qualsiasi azioni, omissioni, condotte, o dichiarazioni, comunicazioni commerciali (compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto), poste in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un bene o servizio ai consumatori che siano contrarie alla diligenza, oppure false o idonee a falsare il comportamento economico del consumatore che esse raggiungono, inducendolo a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso. Le pratiche commerciali scorrette possono essere ingannevoli o aggressive⁴⁶.

Una pratica commerciale è da considerarsi ingannevole se contiene informazioni non corrette o non corrispondenti al vero (art. 21 cod. cons.) o, anche se corretta, che in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore, costroingendolo a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso, avendo riguardo ad uno o più elementi quali ad esempio: l'esistenza o la natura del prodotto, le caratteristiche principali del prodotto o il prezzo o il modo in cui questo è calcolato. Una pratica commerciale è inoltre ingannevole se omette informazioni rilevanti (art. 22 cod. cons.) di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione oppure occulta o presenta in modo oscuro, incom-

⁴⁵ Michetti, *Pratiche commerciali scorrette ai tempi del Covid-19*, in <https://www.iusinitinere.it/pratiche-commerciali-scorrette-ai-tempi-del-covid-19-26845>.

⁴⁶ Per un approfondimento del tema v. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018, p. 14 ss.

prensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione.

Una pratica commerciale è da considerarsi aggressiva se, tenuto conto di tutte le circostanze del caso (art. 24 cod. cons.), mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento (ad es. lo sfruttamento di una posizione di potere per esercitare pressioni), limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore, tanto da indurlo a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso. Rientrano in questo ambito, per esempio, tutti i casi in cui i venditori facciano uso di minacce fisiche o verbali, sfruttino qualsivoglia evento tragico o fatto grave per influenzare il consumatore, pongano ostacoli – non previsti da un contratto – onerosi o sproporzionati alla libertà del consumatore di far valere i propri diritti contrattuali, minaccino di promuovere azioni legali in modo temerario o palesemente infondato.

Per la repressione delle pratiche commerciali scorrette è competente l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la quale può agire d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse (art. 27 cod. cons.). L'AGCM vigila sulla comunicazione commerciale ed ha il potere di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e di eliminarne gli effetti possedendo poteri investigativi ed esecutivi.

Con legge n. 31 del 12 aprile 2019 è stato poi introdotto il nuovo Titolo VIII-*bis*, “Dei procedimenti collettivi” nel Libro IV del Codice di procedura civile, in materia di azione di classe e azione inibitoria collettiva⁴⁷. L'intervento normativo si propone quale riforma organica

⁴⁷ Consolo, *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in www.dirittobancario.it, aprile 2019, il quale definisce quasi grottesca la collocazione attuale delle disposizioni e evidenzia che la *sedes materiae* corretta sarebbe stata in fondo al Libro II “Del processo di cognizione”.

Per un approfondimento degli aspetti problematici connessi alla nuova disciplina in esame si vedano: Caputo - Caputo, *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Milano, 2019; Brazzini - Muià, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019; AA. VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di Sassani, Pisa, 2019. Anche la dottrina civilistica ha da subito soffermato la propria attenzione sul tema: Pardolesi, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 301 ss.; Ponzanelli, *La nuova class action*, in *Danno e resp.*,

dell'istituto, che diviene oggi strumento di tutela a portata generale, non più applicabile solo a determinate materie (la responsabilità del produttore e le pratiche commerciali scorrette) ed esperibile da determinate categorie di soggetti (i consumatori e gli utenti).

In linea generale, il nuovo processo di classe dovrebbe colmare le esigenze connesse al fenomeno degli illeciti c.d. "plurioffensivi" (il singolo illecito i cui effetti dannosi si riflettano su una pluralità di soggetti come per esempio il cd. danno ambientale o le condotte illecite plurime continuate nel tempo con conseguenze dannose analoghe su una pluralità di soggetti come per l'esempio sopra fatto delle pratiche commerciali scorrette).

Le esigenze alle quali dovrebbe rispondere la nuova azione di classe sono quelle di attribuire una maggiore efficienza della giustizia; di garantire meglio l'accesso alla tutela giurisdizionale; di svolgere in maniera efficace una funzione di *deterrence*.

Non è questa la sede per puntare l'attenzione sulle azioni di classe c.d. "discrete"⁴⁸, proposte da soggetti che razionalmente agirebbero comunque individualmente in giudizio nei confronti del danneggiante anche a prescindere dall'esistenza di uno strumento di tutela collettiva, dando così vita al c.d. contenzioso seriale (per esempio nel caso di contenzioso bancario o bancario-finanziario). Per essi l'accesso all'azione di classe presenta essenzialmente il vantaggio della riduzione dei tempi e dei costi del processo.

Nel caso però della tutela degli acquirenti di beni durante la pandemia da comportamenti scorretti o ingannevoli delle imprese, la riforma del codice di rito sembra poter costituire un mezzo appropriato per le azioni di classe c.d. "olistiche", proposte cioè da quei soggetti per i quali, in assenza di uno strumento di tutela collettiva o di classe, l'accesso alla giustizia rappresenterebbe un ostacolo quasi insormontabile in quanto antieconomico (per il rapporto tra costi, anche di

2019, p. 306 ss.; Franzoni, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 309 ss. Peraltro il termine per l'entrata in vigore della disciplina della nuova class action è stato attualmente rinviato al 19 novembre 2020.br

⁴⁸Sulla distinzione tra azioni di classe "olistiche", "discrete" e "miste", cfr. da ultimo Giussani, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1, p. 157 ss..

tempo, e benefici) o impossibile (stante ad esempio la estrema difficoltà di procurarsi le prove dei fatti costitutivi del proprio diritto).

Si tratta degli atteggiamenti di “*inerzia razionale*” o di “*apatia razionale*” posti generalmente in essere dalle vittime di “microdanni”, cui si contrappongono i comportamenti opportunistici dei danneggiati.

L’aspetto più interessante che si vuole stigmatizzare in questa sede con riferimento alla nuova azione di classe è quello relativo alla generale funzione deterrente che essa svolge, se non rispetto al compimento di illeciti plurioffensivi, quantomeno con riferimento alle condotte successive alla commissione dell’illecito.

Di solito, in presenza di contenziosi “seriali” le imprese convenute, al fine di non incentivare il ricorso all’autorità giudiziaria da parte dei propri clienti, tendono a negare gli addebiti di responsabilità loro mossi, e a non accedere ad accordi transattivi che potrebbero essere interpretati quale tacita ammissione di colpevolezza.

Con la nuova azione di classe le motivazioni per rendere meno agevole alle imprese il ricorso a tali tecniche dilatorie e di negazione assoluta di responsabilità, sono divenute più astringenti: la pubblicità data all’introduzione dell’azione e alla decisione comporta infatti per l’impresa un rischio di danno d’immagine; il processo di classe è strutturato in maniera tale da riequilibrare, almeno sul piano processuale, i rapporti di forza tra le parti; il convenuto che risulti soccombente è tenuto a pagare una somma assai rilevante al difensore del ricorrente e al rappresentante comune degli aderenti, proporzionata all’importo complessivo liquidato.

Sul piano oggettivo, va stigmatizzato come l’art. 840-*bis* c.p.c. disponga, al 1^a comma, che i “diritti individuali omogenei” siano tutelabili anche attraverso l’azione di classe, essendo stati superati i limiti previsti dall’art. 140-*bis* cod. cons.

In particolare, la tutela dei diritti individuali dei componenti della classe nell’ambito dei rapporti contrattuali, non è più limitata ai soli “rapporti di consumo” potendo oggi comprendere anche i rapporti *business to business*; e nell’ambito della responsabilità extraxcontrattuale la tutela non è più limitata alla responsabilità del produttore e a quella delle imprese autrici di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali.

L'unico requisito espressamente previsto dal legislatore per la formazione di una classe è l'omogeneità dei diritti lesi.

Tralasciando ogni ulteriore disamina della questione ci si deve limitare in questa sede a porre la questione se nell'ambito del processo di classe, l'art. 840-*bis*, comma 1 c.p.c. il quale stabilisce che il ricorrente può agire "per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni" sia ammissibile l'esperimento di azioni di impugnazione del contratto per nullità, annullamento, rescissione, o risoluzione. Il riferimento alle "*restituzioni*", pare porsi in relazione infatti alla ripetizione di prestazioni indebite a seguito della dichiarazione di nullità ovvero per effetto delle altre impugnazioni del contratto; però il riferimento esclusivo all'"accertamento della responsabilità" e alla "condotta lesiva" sembrano individuare nell'oggetto dell'azione di classe una pretesa di carattere risarcitorio.

Volendo ora concludere in modo tale da dare una certa linearità alla ricostruzione che si è tentato di dare alla tematica della tutela del contraente ai tempi della pandemia, direi che l'aver preso in rassegna i vari profili di rilevanza dello stato di pericolo da contagio nella conclusione di contratti a condizioni inique, da diversi punti di vista, porti inesorabilmente l'interprete ad individuare tutte le azioni in astratto esercitabili dai consumatori non tanto per dare il via a singole pretese, pur sempre possibili ed azionabili singolarmente da ciascun soggetto, quanto piuttosto all'intervento delle Autorità preposte (AGCM) o all'esercizio di azioni di classe, che possano quindi fungere da elemento deterrente delle condotte opportunistiche delle imprese. E credo che sia anche compito della dottrina, tramite lo studio e la divulgazione delle proprie ricerche connessi a questa fase straordinaria che il mercato e più in generale l'economia stanno attraversando, fornire le coordinate e le ricostruzioni appropriate degli istituti, in modo da svolgere anche essa una funzione *lato sensu* deterrente delle condotte scorrette e a volte illecite delle imprese commerciali.

L'adempimento dei debiti pecuniari e il principio di buona fede

Tommaso dalla Massara

SOMMARIO: 1. Adempimento pecuniario e buona fede: un accostamento ossimorico? – 2. Tempo di eccezione, eccezione ai principi. – 3. Inadempimento e ritardo nell'adempimento. – 4. Debiti di somma di denaro in relazione al contesto generale di blocco della liquidità. – 5. L'imputabilità del ritardo nella normativa sul ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali. – 6. La proposta interpretativa sul comma 6-bis. – 7. Conclusioni.

1. Adempimento pecuniario e buona fede: un accostamento ossimorico?

È con grande piacere che oggi prendo parte a questo bel dialogo interdisciplinare: un'occasione per la quale ringrazio tutto il Dipartimento maceratese, nonché in specie l'Amico Enrico Damiani.

I fatti di questi giorni ci mettono di fronte a un evento, quest'immensa pandemia, che appare in grado di cambiare in modo radicale il nostro vivere associato.

I mesi della pandemia rappresentano, da tanti punti di vista, un'esperienza di autentica eccezione: e ciò intendo nel senso più profondo e radicale dell'antico paradigma dell'*exceptio*, da *ex-capere*, che rimanda all'idea di sottrazione rispetto alla regola¹.

In effetti, il ragionamento che qui cercherò di proporre lascia sottotraccia una relazione tra regola ed eccezione.

Ma procediamo per gradi.

¹ Chi di stato di eccezione si è a lungo occupato è intervenuto a più riprese sul senso esistenziale di questo tempo pandemico: G. Agamben, *Contagio*, in *Quodlibet.it*, 11 marzo 2020; Id., *Chiarimenti*, in *Quodlibet.it*, 17 marzo 2020; Id., *Una domanda*, in *Quodlibet.it*, 14 aprile 2020; Id., *La medicina come religione*, in *Quodlibet.it*, 2 maggio 2020.

Il titolo che mi è stato proposto giustappone la “buona fede” e gli “adempimenti pecuniari”: se non si tratta proprio di un ossimoro, certamente l'accostamento è audace.

La nostra tradizione giuridica ci consegna una regola in materia di obbligazioni pecuniarie che tende a creare uno iato rispetto al principio di buona fede: la regola cui alludo è quella dell'illimitata e incondizionata responsabilità del debitore pecuniario. È questo un principio su cui si reggono – con varianza di aggrappi normativi, ma sostanziale identità di *ratio* – i diversi sistemi giuridici dell'Europa continentale².

Il principio di illimitata responsabilità del debitore pecuniario è da valutarsi avendo riguardo alle specificità della struttura giuridico-economica del debito di denaro: in estrema sintesi, per un verso è da tenere in conto il pilastro dell'articolo 2740 c.c. (“il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”), e, per altro verso, occorre ricordare che il debito di denaro partecipa della disciplina delle obbligazioni di genere, in relazione alle quali vale l'antica regola *genus numquam perit*.

Il richiamo alla natura generica e fungibile del bene-denaro continua ad avere il suo peso pur con tutti i *caveat* e i temperamenti che questa affermazione meriterebbe, soprattutto alla luce della torsione concettuale che il denaro ha subito con sicura accelerazione nel corso degli ultimi decenni, sempre più in direzione di un puro e semplice potere d'acquisto³. Il denaro è oggi fortemente dematerializzato: per

² Sia consentito sul punto il rinvio a T. dalla Massara, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2011, 128 ss.; ampi riferimenti, sia di letteratura che di giurisprudenza, sono ora in A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, 7 e nt. 13. Sull'illimitata responsabilità del debitore di denaro, entro una dottrina ampia e nobile, basti citare L. Mosco, voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 426 s.; A. di Majo, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 222 ss.; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 103; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999, 57; P. Trimarchi, *Incentivo e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 351 s.

³ Tra molti, si veda A. Finessi, *Contratti tra imprese e disciplina del “tempus solutionis” dei corrispettivi pecuniari*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 803 ss., in specie 824 ss. In giurisprudenza, per esempio, Cass. 30 settembre 2014, n. 20643; Cass. 31 ottobre 2013, n. 24560; Cass. 19 novembre 2008, n. 27520.

esempio, v'è chi in dottrina preferisce parlare di principio di indistruttibilità del denaro, ma poco cambia ai fini di quel che intendo dire in queste pagine.

Quale relazione può dunque instaurarsi con il principio di buona fede?

La difficoltà è evidente: da un lato, è la rigidità della regola di adempimento del debito pecuniario e, dall'altro, il principio di buona fede che, storicamente nascente dalle contrattazioni tra cittadini romani e peregrini, non arriverebbe a scalfire quel principio.

In effetti, anche la comparazione diacronica mostra che, a presidiare l'ambito delle obbligazioni pecuniarie, era nel diritto romano classico un'azione di stretto diritto tra le più utilizzate all'interno della lista edittale, ossia la *condictio*: azione costruita su *intentio certa* e *condemnatio*, paradigmaticamente impermeabile (salvo ovviamente che fosse richiesto al pretore l'inserimento dell'eccezione di dolo) a ragioni di correttezza o – in senso lato – equitative.

2. Tempo di eccezione, eccezione ai principi

Come ho detto, quello che stiamo vivendo è un tempo di eccezione.

Se così è, anche alcune tra le più tradizionali regole del diritto privato potrebbero essere rilette oggi in questa chiave di eccezionalità: e proprio qui viene in rilievo il principio di illimitata responsabilità patrimoniale del debitore di denaro.

La domanda più impellente che ci si pone è: chi ha un'attività commerciale e non riesce a pagare il canone di locazione, può essere autorizzato a ritardare il proprio pagamento? Si badi che neppure ho posto il dubbio se sia consentito evitare di pagare; invece intendo tematizzare la questione se sia immaginabile un pagamento tardivo.

Si tratta di un punto delicatissimo, che rappresenta uno snodo centrale rispetto alla crisi economico-finanziaria che stiamo vivendo e, al contempo, un profilo di frontiera dal punto di vista giuridico.

La domanda più scomoda è quella che sorge a cospetto di una disposizione breve quanto sibillina, che si legge all'art. 91 del d.l. 17 marzo, n. 18 ("Cura Italia"), che aggiunge all'art. 3 del decreto legge

23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, il comma 6-bis, il quale recita: “*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*”.

Siccome il diavolo – come recita il proverbio tedesco – si annida nei dettagli, il testo della disposizione merita di essere letto con particolare attenzione. È da chiedersi in specie: cosa significa esattamente che delle misure di contenimento si dovrà “tenere conto”?

Tanto evidente è la vaghezza di queste parole quanto in potenza dirompente la pratica applicabilità della norma.

Preciso subito che non è sull’aspetto specifico delle “decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti” che vorrei qui soffermarmi. Invece, il tema che intendo porre al centro di qualche considerazione è quello, generale quanto ineludibile, della responsabilità per inadempimento, di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c.; tema che è stato oggetto – mi sia consentito semplificare così – di una prima tornata⁴ e di una seconda tornata⁵ di riflessioni, l’una e l’altra ricchissime.

⁴ Si tenga conto che la letteratura fiorita già nel giro delle prime settimane, con attenzione all’impatto della legislazione dell’emergenza, è davvero cospicua: per limitarsi ai contributi sui problemi generali in materia di obbligazioni e contratti, suggerisco di consultare – tra i primi interventi – quello di F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; si veda quindi Id., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 ss. Assai tempestivo anche l’inquadramento delle questioni proposto da A.M. Benedetti - R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.com*, 25 marzo 2020; inoltre, A.M. Benedetti, *Il “rapporto” obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; Id., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020. Si veda anche la panoramica proposta da G. Vettori, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, 3 ss. Nell’arco di pochi (e concitati) giorni, sono giunte le voci di 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; D. Maffei, *Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020; A.A. Dolmetta, *Prospettive e problemi del credito pan-*

Ebbene, può dunque questa norma venire a rappresentare un'eccezione rispetto al principio di illimitata responsabilità patrimoniale del debitore di denaro?

Non v'è dubbio che al comma 6-*bis* (d'ora in poi lo indicherò *tout court* così) faranno appello coloro su cui gravava l'obbligazione di eseguire una delle attività finite dentro la rete sottile ed estesa dell'ormai famigerato *lockdown*: per esempio, invocherà l'esenzione da responsabilità il trasportatore che abbia mancato di effettuare tempestivamente la consegna della merce, se e nella misura in cui quella consegna gli sia vietata dalla legge.

demico coperto da garanzia statale, in *Dirittobancario.com*, 2020; Id., "Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione, in *Ilcaso.it*, 11 aprile 2020; C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020. Si veda inoltre il contributo di Studio Bonelli Erede, Dipartimento Diritto privato e Giudiziale, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, in *Giustiziacivile.com*, 16 aprile 2020. È poi da segnalare la linea ricostruttiva di A. Gentili, *Una proposta*, cit., oltre alle notazioni di U. Mattei - A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020, e di L. Guerrini, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020.

⁵ Questa seconda tornata di riflessioni riterrei identificabile *en bloc* con l'ampia raccolta di contributi pubblicati in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, edita alla fine di maggio; anche in tal caso, per contenere lo sguardo agli scritti che si concentrano sul tema delle obbligazioni e dei contratti, nonché limitando il cono d'attenzione all'Italia, si veda A. Federico, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, 236 ss.; A.M. Benedetti, *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020)*, 266 ss.; E. Giorgini, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, 274 ss.; E. Ferrante, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, 300 ss.; M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, 314 ss.; L. Ruggeri - M. Giobbi, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, 340 ss.; O. Clarizia, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, 352 ss.; G. Iorio, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, 366 ss.; L. Coppo, *Il diritto a rifiutare la prestazione parziale: una lettura solidaristica*, 396 ss.; C. Crea, *"Contractual business network" e pandemia: "a forward-looking agenda"?*, 408 ss. (e ho comunque così omesso di menzionare alcuni interessanti contributi su aspetti più particolari, come le locazioni, comprese quelle turistiche e i contratti sportivi).

In casi come questo, a fronte di un'obbligazione di *dare* o di *facere*, l'antica saggezza della nostra tradizione civilistica ci rammenta che è intervenuto un *factum principis*; e tanto basta per rendere impossibile l'obbligazione, con l'indubitabile conseguenza che il debitore non sarà tenuto a rispondere del non (esatto) adempimento.

Però la fattispecie più problematica è un'altra: in effetti, non mi soffermo qui sui casi in cui a venire in gioco sia un divieto di svolgere una certa attività, un *dare* o un *facere*, mentre vorrei dire qualcosa a proposito dei casi in cui la difficoltà oggettiva è legata all'esecuzione di una prestazione pecuniaria.

Come prima accennavo, proprio questo è il *Kernpunkt* della crisi economico-finanziaria legata alla pandemia. Cittadini, produttori e commercianti sono oggi in affanno perché non riescono a pagare; e non ci riescono per il semplice fatto – ma tanto semplice non è – che si è verificato un generale *lockdown* di liquidità.

Occorre quindi chiedersi se, ed eventualmente in quale modo, quel comma 6-*bis* possa trovare applicazione in tema di prestazioni pecuniarie⁶.

3. Inadempimento e ritardo nell'adempimento

Un aspetto vorrei ben chiarire, a costo di ripetermi: non sarebbe corretto porre la questione sul piano dell'inadempimento, o meglio – un passo a monte e radicalmente – su quello dell'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta⁷; invece, il tema merita di essere osservato esclusivamente in relazione al ritardo nell'adempimento.

⁶ Che proprio lì si trovino i nodi giuridici più difficili da sciogliere è messo in luce, con la consueta acribia, da A. Gentili, *Una proposta*, cit., in specie 3 ss. Merita peraltro segnalare che – in parte, per la verità – sul punto è intervenuta la pronuncia di Trib. Bologna (ord.) 11 maggio 2020, in *Lanuovaproceduracivile.com*, 19 maggio 2020: sia detto in prima approssimazione che il Tribunale bolognese tende a escludere che il comma 6-*bis* possa trovare applicazione in materia di obbligazioni pecuniarie.

⁷ E qui occorre subito attenuare quel che ho appena osservato nella nota che precede: in effetti, è esattamente nella prospettiva della possibilità/impossibilità della prestazione – non già in quella del ritardo – che rimane ancorato il provvedimento del Trib. Bologna 11 maggio 2020, cit. Si legga testualmente: “è invece dubbio che possa applicarsi in ipotesi di adempimento di obbligazioni pecuniarie, come in prima battuta

All'evidenza, va chiarito fin d'ora che nessuno può sentirsi autorizzato a non pagare, adducendo *sic et simpliciter* che non è in grado di farlo proprio in ragione di questa gigantesca quanto imprevedibile situazione pandemica.

Può invece tollerarsi un ritardo? Ecco il punto⁸.

parrebbe forse escluso dal rinvio all'art. 1218 c.c., che come noto presuppone una oggettiva impossibilità della prestazione e non già una mera impossibilità soggettiva di adempiere per mancanza di liquidità (secondo l'antica massima *genus nunquam perit*); sicché, anche "assumendo che il Legislatore abbia ritenuto che la pandemia renda, in qualche modo, 'oggettiva' l'impossibilità di pagamento, va osservato come nel caso di specie il debitore non abbia allegato affatto una effettiva impossibilità di adempiere, ma soltanto una condizione di grave difficoltà. Anche accedendo, dunque, ad una esegesi estensiva della norma, pare evidente come nella valutazione rimessa dalla norma al giudice andrebbe invero tenuta distinta la condizione di effettiva impossibilità (ad esempio del lavoratore autonomo o della piccola impresa che avendo perso per mesi, a causa della pandemia, ogni capacità reddituale sia oggettivamente impossibilitato/a a effettuare un rilevante pagamento), dalle generiche difficoltà di una società che nella specie avrebbe dovuto allegare e provare non un, sia pur rilevante, calo del fatturato, ma la conseguente oggettiva impossibilità di effettuare il pagamento. La norma speciale di cui all'art. 3 comma 6-bis del d.l. n. 6/2020 esonera certamente il debitore dall'onere di provare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi che hanno reso impossibile la prestazione dedotta nel contratto, chiarendo che il rispetto delle misure di contenimento deve essere 'sempre valutato' dal giudice, ma non pare prefigurare una generale sospensione *ope legis* dei termini di pagamento". Sul profilo dell'impossibilità della prestazione (non pecuniaria), nel recente dibattito, A. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020; F. Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziacivile.com*, 1 aprile 2020; M. Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020. Si veda, inoltre, E. Giorgini, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio*, cit., 274 ss.; un accenno (arguto) all'ipotesi di un inadempimento necessitato in tema di obbligazioni pecuniarie, dunque pur sempre entro la prospettiva dell'impossibilità, è in A.M. Benedetti, *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza*, cit., 272.

⁸ Ne parlerò ovviamente proponendo un percorso interpretativo; resta chiaro che il discorso non vale laddove vi sia stato un intervento normativo che *expressis verbis* concedesse una dilazione di pagamento, come per esempio è avvenuto con il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, art. 6 (*Misure in favore dei beneficiari di mutui agevolati*), ove è stata disposta la sospensione del pagamento delle rate fino al 31 dicembre 2020.

In esordio di questo mio intervento ho evocato il principio di illimitata responsabilità del debitore pecuniario.

Si potrebbe pensare che un tal quale principio basti già in sé solo a ritenere chiusa – o forse mai aperta – la questione della tollerabilità del ritardo nell'adempimento delle prestazioni pecuniarie; questione che ho posto guardando al comma 6-*bis*.

Pare a me, invece, che il tema meriti uno sforzo interpretativo: e dunque un supplemento d'indagine deve essere condotto sul testo di quella disposizione.

Mi spinge in tal senso anche la considerazione del fatto che in altri ordinamenti, come quello tedesco, il problema dei ritardi di pagamento sia stato affrontato di petto e *de iure condendo*. In effetti, lì il nodo dell'adempimento delle prestazioni pecuniarie è stato ritenuto non risolubile se non d'imperio e per iniziativa del Legislatore; il che significa, prima ancora di vedere più da vicino quali siano state le scelte compiute, che una vera e propria eccezionalità – in Germania esplicitamente riconosciuta *de lege lata* e posta a base di interventi puntuali – ha aperto una significativa breccia nel principio di illimitata responsabilità del debitore pecuniario: l'intervento della dott.ssa Martina D'Onofrio, previsto in questo stesso Seminario, si soffermerà proprio sull'iniziativa normativa varata in Germania.

Si tenga conto che l'eccezionalità della situazione pandemica è stata sotto molti profili riconosciuta in Italia⁹: però nella nostra legislazione emergenziale manca – ovviamente al di là del comma 6-*bis* sopra citato – una disciplina chiara e dettagliata in punto di ritardo nei pagamenti.

⁹ Lo stato di emergenza è stato dichiarato inizialmente con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, per la durata di sei mesi. Si veda inoltre il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, il quale fa espresso riferimento all'emergenza epidemiologica come ragione giustificativa dei provvedimenti ivi adottati; in termini analoghi si esprimono anche: d.l. 2 marzo 2020, n. 9; d.l. 17 marzo 2020, n. 18; d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

4. Debiti di somma di denaro in relazione al contesto generale di blocco della liquidità

È ora da chiedersi se nelle pieghe del breve dettato del comma 6-*bis* possano intravedersi le basi per una lettura che sia in grado di attenuare il principio di illimitata responsabilità del debitore della prestazione pecuniaria, con particolare attenzione al ritardo nell'adempimento¹⁰.

Occorre quindi tornare alla domanda: cosa significa esattamente che delle misure di contenimento si dovrà “tenere conto”?

Anzitutto, credo che alla regola generale della responsabilità si sottraggano alcuni casi piuttosto marginali, nei quali sia *il comportamento stesso del pagare* a potersi ritenere concretamente impedito dalle misure di contenimento.

Qui sarebbe sufficiente far leva su un filone giurisprudenziale piuttosto consolidato, che esime da responsabilità il debitore di denaro per ritardi collegabili, per esempio, al temporaneo disservizio dell'intermediario o comunque nelle ipotesi in cui possa escludersi che il ritardo sia imputabile a una figura di ausiliario del debitore (giacché in tal caso verrebbe meno ovviamente la terzietà del soggetto responsabile)¹¹; e così, in tempo di *lockdown*, s'immagini il caso di un soggetto che intenda effettuare un pagamento, ma s'imbatta in un blocco del sistema informatico della banca o si trovi senza sua colpa temporaneamente

¹⁰ In via di prima lettura del comma 6-*bis*, avevo avanzato qualche idea in <http://www.aslitalia.it/files/pubblicazioni/2020/Emergenza>, in un testo messo a disposizione dall'Associazione degli Studi Legali Associati.

¹¹ Per esemplificare, in Cass., sez. trib., 22 maggio 2019, n. 13759, si esonera il debitore-contribuente dalla sanzione per il ritardo, in quanto l'ordine di bonifico con cui si effettuava il pagamento era stato impartito tempestivamente, sicché il ritardo nel pagamento del tributo era esclusivamente riconducibile all'intermediario. Nella prospettiva del ruolo degli ausiliari, Cass. 29 novembre 2011, n. 25251; precisa A. Finessi, *Contratti tra imprese*, cit., 823, che l'esonero da responsabilità si riscontrerebbe nel caso in cui “il ritardo sia imputabile a soggetti che, quantunque il debitore si avvalga della loro attività per eseguire la prestazione dovuta, non possono qualificarsi in termini di ausiliari, come accade quando il ritardo è provocato da un disservizio postale, in quanto, trattandosi di un pubblico servizio, non è configurabile quel conferimento di incarico né l'esercizio di poteri di controllo che caratterizzano la figura dell'ausiliario”.

sprovvisto della connessione web per effettuare un bonifico tramite *home banking*, sicché – tenendo per buono il presupposto che non vi siano altri modi per provvedere al pagamento a causa delle misure restrittive – si veda costretto a effettuarlo in ritardo di qualche giorno.

In questo caso, il problema dipenderebbe strettamente dalla modalità dell'adempimento.

Quanto ai profili implicati, è appena il caso di soggiungere che la giurisprudenza negli ultimi anni ha ridisegnato i confini della nozione di pagamento in termini di attribuzione di un potere d'acquisto, andando al di là della tradizionale visione strettamente incentrata sul *solvere est alienare*; come a dire che, perché possa ritenersi correttamente eseguita la prestazione pecuniaria, è sufficiente che sia in concreto trasferito un certo potere d'acquisto¹².

Si esaurisce qui dunque il campo di interazione tra il comma 6-*bis* e le regole che disciplinano l'adempimento delle prestazioni di denaro?

Se così fosse, si tratterebbe di spazi piuttosto modesti.

Davvero non vi sono altri elementi di sostegno per fondare, in forza dell'introduzione di questa norma, la scusabilità del ritardo nell'adempimento di un debito pecuniario? La questione è alquanto rilevante ai fini del decorrere degli interessi moratori.

Come già accennato, da un certo punto di vista il problema finisce per toccarsi e quasi fare tutt'uno con quello della valenza che s'intenda riconoscere al *factum principis* e alla causa di forza maggiore: temi di cui molto si è parlato in questi drammatici mesi. Però occorre tenere a mente che il richiamo a queste figure sarebbe *in thesi* in grado di fondare un'estinzione dell'obbligazione per impossibilità, mentre qui, lungi dall'evocare un'estinzione dell'obbligazione, occorre valutare gli effetti del ritardo nell'adempimento. In altri termini, si tratta di attingere dal motivo del *factum principis*, per declinare però quell'argomento sul piano della diligenza del debitore in relazione alla tempestività dell'adempiere.

Bisogna tener presente che, rispetto ai casi in cui possa venire in ri-

¹² Sul punto, in specie con attenzione a C. Giust. CE 3 aprile 2008, C-306/06, pubblicata in G.U.C.E. C 128 del 24 maggio 2008, 7, si veda T. dalla Massara, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 151 ss., e A. Finessi, *Contratti tra imprese*, cit., 825 s.

lievo un problema legato alla modalità dell'adempimento, assai più numerose – e rilevanti – sono le ipotesi in cui “il rispetto delle misure di contenimento” assume un significato in connessione, per così dire, con il *contesto generale* di “blocco”.

In tal caso non si tratterebbe di un divieto che incide sulla prestazione oggetto dell'obbligazione, bensì più ampiamente si porrebbe un problema di maggiore o minore “difficoltà” dell'adempimento¹³: come a dire che qui si tratta di dar rilievo a una sopravvenienza (addirittura di dimensioni globali, non inferiori allo spazio dell'economia del nostro tempo¹⁴), che occorre osservare sotto il profilo dell'obbligazione pecuniaria.

Si tenga conto che, affrontando il medesimo tema in relazione alla struttura di un contratto a prestazioni corrispettive, il discorso assumerebbe profili differenti, lumeggiati *in primis* dall'art. 1467 c.c.¹⁵: per alcuni versi ciò semplifica, ma i problemi legati all'obbligazione pecuniaria non sarebbero tutt'a un tratto per questo risolti, dal momento che non è l'obbligazione pecuniaria quella che, colpita dalla sopravvenienza pandemica, abbia a rivelarsi eccessivamente onerosa¹⁶.

Anzi, il vero punto di crisi di quell'impostazione è rappresentato

¹³ Il che sembrerebbe escluso da Trib. Bologna 11 maggio 2020, cit., ove si distingue l'ipotesi dell'impossibilità da quella della *difficultas* nel pagamento; sicché “se il legislatore avesse voluto attribuire ai debitori una moratoria generalizzata a discapito degli interessi creditorî, assumendo che l'attuale emergenza sanitaria legittimi una dilazione dei termini di pagamento per ogni debitore comunque interessato, anche in via indiretta, dalle attuali misure di contenimento e che ne soffra le indubbie conseguenze in termini di riduzione del fatturato, lo avrebbe stabilito espressamente”.

¹⁴ Illuminante apparve, da subito, l'analisi proposta da M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financialtimes.com*, 25 marzo 2020.

¹⁵ In ottica di eccessiva onerosità sopravvenuta, tra gli altri, F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”*, cit., 129 ss., e M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., 314 ss. Sui presupposti di applicabilità dell'art. 1467 c.c., basti il richiamo a C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*³, Milano, 2019, 422 ss., e P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 237 ss.

¹⁶ “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'articolo 1467 c.c.”: così A. Gentili, *Una proposta*, cit., 9.

dal fatto che l'obbligazione pecuniaria rimane indifferente al mutare delle condizioni contrattuali: la prestazione di consegna di una certa merce potrebbe essere divenuta eccessivamente onerosa nelle settimane del blocco, ma l'obbligazione di pagarne il prezzo di per sé non è affatto variata (a meno che non si accetti l'idea che l'eccessiva onerosità sia quella che dipende dalla diminuzione del patrimonio del debitore: però questo corrisponderebbe a un autentico ribaltamento della tradizionale lettura delle norme poste dal nostro codice in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta).

Occorre dunque concentrare l'attenzione sul nesso intercorrente tra il debito di denaro e il contesto generale di blocco: e per meglio chiarire si possono fare due esempi, che presentano un differente grado di intensità quanto proprio alla connessione tra debito pecuniario e contesto di blocco.

Si pensi al caso dell'impresa X che abbia acquistato da Y un macchinario molto costoso nel mese di gennaio, con l'accordo di pagarne il prezzo entro il 10 aprile (o comunque in altra data che si collochi nel periodo di vigenza delle misure di contenimento); si ipotizzi poi che, per procurarsi la liquidità necessaria per pagare il macchinario, l'impresa X avesse in programma di vendere un capannone di sua proprietà; inoltre, si presupponga che X avesse trovato l'acquirente Z già nel mese di febbraio e si fosse accordata con Z nel senso di concludere la compravendita entro il 31 marzo: in questo modo X avrebbe ottenuto la liquidità necessaria per pagare tempestivamente il prezzo del macchinario. Il piano originario risulta però sconvolto dall'emergenza sanitaria: posto che le misure di contenimento impediscono gli spostamenti, è venuta meno anche la possibilità concreta di addivvenire alla conclusione della compravendita davanti al notaio, sicché l'atto è rinviato al termine dell'emergenza; soltanto in quel momento X incasserà da Z la liquidità necessaria per pagare Y.

Si ponga mente poi, in termini ancora più laschi, a tutti i casi in cui si verifichi un blocco temporaneo di liquidità per interruzione di un flusso di cassa.

Per esempio, il decreto vieta la produzione di X, che è una grande casa automobilistica; accade che a Y, che fornisce pellami per i sedili a X, venga improvvisamente a mancare liquidità: Y può sperare che un suo ritardo di pagamento nei confronti di Z, che gli ha già fornito la

materia prima con pagamento a 60 giorni (venuti a scadere nel bel mezzo del *lockdown* in cui X ha fermato la produzione e quindi gli acquisti), non generi le conseguenze della mora?

Come già ho detto, in nessuno di questi casi vi sono le premesse perché qualcuno possa mettere in discussione che l'obbligazione pecuniaria debba adempersi.

Né, in assenza di auspicabilissimi accordi di rinegoziazione, si potrà dubitare dell'integrità "quantitativa" della medesima obbligazione, permanendo sempre in capo al creditore la facoltà di rifiutare un adempimento parziale da parte del debitore, ai sensi dell'art. 1181 c.c.¹⁷; invece, è da vedere se, in presenza di un ritardo di pagamento, il debitore abbia margini per evitare di incorrere negli effetti della mora (automatica), dunque in specie se possa sottrarsi all'obbligo di corresponsione di interessi, che nei rapporti B2B notoriamente sono cospicui.

Nel tentativo di mettere in campo un'argomentazione che si spinga in questa direzione, è doveroso mantenersi un passo a monte rispetto ai già evocati macro-temi rappresentati dal *factum principis* e dalla forza maggiore: più precisamente, il percorso assai stretto che credo possa intravedersi conduce a saggiare se, prima di entrare nel merito dell'argomento che fa leva sul *factum principis* e sulla forza maggiore, al debitore residui qualche spazio per sottrarsi a una responsabilità scaturente dal ritardo nell'adempimento pecuniario, esclusivamente sulla base di una valorizzazione della sua diligenza.

Ecco dunque il punto: la diligenza del debitore.

Da diversa prospettiva, mi sembra che il tema sia quello – antico e nobile – della colpa in relazione all'adempimento:¹⁸ tema già in sé al-

¹⁷ È la prospettiva adottata da L. Coppo, *Il diritto a rifiutare la prestazione parziale*, cit., 396 ss. Sulle questioni implicate, L. Sitzia, *Il potere di scelta del creditore sulla prestazione incompleta*, Napoli 2017, nonché pure T. dalla Massara, *Recenti prospettive in tema di adempimento parziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 1073 ss.

¹⁸ Tema immenso, per il quale occorrerebbe risalire quantomeno a N. Coviello, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, passando poi attraverso G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 ss., per soffermarsi su L. Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss., il quale peraltro era intervenuto specificamente sulla normativa europea in tema di ritardi di pagamen-

quanto complesso, ma che appare addirittura insolubile quando si tratti di obbligazioni pecuniarie.

L'aspetto della diligenza nell'adempimento e quello della colpa rappresentano, per così dire, i due lati di una medesima questione, che induce in ogni caso alla considerazione dei profili soggettivi del debitore di fronte all'adempimento.

5. L'imputabilità del ritardo nella normativa sul ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali

È proprio l'ultimo passaggio del ragionamento – quello che mi ha indotto a spostare l'attenzione sui profili soggettivi dell'adempiere, finanche in relazione all'adempimento pecuniario – a sospingere l'attenzione verso il decreto legislativo n. 231 del 2002: com'è noto, in esso trovano disciplina i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali¹⁹.

Quella disciplina, che vede a monte la direttiva 2000/35 (poi ridefinita a seguito della direttiva 2011/7, ma non in relazione a profili qui

to: si veda infatti Id., *La direttiva 2000/35/CE in tema di "mora debendi" nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 76 ss. Imprescindibile, inoltre, E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 110 ss., come pure M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1959, 183 ss. In anni più recenti, si veda la ricostruzione del dibattito e dei problemi sottesi proposta da C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 1 ss. Da ultimo, in argomento, la ricostruzione di C.M. Bianca, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1277 ss.

¹⁹ Per un inquadramento, oltre a A. Finessi, *Contratti tra imprese*, cit., 803 ss.; S. Pagliantini, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 800 ss.; G. Spoto, *La disciplina di contrasto ai ritardi nei pagamenti commerciali*, ne *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, 115 ss.; *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Torino, 2013; V. Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013; Id., *Le modifiche alla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corr. merito*, 2013, 378 ss.; S. Zorzetto, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Itinerario di una riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1060 ss.

rilevanti), prevede all'art. 4 che la decorrenza degli interessi moratori scatti in via automatica dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento²⁰.

Valga appena ricordare poi la regola riguardante la scadenza del termine, la quale produce immediatamente la messa in mora del debitore: in via di sintesi, il sistema prevede la necessità che il contraente debitore della somma abbia ricevuto il bene o il servizio contemplato in contratto e che il creditore abbia emesso e consegnato al debitore la relativa fattura; quindi il debito viene a scadenza dopo 30 giorni da quando sia verificato il secondo di tali requisiti: perciò, se sia già stata ricevuta la fattura, dalla ricezione della merce o dalla prestazione di servizio; oppure, nel caso in cui l'ordine fosse invertito, dalla ricezione della fattura.

Parlando del decreto legislativo 231 del 2002, è evidente che ci collochiamo nell'ambito dei rapporti cd. B2B: e in effetti proprio a questo tipo di rapporti intendo riferire anche il mio ragionamento in punto di interpretazione del comma *6-bis*.

Si tratta di un percorso interpretativo che necessita di essere sviluppato in larga parte sottotraccia, quasi "in margine a un testo implicito", per citare il titolo di un'arguta opera di Gómez Dávila: si procede sottotraccia nel senso che occorre risalire alla direttiva, a monte rispetto al decreto n. 231, per trovare l'esplicito riferimento a un criterio di responsabilità per "ritardo imputabile"; precisamente, l'art. 3, lett. c), della direttiva prevede che "il creditore ha diritto agli interessi di mora se: i) ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge; e ii) non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto, a meno che il ritardo non sia imputabile al debitore".

Fu, invece, in sede di recepimento della direttiva che il Legislatore italiano stabilì in decreto, con uno scostamento apparentemente leggero ma decisivo nella sostanza, che "la responsabilità debitoria è esclusa in caso di impossibilità della prestazione derivante da causa a lui [debitore] non imputabile"²¹.

La questione può apparire soltanto un cervellotico esercizio di stile, ma così non è: dal piano dell'interpretazione, la differente scelta

²⁰ Cfr. T. dalla Massara, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 359 ss.

²¹ Sul punto, in specie, A. Finessi, *Contratti tra imprese*, cit., 821 ss.

delle parole fa avvertire i suoi effetti sul piano di regime, in specie modificando il gioco dell'esimente.

Dal punto di vista testuale, molto dipende dalla riferibilità dell'aggettivo [non] "imputabile" alla "causa", anziché direttamente al "ritardo"; in effetti, mentre nella formulazione della norma europea l'esimente era collegata all'imputabilità o meno del ritardo, nel testo adottato in sede di recepimento l'esimente è messa in relazione con l'impossibilità della prestazione per causa oggettivamente non imputabile.

Accade così che lo slittamento tra la formulazione della norma a monte e quella che si colloca a valle si avverta sotto un duplice profilo: per un verso, dal piano soggettivo a quello oggettivo e, per altro verso, dal piano del mero ritardo a quello dell'estinzione dell'obbligazione per impossibilità.

Si tenga conto che la virata appare più che comprensibile dal punto di vista del Legislatore nazionale: in sede di recepimento, si intese infatti ridisegnare i profili della norma europea per adattarli al principio dell'illimitata responsabilità patrimoniale del debitore pecuniario.

Il Legislatore nazionale si mosse nella precisa consapevolezza – in sé, più che apprezzabile – che un recepimento della norma europea *tel quel* avrebbe dato adito a una causa di giustificazione del non tempestivo adempimento da parte del debitore che fosse da mettersi in relazione con profili soggettivamente rilevanti²².

Sicché, proprio avendo a mente l'impianto generale del nostro sistema, parve opportuno lasciare margini esclusivamente per un rilievo dell'impossibilità della prestazione che fosse obiettivamente valutabile.

6. La proposta interpretativa sul comma 6-bis

Confido possa intravedersi, a questo punto, in quale prospettiva venga a trovare collocazione la mia proposta interpretativa.

Se in sede di recepimento della direttiva sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali sembrò necessario – non senza buone ragioni – che una valutazione sui profili soggettivi con riguardo

²² L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE*, cit., 73 ss.

all'intempestivo adempimento della prestazione pecuniaria fosse lasciata fuori gioco, può forse immaginarsi che quella stessa valutazione ritrovi ora nuovi spazi per effetto del recente comma 6-*bis*?

Potrebbe quindi assumere un rilievo, sotto il profilo interpretativo, il recupero della *ratio* originaria della direttiva allo scopo di dare un preciso significato al significante, in sé piuttosto vago, del comma 6-*bis*?

Se così fosse, lo scenario che verrebbe a dischiudersi appare grosso modo il seguente.

In punto di partenza, merita di restare ben saldo il principio in base al quale l'impotenza finanziaria del debitore è irrilevante a cospetto dell'inadempimento di una prestazione pecuniaria: l'obbligazione pecuniaria deve essere adempiuta e la *difficultas adimplendi* non può rappresentare *ex se* una scusante.

Ciò ribadito, il profilo soggettivo collegato alla difficoltà dell'adempiere potrebbe invece assumere un rilievo in connessione con le ragioni di difficoltà dell'adempiere tempestivamente, anche solo di contesto, che possano trovare base nella recente emergenza sanitaria?

Se così fosse, occorrerebbe però meglio precisare con quali presupposti e in quale modo.

Anzitutto, è da credere che “*il rispetto delle misure di contenimento*” possa venire a incidere, quale esimente a fronte dell'intempestività dell'adempimento pecuniario, quando i divieti vadano a colpire direttamente il comportamento stesso nel quale si concretizza il pagamento. Come ho cercato di dire prima, in qualche caso può immaginarsi impedito dal *lockdown* il comportamento stesso che si integra nel trasferimento del potere d'acquisto: in proposito, fanno scuola i casi già conosciuti dalla giurisprudenza, tendenzialmente collegati al ruolo di un soggetto terzo in fase di adempimento, come tipicamente avviene nell'ipotesi in cui un intermediario, per esempio una banca o il servizio postale, purché non qualificabile come ausiliario, evidenzia un temporaneo disservizio nei meccanismi di pagamento²³.

Al di là di questi casi piuttosto marginali, credo che un collegamento a livello interpretativo possa vedersi tra il comma 6-*bis* e la *ratio* rimasta implicita – sotterranea e, in sede di recepimento, depotenziata

²³ Si veda sopra, alla nt. 11.

– nella normativa sul ritardo di pagamenti nelle transazioni commerciali.

Un tal quale ponte ideale con la direttiva 2000/35 si pone alla base dell'ipotesi interpretativa sul comma 6-*bis*.

Si tratterebbe di valorizzare l'intenzione del Legislatore – per usare la formula dell'art. 12 delle Preleggi – per interpretare la nuova norma in modo tale che s'imponga una valutazione in ordine al *non tempestivo adempimento di una prestazione pecuniaria*.

Si aprirebbe così lo spazio per introdurre un giudizio sullo *sforzo di diligenza del debitore*; quindi, proprio in relazione a ciò, si renderebbe necessaria una valutazione sul *contesto generale delle circostanze*, nonché dunque sulla maggiore o minore difficoltà di adempiere.

Uno scrutinio sulla diligenza del debitore pecuniario (ovvero sulla sua negligenza) sarebbe da condursi con riguardo alla tempestività dell'adempimento, sempre fermo restando che in generale non può mettersi in discussione l'illimitata responsabilità del debitore pecuniario.

Diligenza e tempestività sarebbero a costituire i poli di un giudizio complesso, che il decreto "Cura Italia" – esclusivamente per il tempo di validità dello stesso, dunque come regola *extra ordinem* – imporrebbe di elaborare.

Per effetto dell'accenno contenuto nel comma 6-*bis*, si realizzerebbe pertanto una sorta di "reviviscenza" del testo originario della direttiva e, più ampiamente, della sua filosofia di fondo: ciò non in assoluto e in generale – forse non è superfluo insistere – bensì *in relazione a questa specifica emergenza*, ossia per il tempo di vigenza del decreto "Cura Italia".

7. Conclusioni

Come ho appena detto, diligenza e tempestività rappresenterebbero i punti di riferimento essenziali di un giudizio articolato, da svilupparsi nelle maglie larghe del comma 6-*bis*.

In definitiva, si aprirebbe a questo punto lo spazio per un *giudizio di buona fede* che farebbe operare, come prima mai si era pensato di ipotizzare, l'art. 1175 c.c. *in relazione all'adempimento delle obbligazio-*

*ni pecuniarie*²⁴; precisamente, lo sforzo da valutare alla stregua dell'art. 1175 c.c. sarebbe quello messo in campo da parte del debitore di *realizzare l'adempimento nel modo più tempestivo*.

Per esempio, potrebbe essere tollerato il ritardo necessario a procurarsi l'apertura di una linea di credito; oppure il ritardo che possa fondatamente collegarsi all'imminente incasso di una somma che, subito dopo il blocco, sia in arrivo da terzi: insomma, una valutazione casistica potrebbe ben discernere l'ipotesi in cui un pagamento si reputi per davvero e ragionevolmente soltanto sospeso per il tempo dell'emergenza, rispetto al caso in cui uno scenario di questo tipo risulti del tutto implausibile.

L'approdo dei ragionamenti sin qui svolti mi pare essere nel senso di una valutazione più elastica delle ipotesi di ritardo nell'adempimento durante il tempo eccezionale della pandemia.

L'argomentazione abbozzata in queste pagine avrebbe quindi il pregio di lasciare aperta la porta, da un punto di vista economico-fattuale, a moderate e ragionevoli dilazioni di pagamento gestite – per così dire – non in territorio di mora; si tratterebbe di dilazioni presidiate da un principio di buona fede *ex art. 1175 c.c.*, il quale tradizionalmente ben poco incide sulle vicende dell'obbligazione pecuniaria.

Certo, ne risulterebbe un leggero spostamento della linea del rischio a svantaggio del ceto dei creditori (come in passato si usava dire), però senza che mai sia messo in discussione il principio dell'illimitata responsabilità patrimoniale del debitore di denaro. In concreto, l'obbligazione resterebbe indiscussa quanto alla sua “possi-

²⁴ Proprio questo è il profilo evocato da Trib. Bologna 11 maggio 2020, cit., di fronte al quale tuttavia poi il provvedimento si arresta e preferisce una linea di prudenza (però è da tenere sempre in conto che lì il ragionamento era impostato sull'impossibilità della prestazione pecuniaria e non sul suo ritardo, nonché del tutto al di fuori di una lettura, che qui ho cercato di sviluppare, della normativa sul ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali): “non appare difatti persuasivo l'assunto di parte attrice per cui, in ragione del necessario rispetto dei doveri reciproci di correttezza e del principio generale di buona fede e di solidarietà sociale, sarebbe consentita una indeterminata espansione della nozione di dolo sino ad escludere la legittimità dell'escussione nei confronti di un debitore in condizioni di difficoltà [...]. Un diverso approdo non è consentito neppure in forza della disciplina emergenziale in materia di COVID-19”.

bilità”, né se ne metterebbe in dubbio l’entità monetaria. In compenso, si otterrebbe di attribuire un rilievo giuridico all’esigenza, quanto mai sentita nel tempo della pandemia, di temperare la capacità offensiva di procedimenti monitori innescati da creditori pecuniari talvolta troppo intransigenti, magari a fronte di moderati ritardi nel pagamento.

Bisogna tener presente che in qualche caso potrebbe trattarsi di ritardi scusabili, legati a contingenze ragionevolmente comprensibili: lì allora un argine di buona fede si rivelerebbe utile.

Gli scenari descritti si collocano nel breve termine: un temperamento al principio di illimitata responsabilità del debitore pecuniaria può avere un senso proprio e soltanto in quanto si riferisca all’arco cronologico stretto dell’emergenza pandemica.

Il decreto “Cura Italia” rappresenta un intervento normativo commisurato allo stato di eccezione: e proprio in questa chiave ho proposto una lettura del comma 6-*bis*, che di quel decreto costituisce un segmento significativo, forse il più impattante sulle strutture privatistiche d’impianto generale.

È stato di grande ausilio per me poter avviare una riflessione condivisa – “virtualmente” con tutti Voi a Macerata –, giacché soltanto nell’intersezione di tanti punti prospettici mi è parso di cogliere la reale portata di un evento di dimensione globale, i cui riflessi toccano i più differenti ambiti giuridici. Nessuno può intuirne il senso se non nel dialogo, così uscendo dagli orticelli di quella che Emilio Betti chiamava – citando a sua volta Ortega y Gasset – la “barbarie dello specialismo”.

**Misure di contenimento della pandemia e affidamento
condiviso dei figli minori: spunti per una riflessione attorno
all'effettività del diritto alla bigenitorialità
nel nostro ordinamento**

Romolo Donzelli

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Tutela urgente del minore e garanzia del contraddittorio. – 3. Diritto alla salute e diritto alla bigenitorialità. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

L'ambito della giurisdizione civile su cui hanno maggiormente ed immediatamente inciso le misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 è senz'altro costituito da quello che si occupa delle relazioni familiari ed in particolare della corretta attuazione dei provvedimenti di affidamento dei figli minori.

Le numerose e sempre più gravi limitazioni alla libertà di circolazione hanno, infatti, indotto a chiedersi se tali misure determinassero l'opportunità o la necessità di modificare le condizioni di affidamento specie sotto il profilo dei tempi di frequentazione del genitore, che, per prassi giurisprudenziale, viene notoriamente definito non collocatario.

Le ragioni di tali incertezze sono derivate, da un lato, dal difetto di specifica regolamentazione normativa da parte della legislazione emergenziale e, dall'altro, dalle perduranti e gravi incertezze circa il modo di intendere il diritto alla bigenitorialità nel nostro ordinamento.

Fortunatamente, in molti casi il problema appena indicato è stato risolto fisiologicamente, ovvero da parte dei genitori nell'esercizio della condivisa responsabilità genitoriale, provvedendosi – talora – ad una concordata rimodulazione dei tempi di frequentazione delle rispettive figure parentali ed adottando le misure più adeguate a ridurre i fattori di rischio¹.

¹ Cfr., infatti, T. Torre Annunziata, 6 aprile 2020, che previsa quanto segue: «la

È questa – quando possibile – la via sicuramente più opportuna.

Le decisioni attinenti alle questioni di maggior interesse per i figli, tra cui quelle relative alla salute, sono infatti rimesse dall'art. 337 *ter*, comma 2, c.c. al «comune accordo» dei genitori.

Ciò significa che il provvedimento o gli atti a questo equiparati contenenti la determinazione delle condizioni di affidamento non escludono affatto che i genitori possano consensualmente apportare modifiche a dette condizioni quando queste si rivelino necessarie per garantire il pieno soddisfacimento dell'interesse del minore e soprattutto quando tali modifiche siano dettate da ragioni d'urgenza.

D'altro canto, in questi casi, la solidità di quella che è – e resta – per il minore la sua famiglia si misura prevalentemente – o solo – sulla solidità del rapporto genitoriale, sicché il dovere di collaborazione assume per certi versi una rilevanza ancor maggiore per il sano e sereno sviluppo della personalità del minore rispetto a quella che possiede – si comprenda il senso del paradosso – all'interno di una famiglia unita.

Come è noto, peraltro, in molti casi il ricorso all'autorità giudiziaria si è rivelato necessario e numerose sono state le istanze volte a richiedere la sospensione del diritto alla frequentazione del genitore non collocatario o la repressione delle violazioni delle condizioni di affidamento consistenti in condotte ostacolanti l'esercizio del suddetto diritto.

La lettura dei provvedimenti emessi a soluzione delle controversie appena indicate sollecitano diversi spunti di riflessione; tutti in generale riconducibili alla sempre più frequente difficoltà di individuare un soddisfacente punto di contemperamento tra valori e principi potenzialmente confliggenti.

responsabilità genitoriale impone, in primo luogo, ai genitori nell'esercizio del *munus* loro demandato di individuare le misure adeguate a tutelare la salute della prole in un contegno che può essere ispirato da reciproca e qualificata collaborazione e da fiducia nell'altro, in assenza di effettivi e concreti indicatori di atteggiamenti inadeguati»; T. Bari, 1° aprile 2020, secondo cui la disciplina del diritto di visita «potrebbe trovare una ragionevole e temporanea rimodulazione volontaria a tutela della neutralizzazione del rischio di pregiudizio alla salute dei minori»; cfr. anche il comunicato del 13 marzo 2020 del Presidente dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia, che, tenuto conto delle specificità proprie di ogni contesto familiare, invitata l'avvocatura a mediare il conflitto in vista di soluzioni ragionevoli e concordate.

Ci riferiamo in particolare al rapporto tra il potere di azione – sotto il profilo dell’effettività e del diritto ad ottenere la tutela giurisdizionale nei tempi necessari a garantire il pieno conseguimento del bene della vita richiesto (artt. 3, comma 2, 24, comma 1, Cost.) – ed il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.) ed al contraddittorio (art. 111, comma 2, Cost.), da un lato, ed al rapporto tra diritto alla salute (art. 32 Cost.) e diritto alla bigenitorialità (art. 30 Cost.), dall’altro.

2. Tutela urgente del minore e garanzia del contraddittorio

Per quel che riguarda il primo profilo indicato, va ricordato che il giudice della famiglia è titolare ai sensi dell’art. 337 *octies*, comma 1, c.c. di un generale potere di provvedere in via provvisoria ed urgente alla determinazione (anche in via modificativa o specificativa) delle condizioni di affidamento dei figli minori; previsione, quella poc’anzi ricordata, che deve essere letta in coordinato disposto con altre disposizioni particolari, quali gli artt. artt. 708, comma 3, 709, comma 4, 709 *ter*, comma 1, 710, comma 3, 189 disp. att. c.p.c. e 4, comma 8, l. div.²

Come riconosciuto espressamente in via preliminare in alcuni provvedimenti giudiziali, dunque, le istanze dirette ad ottenere la sospensione immediata ed urgente del diritto alla frequentazione del genitore non collocatario o la repressione delle condotte ostacolanti il diritto in questione vanno senz’altro ricondotte alle controversie sottratte alle regola generale del rinvio «d’ufficio» delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti e della sospensione dei termini per il

² Sul punto cfr. anche N. Giallongo-A. Proto-Pisani, *Brevi note su Costituzione e provvedimenti conseguenti alla epidemia da coronavirus*, in www.judicium.it, secondo cui «relativamente alla tutela familiare e dei rapporti con i figli, vi è sempre la possibilità di ricorrere al Tribunale dei Minorenni ove ne ricorrano gli estremi al procedimento previsto dall’art. 336 c.c. e al giudice ordinario ai sensi dell’art. 700 (se del caso in via alternativa o cumulativa all’anticipazione dell’udienza *ex* art. 708, 709 e 709 *ter* c.p.c.); non senza dimenticare che l’art. 700 è norma generale di chiusura per la tutela di diritti a contenuto e/o funzione non patrimoniale, e al compito che tutt’oggi assolve nell’assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali delle persone, ove non ricorrano procedimenti sommari tipici».

compimento di «qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali» ai sensi del comma 3, lett. a), dell'art. 83 d.l. n. 18 del 17 marzo 2020³.

Occorre anche ricordare che la natura cautelare o *lato sensu* cautelare del potere-dovere poc'anzi ricordato⁴ consente l'applicazione diretta o analogica dell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c.,

Come era prevedibile, peraltro, stante la notoria esigenza di provvedere con la massima tempestività alla soluzione delle controversie civili minorili soprattutto in riferimento ai casi di cui qui si discute, la giurisprudenza ha fatto sovente ricorso alla possibilità di pronunciarsi sull'istanza avanzata *inaudita altera parte*.

³ In realtà il disposto dell'art. 83, comma 3, lett. a), d.l. n. 18/2020, norma assai mal formulata, non comprende espressamente nel novero delle controversie ivi prese in considerazione le cause relative alla determinazione delle condizioni di affidamento o le controversie sull'esercizio della responsabilità genitoriale di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., ma ciononostante, sin dalla prima formulazione della norma, figuravano nel disposto della previsione menzionata i «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona», nonché, previa dichiarazione giudiziale di urgenza, «tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti». Sul punto specifico non ha apportato significative innovazioni la legge di conversione n. 27 del 24 aprile 2020. L'art. 3 del d.l. n. 28 del 30 aprile 2020, tuttavia, nel modificare la previsione in questione, ora dispone in termini più chiari e generali che le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano con riguardo alle «cause relative alla tutela dei minori». Sul tema, v. i giusti rilievi di F. Danovi, *Perché la giustizia familiare non può attendere i tempi del virus*, in *www.ilsole24ore.com*; M.G. Civinini, *Questo divorzio s'ha da fare*, in *www.questionegiustizia.it*. Per rilievi di ordine più generale sui profili processualciviltistici delle norme introdotte dal c.d. decreto «Cura Italia», v. 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 *www.judicium.it*; A. Panzarola-M. Farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *www.giustiziavivile.com*.

⁴ Come noto si discute se i provvedimenti resi in via provvisoria ed interinale nei giudizi di separazione e divorzio – e più in generale nei processi che hanno ad oggetto la determinazione delle condizioni di affidamento dei figli minori – abbiano o meno natura cautelare. Sul tema, anche per i dovuti riferimenti, v. C. Cecchella, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 59 ss.; nonché il nostro *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, 244 ss.

Tale soluzione, come detto consentita dall'ordinamento, va senz'altro condivisa, ma espone alcuni profili critici con riguardo al rispetto del principio del contraddittorio.

Sul punto è opportuno formulare alcune brevi puntualizzazioni.

È bene, infatti, tener conto di due distinti fattori: *a)* nelle controversie familiari e soprattutto nelle fattispecie poste all'attenzione della giurisprudenza nel periodo emergenziale la cognizione è spesso solo sommaria e superficiale in quanto – praticamente – non ripetibile in forme piene ed ordinarie in tempo utile; *b)* quando si decide dei diritti dei figli minori in materia di affidamento il carattere dispositivo del processo è in gran parte attenuato dalla natura anche pubblicistica dell'interesse sostanziale tutelato.

Entro questa cornice, dunque, assume un rilievo assolutamente primario ai fini dell'effettivo funzionamento del contraddittorio e dell'adozione di una decisione «giusta» il potere del giudice di interloquire liberamente con le parti per chiedere chiarimenti, venire a conoscenza di circostanze di fatto non allegare dalle parti, condurre la discussione sugli aspetti ritenuti dal giudice maggiormente rilevanti ai fini della decisione, trarre argomenti di prova dal contegno e dalle risposte delle parti stesse⁵.

In altri termini, l'immediato e non filtrato contatto giudice-parti assume in queste particolari controversie, ancor più quando la cognizione è necessariamente sommaria, un valore imprescindibile.

È evidente, d'altro canto, che l'attuale contesto emergenziale ha reso assai difficoltosa l'attuazione del principio appena ricordato; circostanza, quella appena indicata, che ben emerge dalla lettura dei provvedimenti giudiziali che si sono occupati di recente del problema.

Così, per esemplificare, in alcuni casi il giudice si è pronunciato sull'istanza senza poi instaurare il contraddittorio con la controparte, nemmeno in forma scritta, o fissando la successiva udienza così in là nel tempo da renderla sostanzialmente inutile⁶.

⁵ Cfr., sul punto, le *Linee guida per i procedimenti in materia di diritto di famiglia nella fase di emergenza COVID-19* predisposte dal CNF. Sul tema delle diverse modalità di svolgimento dell'udienza – anche, ma non solo – nel periodo emergenziale, v. F. Valerini, *In difesa dell'udienza da remoto*, in www.judicium.it.

⁶ Cfr. T. Vasto, 2 aprile 2020; T. Milano, 10 marzo 2020; così, sostanzialmente,

Eppure dalla lettura dei provvedimenti ben emerge l'esigenza poc' anzi rappresentata.

Si pensi al caso in cui le ragioni del rigetto dell'istanza proposta consistevano anche nell'incertezza circa alcune circostanze di fatto non chiarite dal ricorrente e – plausibilmente – rilevate d'ufficio dal giudice; circostanze rispetto alle quali era doveroso – anche in ragione del già menzionato interesse pubblicistico sotteso alla tutela dei diritti del minore – sollecitare il contraddittorio tra le parti al fine di consentire al ricorrente di integrare le allegazioni e la documentazione poste a fondamento dell'istanza⁷.

In altri casi, invece, concessa o meno la tutela richiesta *inaudita altera parte*, si è disposta la discussione tra le parti in udienza, ma nella forma figurata di cui all'art. 83, comma 7, lett. *b*), d.l. n. 18/2020⁸, cioè mediante trattazione scritta, condizionando talora lo svolgimento dell'udienza in modalità da remoto *ex art. 83, comma 7, lett. f*), alla richiesta avanzata da parte dei difensori delle parti⁹.

In un caso, in soli dieci giorni dal deposito del ricorso, il tribunale ha provveduto *inaudita altera parte* all'accoglimento dell'istanza, ha concesso breve termine alla controparte per la costituzione in giudizio e si è nuovamente pronunciato all'esito del contraddittorio cartolare, modificando la decisione previamente assunta e fissando – poi – una successiva udienza per riesaminare la condizione del minore alla luce dell'evolversi della situazione sanitaria nelle forme previste dall'art. 83, comma 7, lett. *f*), d.l. n. 18/2020¹⁰.

anche T. Bolzano, 4 aprile, 2020; cfr. anche T. Trento, 31 marzo 2020, che invece ha disposto la notificazione del decreto alla controparte concedendo alla stessa termini per il deposito telematico della memoria difensiva e documenti.

⁷ Cfr. ancora T. Vasto, 2 aprile 2020, nella parte della motivazione in cui si osserva che nel caso di specie «non è verificabile se la minore si esponga a rischio sanitario, tenuto conto: a) che il padre proviene da un luogo ad alto tasso di contagio virale; b) che non è dimostrato che lo stesso abbia rigorosamente rispettato le prescrizioni imposte dalla normativa vigente; c) che non è chiaro se nell'abitazione di destinazione siano presenti altre persone, oltre al ricorrente».

⁸ Cfr. T. Terni, 3 marzo 2020; T. Treviso, 3 aprile 2020.

⁹ Cfr. T. Terni, 3 marzo 2020.

¹⁰ T. Lecce, 9 aprile 2020.

3. Diritto alla salute e diritto alla bigenitorialità

Nel merito l'*iter* decisorio seguito da una parte della giurisprudenza si è sviluppato attorno a due principali questioni, ovvero la soluzione del potenziale conflitto tra diritto alla salute e diritto di visita del genitore non collocatario, nonché la valutazione del grado di incidenza dei divieti di circolazione imposti dalla normativa emergenziale sulle modalità di frequentazione dello stesso da parte del figlio minore.

Per quel che riguarda il primo profilo, nonostante anche di recente si sia incredibilmente negata la rilevanza costituzionale del diritto alla bigenitorialità¹¹, la giurisprudenza che ha assunto come questione decisiva la soluzione del conflitto tra i due diritti indicati¹² ha comunque attribuito ad entrambi il carattere di diritti fondamentali di rango costituzionale, ritenendo tuttavia il primo – ovvero il diritto alla salute del minore – «assolutamente prevalente»¹³.

L'errore compiuto dall'orientamento giurisprudenziale in questione risiede evidentemente nell'assumere come questione decisiva la determinazione – sostanzialmente in astratto – del rapporto di prevalenza di uno dei due diritti menzionati sull'altro. Posto in questi termini, infatti, il problema è già praticamente risolto. Ma invero questo modo di ragionare dà per scontato che la frequentazione del genitore non collocatario sia di per sé potenzialmente lesiva del diritto alla salute del figlio, in quanto potrebbe esporre il minore al rischio di contagio¹⁴.

Non è un caso che in molte di queste pronunce al passaggio argomentativo suddetto ne sia subito seguito un altro, ovvero il prendere atto del divieto di circolazione imposto dalla normativa emergenziale.

Esemplare a tal riguardo è il provvedimento in cui, con una motivazione eufemisticamente succinta, «preso atto dei divieti alla circolazione imposti dalla normativa nazionale e regionale» ed «osservato che per le *visite* i minori dovrebbero spostarsi dall'abitazione materna do-

¹¹ Cfr. V. Cianciolo, *Vengo anch'io. No tu no...*, Nota a Tribunale di Milano, IX Sez., decr. 11 marzo 2020, in www.osservatoriofamiglia.it.

¹² Cfr. T. Bari, 27 marzo 2020;

¹³ Così, T. Bari, 27 marzo 2020; cfr. anche T. Vasto, 2 aprile 2020.

¹⁴ Cfr., infatti, i rilievi presenti in T. Napoli, 26 marzo 2020; App. Bari, 26 marzo 2020; T. Bolzano, 4 aprile, 2020.

ve [...] *vivono* a quella paterna», si ritiene che «la disciplina delle visite non preveda più lo spostamento dei minori»¹⁵.

Quanto appena riportato costituisce una perfetta rappresentazione di come venga inteso il diritto alla bigenitorialità da una parte della giurisprudenza e come tale è molto utile per svelare le ipocrisie che costantemente affiggono questa delicata tematica.

I figli *vivono* con un genitore e *visitano* l'altro, sicché, coerentemente, se gli spostamenti sono vietati, le *visite* vanno sospese.

La scelta lessicale nasconde – come sempre nel diritto – una preliminare scelta di valore.

Che la figura del genitore collocatario sia di pura creazione giurisprudenziale, poiché non prevista dalla legge sull'affidamento condiviso, è cosa nota e che tale istituto porti con sé numerose conseguenze giuridiche è altrettanto noto.

Non è questa la sede per discuterne.

Ma se la manipolazione giurisprudenziale della disciplina sull'affidamento condiviso porta a configurare il rapporto di *frequenziazione* figlio-genitore non collocatario al pari di un diritto di visita si va ben oltre il consentito, poiché si viola l'essenza del diritto alla bigenitorialità.

In regime di affidamento condiviso, infatti, sebbene con tempi diversi, il figlio *vive* – nel significato più vero e profondo del termine – con entrambi i genitori, poiché questi sono la *sua famiglia*¹⁶.

Se questo semplice principio fosse chiaro a tutti, parti, difensori e giudici, la gran parte del contenzioso familiare verrebbe meno e accrescerebbe il benessere dei figli minori.

Sarebbe, inoltre, assai opportuno bandire dal lessico forense termini quali diritto di «visita» o «consegna» del minore, tutte opzioni

¹⁵ T. Napoli, 26 marzo 2020 (c.vo nostro), provvedimento, si precisa, che, stando ai fatti ivi riportati, non riguardava trasferimenti infracomunali.

¹⁶ Per ulteriori considerazioni critiche sulla giurisprudenza esaminata nel testo, v. E. Cerri, *Il diritto di visita del minore in tempi di Covid-19: un tardo risveglio*, in www.osservatoriofamiglia.it, che rappresenta «l'impressione che non sempre si sia compiuto ogni possibile sforzo al fine di compiere un ponderato bilanciamento tra diritti di pari rango costituzionale, laddove invero il diritto alla “vita familiare” trova ulteriore forza nell'art. 8 della C.E.D.U.».

linguistiche oramai incompatibili con l'attuale configurazione giuridica costituzionale e convenzionale dei diritti del minore.

Tornando all'esame della giurisprudenza sul punto, va dato atto che diverse pronunce hanno giustamente compreso che la soluzione di queste controversie non andava risolta sulla base di un astratta valutazione di prevalenza del diritto alla salute sul diritto alla bigenitorialità, bensì verificando in concreto se sussistessero o meno «specifici elementi di rischio»¹⁷.

Così, ad esempio, si è negato che la sola «frequentazione padre-figlio» sia sufficiente ad esporre il minore a pericolo¹⁸ o che il solo spostamento dei minori per passare da un'abitazione all'altra sia sufficiente ad alterare la «normalità» delle «relazioni familiari»¹⁹ e si osservato che tali elementi potrebbero sussistere in relazione alla specifica attività lavorativa prestata dal genitore o dall'utilizzo di mezzi di trasporto pubblici per raggiungere il minore o ancora dalla provenienza dalla c.d. zona rossa o da aree del Paese particolarmente esposte al contagio²⁰.

Con specifico riguardo all'ipotesi appena indicata, peraltro, parte della giurisprudenza ha escluso la sospensione del diritto alla frequentazione del genitore in presenza di certificazioni attestanti l'assenza di patologie in capo alla parte interessata²¹.

Ovviamente, le diverse soluzioni offerte dalla giurisprudenza in merito ai problemi appena indicati hanno inevitabilmente influito sul contenuto delle decisioni rese.

Così, in molti casi, si è sostituita la frequentazione – diremmo oggi – in presenza con chiamate telefoniche o videochiamate²².

¹⁷ Così, T. Terni, 3 marzo 2020, sebbene in riferimento ad una situazione di fatto assai complessa.

¹⁸ T. Roma, 7 aprile 2020.

¹⁹ T. Treviso, 3 aprile 2020; ma cfr. anche T. Milano, 10 marzo 2020, secondo cui l'art. 1, comma 1, lett. a) del DPCM n. 11 dell'8 marzo 2020, nella parte in cui autorizzava il rientro alla residenza o al domicilio non potesse essere preclusivo dell'attuazione delle disposizioni di affidamento dei figli minori.

²⁰ T. Torre Annunziata, 6 aprile 2020.

²¹ T. Lecce, 20 marzo 2020.

²² T. Napoli, 26 marzo 2020; App. Bari, 26 marzo 2020; T. Bari, 27 marzo 2020; T. Trento, 31 marzo 2020; T. Vasto, 2 aprile 2020; cfr. anche T. Terni, 3 marzo 2020.

Anche su questo piano, tuttavia, non sempre si è provveduto – come dovrebbe essere in questo ambito, specie in presenza di conflittualità genitoriale – con prescrizioni sufficientemente specifiche, ovvero con prescrizioni che «puntualizzino» la condotta doverosa anche in vista dell'applicazione delle sanzioni ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c.²³; misure, queste da ultimo indicate, che peraltro una recente – e speriamo rivedibile – decisione della Cassazione ha ritenuto non applicabili in ambito familiare²⁴.

Sotto questo profilo, comunque, merita menzione il provvedimento in cui si è disposto che il figlio minore possa avere colloqui telefonici in videochiamata senza la presenza o l'interferenza del genitore collocatario tutti i pomeriggi e senza limitazione di durata all'interno di un'ampia fascia oraria²⁵.

Alcune pronunce, inoltre, hanno opportunamente cercato di compensare la temporanea perdita della frequentazione del genitore non collocatario con la previsione di tempi di recupero al cessare dell'emergenza²⁶.

Anche questa soluzione merita approvazione, non tanto o solo nella prospettiva aritmetica del recupero del tempo perduto, bensì per la funzione rasserenante che possiede, agevolando la comprensione – da parte dei figli e dei genitori privati dei loro «spazi» ordinari – dei motivi di opportunità posti a fondamento di una scelta, che influisce sulle loro relazioni più intime e che, inevitabilmente, cade dall'alto.

Sempre procedendo all'esame delle decisioni in concreto assunte sulle istanze di tutela già più volte ricordate, occorre, infine, evidenziare un ulteriore profilo; anche questo non sempre sufficientemente preso in considerazione dalla giurisprudenza.

A tal riguardo, è bene ricordare che nei procedimenti diretti alla

²³ Sui diversi presupposti applicativi delle misure *ex art.* 614 *bis* c.p.c. rispetto a quelli delle sanzioni di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., v. il nostro *I provvedimenti*, cit., 132 ss.; nonché il recente contributo di A. Di Bernardo, *L'art. 614-bis c.p.c. nel diritto processuale della famiglia*, in *Rass. es. forz.*, 2019, 355 ss.

²⁴ Cfr. Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. dir.*, 2020, 332 ss., con nota condivisibilmente critica di B. Ficarelli, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*.

²⁵ T. Vasto, 2 aprile 2020.

²⁶ T. Bolzano, 4 aprile, 2020.

determinazione delle condizioni di affidamento, nonché nei procedimenti in cui si discute della loro corretta attuazione ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c. il giudice è titolare di quell'amplissimo potere-dovere determinativo del rapporto genitori-figli in generale previsto dall'art. 337 *ter*, comma 2, c.p.c.; potere, che deve essere esercitato nell'esclusivo interesse del minore anche svincolandosi dalle domande proposte dalle parti²⁷.

Avanzate le istanze di sospensione del diritto di frequentazione o di repressione delle relative condotte ostacolanti, dunque, era compito dei giudici non tanto e solo accogliere o rigettare siffatte istanze, seguendo un'asfittica logica binaria, bensì interrogarsi su come potesse essere rimodulata la frequentazione – non solo del genitore non collocatario, ma – di entrambi i genitori da parte del minore, tenuto conto delle circostanze e dell'esigenza di limitare i rischi di contagio e diffusione del virus in una prospettiva non unicamente individuale (del minore e dei genitori), ma anche collettiva (salute pubblica). Ed in tal senso, assai utile impiego poteva essere riservato al principio di proporzionalità come canone interpretativo generale che impone di garantire il soddisfacimento dell'interesse primario col minor sacrificio possibile degli interessi antagonisti²⁸.

A tal riguardo poche sono le decisioni che si sono orientate nella direzione appena indicata e tra queste vanno segnalate le pronunce che, con lo scopo di limitare gli spostamenti del minore tra diverse abitazioni, anziché sospendere la frequentazione del genitore non collocatario, hanno modificato i rispettivi tempi di permanenza, disponendo che il figlio trascorresse con ciascun genitore periodi più lunghi e meno frammentati rispetto a quelli ordinari con la previsione aggiunti-

²⁷ Sull'attenuazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in siffatti procedimenti giurisdizionali, v. E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, 171 ss.; F. Danovi, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 728 ss.; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2019, 322 s.

²⁸ Sul tema, in generale, v. S. Cognetti, *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; per un'attenta analisi dell'applicazione giurisprudenziale del principio da parte del giudice amministrativo, v. invece S. Villamena, *Proporzionalità e «governo del territorio»*, *Tecniche di controllo nella giurisprudenza amministrativa recente*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, II, 157 ss.

va che, durante detti periodi, il figlio avrebbe mantenuto contatti con l'altro genitore mediante videochiamate giornaliere²⁹.

4. Considerazioni conclusive

Come il lettore avrà notato, nelle riflessioni sinora formulate non si è mai dato valore preminente alle pur diverse prescrizioni normative³⁰, che, di volta in volta, hanno limitato la circolazione all'interno del territorio nazionale.

Questa scelta è stata determinata dalla netta impressione che sull'esito delle decisioni giurisprudenziali abbiano molto influito scelte di valore in gran parte riconnesse al diverso modo di intendere il diritto alla bigenitorialità. E peraltro era fondamentale questo lo scopo del presente scritto, ovvero evidenziare come il diritto alla bigenitorialità, nonostante la sua primaria rilevanza costituzionale, viva di prassi giurisprudenziali differenziate da foro a foro. Come già rimarcato in altra sede, è questa una naturale conseguenza derivante da una disciplina normativa eccessivamente indeterminata e come tale di dubbia legittimità costituzionale³¹.

È pur vero, d'altro canto, che la varietà di soluzioni giurisprudenziali offerte sul tema è stata causata anche dall'imperfetta formulazione dei provvedimenti di contenimento del rischio pandemico via via adottati nel tempo, della cui legittimità costituzionale di ordine formale e/o sostanziale non si è mai peraltro discusso in ambito giurisprudenziale; provvedimenti caratterizzati da regole non univoche e lacunose in ragione dell'evidente circostanza del non esser stati concepiti tenendo a mente anche il problema dei trasferimenti dipendenti dall'attuazione di provvedimenti giudiziali di affidamento dei figli minori.

Così, nel momento in cui i divieti di spostamento venivano estesi a

²⁹ T. Verona, 27 marzo 2020; T. Lecce, 9 aprile 2020; in questo senso, v. anche M.G. Civinini, *Questo divorzio s'ha da fare*, cit.

³⁰ Per un'attenta analisi, v. C. Silvestri, *Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*

³¹ Cfr. il nostro *Sulla natura delle decisioni rese nell'interesse dei figli minori nei giudizi sull'affidamento condiviso e de potestate*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1067 ss.

tutto il territorio nazionale, si autorizzava il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza³², ma tale previsione non era evidentemente riferita ai continui trasferimenti tra abitazioni derivanti dall'attuazione del diritto di frequentazione. Così anche quando si provvedeva a chiarire che nei giorni festivi e prefestivi erano vietati gli spostamenti verso abitazioni diverse dalla principale, comprese le seconde case utilizzate per vacanza³³.

Comprensibilmente, dunque, si è osservato che l'introduzione del divieto di spostamento tra diversi comuni, salvo la presenza di comprovate esigenze lavorative, motivi di salute o situazioni di «assoluta urgenza»³⁴, avrebbe determinato il divieto di varcare il confine comunale, impedendo – eventualmente – anche il ritorno del minore all'abitazione del genitore collocatario³⁵.

Formulate queste ultime precisazioni, preme dire che nel momento in cui si scrive sta per iniziare la c.d. fase 2, ovvero il percorso di progressivo ed auspicabile allentamento delle misure di contenimento del virus.

Stando all'art. 1, comma 1, lett. a), del d.P.C.M. 26 aprile 2020, dunque, dal 4 al 17 maggio saranno consentiti gli spostamenti all'interno della medesima regione quando «motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie».

Rimane, invece, fermo il divieto di spostarsi in una diversa regione se non in presenza di «comprovate esigenze lavorative, di assoluta necessità ovvero per motivi di salute» o per far rientro «presso il proprio domicilio, abitazione o residenza».

I problemi sembrano, dunque, in via di superamento, salvo non

³² Cfr. l'art.1 del d.P.C.M. 9 marzo 2020, in coordinato disposto con l'art. 1, comma 1, lett. a) del d.P.C.M. 8 marzo 2020.

³³ Cfr. l'art. 1, comma 1, lett. d) dell'ordinanza del Ministero della salute del 20 marzo 2020.

³⁴ Cfr. l'art. 1, comma 1, lett. b), d.P.C.M. 22 marzo 2020.

³⁵ Così, C. Silvestri, *Chiaroscuri*, cit., 9.

voler far gravare sulla corretta interpretazione ed attuazione di siffatte previsioni i preconcetti di cui si è dato conto.

Con riguardo alla prima ipotesi, ad esempio, ovvero agli spostamenti infraregionali, se si dovessero portare sino alle estreme conseguenze i principi espressi dalla giurisprudenza più restrittiva, occorrerebbe ritenere che il genitore non collocatario, come una sorta di «congiunto» ai sensi della disposizione poc'anzi citata, potrebbe sì rivedere i figli, ma con l'osservanza delle regole ivi previste: divieto di assembramento, distanziamento interpersonale di almeno un metro, utilizzo di protezioni delle vie respiratorie.

Soluzione, questa da ultimo indicata in chiave volutamente provocatoria, che non pare possa essere sostenuta anche sulla base della disciplina degli spostamenti ultraregionali.

In questo caso, infatti, che interessa i genitori non collocatari che periodicamente si recano in altra regione per frequentare i figli, si potrà far leva – ferme le precisazioni poc'anzi formulate – sul diritto al rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza, nonché sulla comprovata situazione di «assoluta necessità» derivante dal dover dare attuazione a provvedimenti giurisdizionali o atti a questi equiparati.

Riflessi della pandemia da Covid-19 sui contratti tra risoluzione e rinegoziazione

Giorgia Vulpiani

SOMMARIO: 1. Le misure di contenimento del contagio da Covid-19. – 2. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile. – 3. I riflessi della pandemia sui contratti del turismo – 4. Misure di contenimento del contagio da Covid-19 in Francia e sorte dei contratti di viaggio per cause eccezionali o di *force majeure*. – 5. I riflessi della pandemia sui contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura. – 6. Ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento. – 7. Rinegoziazione del contratto nel contesto emergenziale da Covid-19. – 8. Prime pronunce giurisprudenziali in tema di riflessi della pandemia da Covid-19 sui contratti.

1. Le misure di contenimento del contagio da Covid-19

La diffusione del virus SARS-CoV-2 (Coronavirus, COVID-2019) ha comportato l'emanazione di drastiche misure di contenimento del contagio a livello globale.

Nel nostro ordinamento, a seguito della dichiarazione dello «stato di emergenza¹ in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» della durata di sei mesi dalla data del provvedimento (dunque fino al 31 luglio

¹ È noto come la nostra Carta Costituzionale non preveda lo «stato di emergenza», ma solo «lo stato di guerra» che deve essere deliberato dalle Camere, le quali conferiscono al Governo i poteri necessari (art. 78 Cost.). Ciò a differenza delle Costituzioni di altri Paesi europei, come ad es. la Costituzione francese, ove all'art. 16 Cost. si prevede che «Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances [...]».

2020)² su tutto il territorio nazionale, proclamato con la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020³ – in base agli artt. 7, co. 1, lett. c) e 24, co.1, dlgs. 2 gennaio 2018, n. 1 – si sono, infatti, susseguiti numerosi provvedimenti volti alla gestione dell'emergenza sanitaria in atto⁴, a partire dal decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6, convertito con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020 n. 13⁵, in forza del quale sono stati emanati ulteriori decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze e decreti di diversi Ministeri, delle Regioni e dei Comuni.

Le disposizioni emanate, al fine di tutelare la salute pubblica, hanno compresso diversi diritti individuali e collettivi costituzionalmente garantiti (libertà personale, di circolazione, di riunione, di impresa)⁶,

² Successivamente prorogato prima al 15 ottobre 2020, poi al 31 gennaio 2021 e al 30 aprile 2021.

³ Pubblicata in G.U. 1 febbraio 2020. Sempre il 31 gennaio, in Francia, è stato emanato, in applicazione dell'art. 16-10-1 code de la sécurité sociale (il quale prevede che «Lorsque la protection de la santé publique le justifie, en cas de risque sanitaire grave et exceptionnel, notamment d'épidémie, nécessitant l'adoption en urgence de règles de prise en charge renforcée des frais de santé ainsi que des conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèce, dérogatoires au droit commun, celles-ci peuvent être prévues par décret, pour une durée limitée qui ne peut excéder une année»), il décret n. 2020-73 «portant adoption de conditions adaptées pour le bénéfice des prestations en espèces pour les personnes exposées au coronavirus», successivamente modificato dal décret n. 2020-277 del 19 marzo 2020. Tuttavia, in Francia l'*état d'urgence sanitaire* è stato proclamato il 23 marzo 2020, con la Loi n. 2020-290, Gli Stati Uniti hanno invece dichiarato *the national health emergency* il 13 marzo. Mentre il 26 marzo, il Regno Unito ha provveduto ad emanare "the Health Protection (Coronavirus) regulations" che ha stabilito restrizioni e chiusure per il periodo di emergenza sanitaria. Per un'analisi sulla risposta delle Organizzazioni Internazionali alla pandemia, v. P. Acconci, *Responses of international Organizations to health emergency due to Covid-19. A first impression*, in *Riv. dir. int.*, 2020, 415.

⁴ In arg., in senso critico, v. le riflessioni 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 ad 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*, 23 marzo 2020.

⁵ Pubblicato in G.U. n. 61 del 9 marzo 2020.

⁶ Per un approfondimento sul tema, v. *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo, in *federalismi.it*. V. anche, A. Celotto, *Libertà "limitate" e ruolo del Parlamento*, in *Giustiziacivile.com*, 30

incidendo notevolmente sull'ordinario svolgimento di taluni rapporti obbligatori e sull'esecuzione dei contratti.

Diversi dubbi si sono posti, ad esempio, sul destino di contratti di vario tipo (trasporto, ospitalità, pacchetti turistici, locazione) e sulla responsabilità da ritardo o inadempimento della prestazione.

In questo contesto eccezionale, il Governo ha emanato una serie di provvedimenti d'urgenza volti a temperare le conseguenze negative di questa drammatica situazione emergenziale⁷.

marzo 2020; L.M. Tonelli, *Diritti fondamentali, emergenza e costituzione ai tempi della Covid-19. Alcune brevi riflessioni e prospettive di (necessaria) riforma della Costituzione*, in *Judicium*, 31 marzo 2020; V. Amendolagine, *Le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per ragioni sanitarie*, in *Giustiziacivile.com*, 30 aprile 2020; A.R. Rizza, *Perché i Dpcm sul covid non sono incostituzionali?*, in *Giustiziacivile.com*, 5 maggio 2020; G. Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*, in *Il diritto della pandemia*, a cura di E. Calzolaio, M. Meccarelli, S. Pollastrelli, Macerata, 2020, 29 ss.; A. Cassini, *Le norme di contrasto al contagio tra funzione sociale ed efficacia giuridica*, ivi, 35 ss.; M. Stronati, *Il diritto di riunione e associazione in tempi di emergenze*, ivi, 46 ss. V. anche la recente sentenza Cons. Stato, 30 marzo 2020, n. 2825.

⁷ V., con riferimento alle disposizioni relative ai contratti, C. Berti, *Il fatto storico covid-19 come criterio di riqualificazione dell'atto e del rapporto*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 578; F. Di Marzio, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020; F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020; A. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020; V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; Id., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al temo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; F. Benatti, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 198; M. Francanzani, *Per una Giustizia Civile, Aristotele oltre Hobbes e Rousseau*, in *Giustiziacivile.com*, 6 aprile 2020; R. Di Raimo, *Le discontinuità che seguono I grandi trauma: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020; C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; M. Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normative sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020; E. Damiani, *Le tutele civilistiche per i contratti iniqui stipulate a causa della diffusione del coronavirus*, *Judicium*, Maggio 2020; A.A. Dolmetta, *Misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art.*

Tali interventi si incentrano particolarmente sulla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1463 c.c.

Tuttavia il 16 maggio 2020, il Governo ha emanato il d.l. n. 33⁸, convertito dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, che ha sospeso, a partire dal 18 maggio 2020, le misure restrittive della libertà di movimento delle persone all'interno delle Regioni dove vivono e, a partire dal 3 giugno, anche al di fuori del confine regionale e dei confini nazionali, benché solo all'interno dei Paesi dell'Unione Europea.

Con il dpcm dell'11 giugno, si è precisato che, fatte salve alcune limitazioni disposte per specifiche aree del territorio nazionale di cui all'art. 1, co. 3, d.l. n. 33/2020 e in relazione alla provenienza da specifici stati *ex art. 1, co. 4, d.l. n. 33/2020*, non sono soggetti ad alcuna limitazione gli spostamenti da e per gli Stati membri dell'UE, gli stati Schengen, Regno Unito, Irlanda del Nord, Andorra, Principato di Monaco, Repubblica di San Marino e Città del Vaticano, permanendo, tuttavia, il divieto di spostarsi in altri Paesi fino al 30 giugno, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza e motivi di salute e il rientro presso il proprio domicilio o residenza.

Il dpcm 11 giugno ha, inoltre, prorogato fino al 30 giugno 2020, il divieto di spostamento per gli Stati terzi – sempre salvo comprovate

91, comma 1, d.l. n. 18/2020), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 151; E. del Prato, *Covid-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Nonperformance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, supplemento digitale 3/2020, p. 64. A. Fachechi, *Stato di emergenza attenzione, del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 1103. Con riferimento ai contratti del turismo, v. S. Pollastrelli, *Trasporti e turismo nell'emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri*, in *Il diritto della pandemia*, cit., 105 ss. Analizza i riflessi della pandemia sui contratti con una prospettiva internazionale, Aa.VV., *Derecho de los Desastres: COVID-19*, tomo II: Estudios Internacionales, Lima, 2020, nel quale sono presenti i seguenti contributi: G. Alpa, *Remarks on the effects of pandemic on long-term contracts*, 1295; C. Scognamiglio, *Legislatore e Giudice nel governo delle sopravvenienze contrattuali originate dalla pandemia COVID-19*, p. 1309; P. Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19*, 1325.

⁸ D.l. 16 marzo 2020, n. 33 «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», in G.U. 16 maggio 2020 n. 125. Il Governo ha inoltre emanato il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 c.d. Decreto Rilancio «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», in G.U. 19 maggio 2020, n. 128.

esigenze lavorative, assoluta urgenza o motivi di salute – e imposto l’obbligo per chiunque entri in Italia di:

- consegnare al vettore un’autodichiarazione indicante i motivi del viaggio, l’indirizzo dell’abitazione o dimora dove si svolgerà il periodo di sorveglianza sanitaria/isolamento fiduciario, il mezzo per raggiungerla e il numero di telefono;

- comunicare il proprio ingresso, anche in assenza di sintomi da Covid-19, al dipartimento di prevenzione dell’azienda sanitaria competente ed effettuare un periodo di isolamento di 14 giorni presso la dimora o abitazione indicata all’imbarco.

Nella raccomandazione del Consiglio dell’UE del 30 giugno 2020 n. 912/2020 si prevede poi che «Gli Stati membri dovrebbero revocare gradualmente e in modo coordinato la restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l’UE a partire dal 1° luglio 2020 per quanto riguarda le persone residenti in alcuni Paesi terzi⁹».

Tuttavia, con ordinanza del 30 giugno 2020, il Ministero della Salute ha prorogato le limitazioni di cui all’art. 6, co. 2, dpcm 11 giugno 2020 (ingresso da Paesi extraeuropei) fino al 14 luglio e consentito l’ingresso nel territorio nazionale, dal 1° al 14 luglio, dei cittadini di cui all’art. 6, co. 1, dpcm 11 luglio 2020 e dei loro familiari, dei cittadini di stati terzi soggiornanti di lungo periodo e dei cittadini di stati terzi residenti in alcuni Paesi¹⁰. In questi ultimi due casi resta l’obbligo di isolamento fiduciario per 14 giorni e gli altri obblighi previsti dal dpcm dell’11 giugno.

Il 7 agosto 2020 è intervenuto un ulteriore dpcm che ha vietato, fino al 7 settembre 2020, gli spostamenti da e per alcuni Stati indicati

⁹ I Paesi terzi originariamente indicati nell’Allegato 1 della Raccomandazione sono: Algeria, Australia, Canada, Corea del Sud, Georgia, Giappone, Marocco, Montenegro, Nuova Zelanda, Ruanda, Serbia, Thailandia, Tunisia, Uruguay e Cina (quest’ultima con condizione di reciprocità). Successivamente la lista è stata aggiornata dalla raccomandazione UE 2020/1052 del 16 luglio 2020 (che ha eliminato Montenegro e Serbia dall’elenco) e dalla Raccomandazione UE 2020/1144 del 30 luglio 2020 (che ha eliminato dall’elenco l’Algeria).

¹⁰ Art. 1, co. 2, lett. c), ord. 30 giugno 2020 del Ministero della salute prevede come Paesi terzi dai quali è consentito l’ingresso: Algeria, Australia, Canada, Georgia, Giappone, Montenegro, Marocco, Nuova Zeland, Ruanda, Serbia, Repubblica di Corea, Tailandia, Tunisia e Uruguay.

dal decreto stesso – salvo comprovate esigenze lavorative, assoluta urgenza, esigenze di salute e di studio, rientro presso domicilio, abitazione o residenza – e consentito l'ingresso ai cittadini di stati terzi soggiornanti di lungo periodo ai sensi della direttiva 2003/109/CE del Consiglio e loro familiari. Il decreto ribadisce gli obblighi di autodichiarazione e isolamento per i soggetti che entrano in Italia dai paesi indicati negli elenchi C, D, E, F dell'allegato 20 del dpcm.

Tali limitazioni sono state, poi, prorogate dal dpcm del 7 settembre 2020 fino al 7 ottobre e poi dal d.l. n. 125 del 7 ottobre fino al 15 ottobre¹¹. Sempre il 7 ottobre, il Ministro della Salute ha emanato un'ordinanza nella quale si prevede che a coloro che intendono fare ingresso in Italia e che nei 14 giorni precedenti hanno soggiornato o transitato in Belgio, Francia, Paesi bassi, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, Repubblica Ceca e Spagna si applicano le seguenti misure di prevenzione, alternative tra loro:

a) obbligo di presentazione al vettore dell'attestazione di essersi sottoposti, nelle 72 ore antecedenti all'ingresso in Italia, ad un test molecolare o antigenico, effettuato per mezzo di tampone e risultato negativo;

b) obbligo di sottoporsi ad un test molecolare o antigenico, da effettuarsi per mezzo di tampone, al momento dell'arrivo in aeroporto, porto o luogo di confine, ove possibile, ovvero entro 48 ore dall'ingresso nel territorio; in attesa di sottoporsi al test le persone sono sottoposte all'isolamento fiduciario presso la propria abitazione o dimora.

¹¹ Il d.l. n. 125/2020 (pubblicato in G.U. n. 248 del 7 ottobre 2020 ed entrato in vigore l'8 ottobre 2020) ha, inoltre, prorogato lo stato di emergenza fino al 31 gennaio 2021 e previsto «l'obbligo di avere sempre con sé dispositivi di protezione delle vie respiratorie, con possibilità di prevederne l'obbligatorietà dell'utilizzo nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private e in tutti i luoghi all'aperto a eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi, e comunque con salvezza dei protocolli e delle linee guida anti-contagio previsti per le attività economiche, produttive, amministrative e sociali, nonché delle linee guida per il consumo di cibi e bevande, restando esclusi da detti obblighi: 1) i soggetti che stanno svolgendo attività sportiva; 2) i bambini di età inferiore ai sei anni; 3) i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina, nonché coloro che per interagire con i predetti versino nella stessa incompatibilità». Lo stato di emergenza è stato nuovamente prorogato fino al 30 aprile 2021 dal d.l. n. 2 del 14 gennaio 2021.

Successivamente, il 13,18 e il 25 ottobre 2020 il Governo ha emanato ulteriori dpcm, ai cui artt. 4, 5, 6, vengono sostanzialmente ribadite le limitazioni per i rientri in Italia dall'estero e gli obblighi di autodichiarazione, isolamento fiduciario e sottoposizione ai test molecolari¹². Infine, a partire dal dpcm del 3 novembre 2020, le misure restrittive sono state modulate con la suddivisione dell'Italia per aree di criticità (regime differenziato per zone rosse, arancioni e gialle). Tale differenziazione è stata confermata anche da successivi provvedimenti. Da ultimo, il d.l. 14 gennaio 2021 n. 2.

2. L' impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile

Prima di analizzare i riflessi sui contratti delle disposizioni emanate in ragione della situazione di emergenza epidemiologica da Coronavirus, occorre delineare brevemente la fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile alla parte.

È noto che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1463 e 1256 c.c., l'impossibilità sopravvenuta¹³ della prestazione per causa non imputabile alla parte – dovuta, dunque, a forza maggiore o caso fortuito – dia luogo alla risoluzione del contratto: la parte tenuta alla prestazione è liberata; la parte liberata non può chiedere la controprestazio-

¹² Più in particolare, all'art. 4 sono previste le limitazioni agli spostamenti da e per l'estero; all'art. 5 gli obblighi di dichiarazione in occasione dell'ingresso nel territorio nazionale dall'estero; all'art. 6 la sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario e obblighi di sottoporsi a test molecolare o antigenico a seguito dell'ingresso nel territorio nazionale dall'estero. Il dpcm del 13 ottobre è stato poi modificato dal dpcm del 18 ottobre 2020, che ha, ad esempio, previsto la possibilità per i sindaci di chiudere al pubblico, dopo le 21.00, strade o piazze nei centri urbani dove possono crearsi situazioni di assembramento e ha previsto la chiusura di bar e ristoranti alle ore 24.00, con obbligo di consumo al tavolo dopo le 18.00 e con un massimo di 6 persone a tavolo. Con il dpcm del 25 ottobre, invece, è stata imposta la chiusura di bar e ristoranti alle 18.00; misura adottata anche con provvedimenti successivi.

¹³ Se l'impossibilità fosse originaria il contratto sarebbe nullo (artt. 1346 e 1418 c.c.).

ne e deve restituire quella che abbia già ricevuto, secondo le norme della ripetizione dell'indebitato (artt. 2033-2040 c.c.).

La regola di cui all'art. 1463 c.c. è espressione del sinallagma funzionale, ovvero del principio di interdipendenza delle prestazioni nell'attuazione del contratto; interdipendenza che ha fondamento nella causa concreta del contratto, in quanto ogni prestazione ha un'importanza determinante al fine della sua realizzazione¹⁴. Il venir meno di una delle obbligazioni comporta, dunque, la risoluzione del contratto perché ne rende irrealizzabile la causa.

L'impossibilità, per essere liberatoria, deve avere carattere oggettivo, assoluto¹⁵, definitivo¹⁶, essere riferita ad una prestazione infungibile, essere anteriore all'inadempimento e alla mora e dipendere da causa non imputabile al debitore, cioè da forza maggiore, un fatto totalmente estraneo alla volontà del soggetto obbligato e ad ogni suo obbligo di diligenza¹⁷.

La giurisprudenza ha, infatti, più volte precisato che l'impossibilità

¹⁴ A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2019, 411; C.M. Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 2012, 400.

¹⁵ L'impossibilità parziale della prestazione non comporta la risoluzione, ma una riduzione della controprestazione, salvo il diritto di recesso della controparte che non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento ai sensi dell'art. 1464 c.c. Il recesso può essere esercitato dal creditore insoddisfatto finché il contratto non abbia avuto un inizio di esecuzione, in quanto l'accettazione parziale della prestazione parziale comporta la perdita del diritto di recesso, ma non del diritto alla riduzione della prestazione corrispettiva. In arg. M. Tamponi, *La risoluzione per impossibilità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, 1549.

¹⁶ L'impossibilità temporanea di per sé non risolve il contratto, ma esclude la responsabilità del debitore per il risarcimento del danno e per la mora. Estingue l'obbligazione se, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può essere più obbligato o il creditore non ha più interesse alla prestazione. V. P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, sub. Artt. 1230-1259*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 500; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, 937; C.M. Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, cit., 405.

¹⁷ G. Scalfi, *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1994, 10; R. Sacco, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta, Dig. priv.*, XVIII, Torino, 1998, 53; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 937. Se l'impossibilità fosse imputabile al debitore si rientrerebbe nell'inadempimento del debitore e, dunque, si attiverebbe il rimedio della risoluzione per inadempimento, con il conseguente obbligo del risarcimento del danno.

sopravvenuta, ai fini dell'esonero da responsabilità del debitore, deve consistere «non in una mera difficoltà, ma in un impedimento obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso e deve far riferimento alla prestazione contrattuale in sé e per sé considerata, e non a comportamenti di soggetti terzi rispetto al rapporto»¹⁸.

Si ritiene, peraltro, che al pari della forza maggiore, costituisca causa di esonero da responsabilità anche il provvedimento dell'autorità, c.d. *factum principis* – in cui rientrano senza dubbio le misure di contenimento del contagio da Covid-19 – proprio perché l'intervento dell'autorità sfugge alla sfera di controllo dell'obbligato.

Con particolare riferimento ai contratti del settore del turismo, si è affermato un orientamento che, facendo leva sul concetto di causa concreta¹⁹, ha sostenuto che «non solo la totale impossibilità soprav-

¹⁸ Così Cass., 20 maggio 2004, n. 9645, in *Contratti*, 2004, 1137. Nello stesso senso, *ex multis*, Cass., 21 gennaio 2020, n. 1167; Cass., 30 luglio 2019, n. 20544; Cass. 22 agosto 2018, n. 20908, tutte in *www.dejure.it*.

¹⁹ Concetto affermatosi a partire dalla sentenza Cass. Civ., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, 621 ss., con nota di F. Rimoldi, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*; in *Giust. Civ.*, 2007, I, 1985 ss., con nota di B. Izzi, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*; in *Corr. Giur.*, 2006, 1718 ss., con nota di F. Rolfi, *Le cause come "funzione economico sociale": tramonto di un idolum tribus?*; in *Rass. dir. civ.*, 2008, 564 ss. con nota di F. Rossi, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*; in *Riv. not.*, 2007, 180, con nota di C. Ungari Trasatti, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*. Si veda anche Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 448 ss., con nota di C. Di Leo, *Contratto di assicurazione e causa concreta*. La nozione di causa concreta è stata fortemente criticata da parte della dottrina, in modo particolare per l'uso che ne fa la giurisprudenza, quasi fosse una formula magica in grado di risolvere qualsiasi questione. In arg., V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 e Id, *Il contratto, cit.*, 364. Per un'analisi sul concetto di causa in concreto nella giurisprudenza, v. R. Catalano, *La causa contrattuale nell'«uso» della giurisprudenza*, in *Dir. e giur.*, 2011, 505; M. Martino, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in *Corr. Giur.*, 2013, 1441. Non solo la causa concreta è oggetto di aspra critica, ma lo è anche la stessa rilevanza del concetto di causa (con particolare riferimento alla causa della donazione, un autore ha sostenuto che nella donazione la forma solenne prescritta dall'art. 782 c.c. assorbirebbe la causa del contratto stesso, cfr. in questo senso G. Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1954, 80), tanto che, da più parti, se ne auspica la soppressione, in

venuta della prestazione (*id est*, della sua esecuzione, tale da costituire un impedimento assoluto ed oggettivo a carattere definitivo) integra una fattispecie di automatica estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto che ne costituisce la fonte ai sensi dell'art. 1463 c.c. e art. 1256 c.c., comma 1, in ragione del venir meno della relazione di interdipendenza funzionale in cui la medesima si trova con la prestazione della controparte [...], ma che lo stesso effetto consegue altresì alla impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore»²⁰.

armonia con i progetti di armonizzazione europea. In arg., v. U. Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di Diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 241 ss.; C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato sul contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, pp. 83 ss.; E. del Prato, *Requisiti del contratto, Art. 1325*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013, 35 ss. Si pensi a ciò che è formalmente accaduto in Francia con l'*ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, che eliminato la causa tra i requisiti del contratto, sostituendola con la generica nozione di *contenu licite et certain du contrat* (art. 1128 Code civil).

²⁰ Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, riguardante la risoluzione di un contratto di soggiorno presso un hotel, stipulato tra due coniugi e un'agenzia di viaggio per impossibilità di utilizzo della prestazione a causa del decesso di uno dei due coniugi, avvenuto il giorno prima della partenza, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 10531, con nota di S. Nardi, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in cui si analizza anche la notissima sentenza, Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315; in *Corr. Giur.*, 2008, 921, con nota di F. Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*; in *Contratti*, 2008, 786, con nota di L. Barbiera, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*. La citata sentenza si rifa alla precedente pronuncia Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 10531, con nota di S. Nardi, cit., in *Dir. turismo*, 2007, 375, con nota di G. Benelli, *La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza*; in *Giur. it.*, 2008, 857, con nota di C. Bartolucci, *Nota sulla definizione della causa del contratto*; in *Giur. it.*, 2008, 1133, con nota di B. Izzi, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio e rilevanza della finalità turistica*; in *Danno e resp.*, 2008, 845, con nota di L. Delli Priscoli, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*; in *Contratti*, 2008, 241, con nota di C. Cavajoni, *La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio*; in *Obbl. e contratti*, 2008, 13, con nota di F. Parola, *Recesso dal contratto di compravendita di pacchetti turistici e impossibilità di utilizzazione della prestazione*; in *Dir. marittimo*, 2009, 725, con nota di C. Rossello, *Nel contratto di viaggio tutto compreso la mancata realizzazione della finalità turistica comporta l'estinzione del contratto*. La notissima sentenza riguarda la risoluzione per impossibilità di utilizzo della prestazione del

Tale orientamento opera una distinzione solo concettuale tra la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione e la sopravvenuta impossibilità dell'esecuzione della prestazione, assimilandole

contratto di viaggio tutto compreso per il dilagare dell'epidemia di dengue emorragico a Cuba. In senso conforme, tra le più recenti, Cass., sez. I, 2 ottobre 2014, n. 20811; Cass., sez. VI, ord. 4 maggio 2015, n. 8867, in *Contratti*, 2015, 1100, con nota di M. Grondona, *Pacta sunt servanda, tutela della sfera esistenziale del contraente e costruzione del rimedio*, nella quale, tuttavia, pur rifacendosi al principio espresso nelle citate pronunce del 2007, ha affermato che un evento, pur gravissimo, come la malattia di un familiare del contraente, non incide come tale sulla possibilità di fruire della prestazione da parte di quest'ultimo (determinando così il mero disinteresse della parte a ricevere la prestazione, giuridicamente irrilevante ai fini del pagamento del prezzo di quanto dedotto in contratto), a meno che abbia cagionato al contraente un pregiudizio non patrimoniale costituzionalmente rilevante; Cass. Cass., sez. I, 10 luglio 2018, n. 18047, relativa alla risoluzione di un contratto di pacchetto turistico all inclusive per impossibilità di utilizzo della prestazione per causa non imputabile al creditore, il quale aveva dovuto rinunciare al viaggio per una grave ed improvvisa patologia, in *Guida al dir.*, 2018, 32, 35 e in *Diritto e processo*, 2018, 320, con nota di S.P. Cerri, *Irrealizzabilità del contratto di pacchetto turistico e causa in concreto*; Cass., sez. III, 29 marzo 2019, n. 8766, in *Corr. Giur.*, 2019, 717. Nella giur. di merito v., tra le più recenti, Trib. Firenze, sez. III, 22 maggio 2019, 1581; App. Napoli, sez. VII, 10 maggio 2019, n. 2529. Tale orientamento giurisprudenziale è stato fortemente criticato da parte della dottrina, v. V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 957 ss., il quale, riferendosi alla Cass. n. 16315/2007, evidenzia un difetto di coordinamento con la precedente Cass. n. 12235/2007, secondo la quale la frustrazione della causa concreta non determina l'estinzione dell'obbligazione, ma l'invalidità del contratto. L'A. sottolinea, inoltre, come la categoria della causa concreta, per come viene declinata e applicata nel caso della vacanza minacciata dal dengue, sconti un qualche grado di confusione con altre categorie meritevoli di essere tenute distinte e che l'errore della pronuncia sta nell'aver riferito la regola dell'art 1463 c.c. a casi di «impossibilità creditoria di utilizzazione della prestazione che nell'accezione appropriata sono quelli in cui l'impossibilità matura nella sfera soggettiva del creditore), mentre la fattispecie oggetto di decisione non è per nulla un caso siffatto. L'epidemia di dengue scoppiata a Cuba ostacola sì la regolare fruizione della prestazione, ma lo fa non alla stregua di fattore "soggettivo" (collocato cioè nella sfera del creditore), bensì alla stregua di fattore "oggettivo", che si colloca nella sfera della prestazione considerata in sé e per sé. Ed è precisamente questa "oggettività" che la rende rilevante ai fini della risoluzione del contratto». L'A. evidenzia, infine, che «con tutto questo la causa concreta non c'entra granché; e rischia piuttosto di offuscare gli appropriati termini del problema, distraendo l'interprete e allontanandolo dalla sua corretta impostazione». In senso critico si pone anche S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. notariato*, 2010, 1211 ss.

sul piano degli effetti. Infatti, l'impossibilità di utilizzazione della prestazione, comportando il venir meno dell'interesse creditorio, non può che determinare l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto del suo elemento funzionale. L'estinzione dell'obbligazione comporta allora la risoluzione del contratto, in quanto si sostanzia in una sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto stesso.

Il venir meno dell'interesse creditorio e della causa del contratto può, dunque, essere determinato anche dalla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione, qualora essa si presenti come non imputabile al creditore e oggettivamente incidente sull'interesse che risulta obbiettivato nel contratto.

L'impossibilità di utilizzazione della prestazione, pur se normativamente non disciplinata in modo espresso, costituisce, pertanto, un'autonoma causa di estinzione dell'obbligazione, essendo la prestazione divenuta inidonea a soddisfare l'interesse creditorio, rendendo, dunque, irrealizzabile la causa concreta del contratto. È bene, tuttavia, precisare che l'impossibilità di utilizzazione della prestazione deve incidere sull'interesse che rientra nel contenuto dell'obbligazione e non sui motivi che avevano indotto il creditore a concludere il contratto²¹.

Pertanto possiamo, senza dubbio, inquadrare l'attuale situazione di emergenza sanitaria da Covid-19, con tutte le conseguenze in termini di misure di contenimento e adempimento dei contratti, come una circostanza eccezionale, esterna, imprevedibile idonea a determinare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

3. I riflessi della pandemia sui contratti del turismo

Per quanto riguarda i contratti del turismo, il legislatore è intervenuto in un primo momento con l'art. 28 del decreto legge n. 9 del 2 marzo 2020 relativo ai contratti di viaggio e ai pacchetti turistici e con l'art. 88 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 con riferimento ai contratti di soggiorno. Tale normativa viene definita «di applicazione necessaria»,

²¹ C.M. Bianca, *Diritto civile, La responsabilità*, cit., 414 s.

ai sensi dell'art. 17 della l. 31 maggio 1995, n. 218 e dell'art. 9 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008.

Successivamente, il decreto legge n. 9 del 2 marzo 2020 è stato abrogato e, in sede di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, operata con la legge n. 27 del 24 aprile 2020, sono state inserite previsioni in tema di contratti di viaggio e pacchetti turistici introducendo un nuovo art. 88 *bis*²².

L'art. 28 del d.l. 2 marzo 2020 ha espressamente previsto che ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione di cui all'art. 1463 c.c. in relazione ai contratti di trasporto (aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre) stipulati da:

a) soggetti nei confronti dei quali è stata disposta «la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente», con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel medesimo periodo; b) soggetti «residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di allontanamento nelle aree interessate dal contagio», con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel medesimo periodo; c) soggetti «risultati positivi al Covid-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie», con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel medesimo periodo; d) soggetti che «hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio», individuate dai dpcm attuativi del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel periodo di efficacia dei predetti decreti; e) soggetti che «hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, so-

²² In arg. v. S. Pollastrelli, *Trasporti e turismo nell'emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri*, in *Il diritto della pandemia*, cit., 105 ss.; R. Santagata, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primo appunti*, in *Giustiziavivile.com*, 17 aprile 2020.

spesi o rinviati dalle autorità competenti», con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel periodo di efficacia dei predetti provvedimenti; f) soggetti «intestatari di titolo di viaggio, acquistati in Italia, avente come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da Covid-19».

Il decreto disciplina anche la procedura per il rimborso: comunicare al vettore il ricorrere di una delle situazioni sopra illustrate – allegando il titolo di viaggio e, in ipotesi di partecipazione a concorsi pubblici o manifestazioni, la documentazione attestante la partecipazione a tali eventi – entro trenta giorni a decorrere dalla cessazione della quarantena, dell'isolamento domiciliare o del ricovero; dall'annullamento, sospensione o rinvio del concorso o evento cui si doveva partecipare; dalla data prevista per la partenza verso Stati esteri dove sia stato impedito o vietato lo sbarco, approdo o arrivo.

Si prevede, inoltre, che il vettore, entro 15 giorni, debba procedere al rimborso del corrispettivo versato dal viaggiatore. Il vettore, sempre entro 15 giorni, potrebbe anche scegliere di emettere un voucher del valore dell'importo versato, da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Il decreto precisa, inoltre, che i viaggiatori hanno diritto al rimborso di quanto versato per impossibilità sopravvenuta *ex art.* 1463 c.c. anche se il titolo di viaggio è stato acquistato per il tramite di un'agenzia di viaggio.

Come si evince dalla Relazione al decreto legge n. 9/2020, si è ritenuto necessario emanare una norma *ad hoc* al fine di «assicurare il ristoro degli esborsi economici per l'acquisto di titoli di viaggio o di pacchetti turistici da soggetti che, in ragione degli eventi emergenziali, versano nell'impossibilità di usufruire delle correlate prestazioni».

La Relazione fa, inoltre, riferimento ai principi enunciati dalle note sentenze sulla risoluzione dei contratti di viaggio “tutto compreso” per impossibilità sopravvenuta della prestazione di cui all'art. 1463 c.c. nel cui ambito viene ricompresa l'impossibilità di utilizzazione della prestazione «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»²³.

Con riferimento ai contratti di trasporto con vettore aereo, si è posta una questione particolare riguardo l'applicabilità dell'art. 5 del Regolamento CE n. 261 del 2004 in seguito alla cancellazione di alcuni voli, in conseguenza delle misure di contenimento del contagio adottate dalle autorità²⁴. La norma in questione prevede che spetti una compensazione pecuniaria da parte del vettore aereo, in caso di cancellazione del volo, ai passeggeri che «siano stati informati della cancellazione del volo almeno due settimane prima dell'orario di partenza pre-

²³ Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.; Cass., sez. III, 24 luglio 2017, n. 16315, cit.

²⁴ Decreto 12 marzo 2020 n. 112 del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti che, in forza di quanto previsto all'art. 1, punto 5) del d.p.c.m. dell'11 marzo 2020 (secondo il quale il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministro della salute, può disporre, al fine di contenere l'emergenza sanitaria da Coronavirus, la programmazione, con riduzione e soppressione dei servizi automobilistici interregionali e di trasporto ferroviario, aereo, marittimo sulla base delle effettive esigenze e al solo fine di assicurare i servizi minimi essenziali), ha disposto la chiusura temporanea di alcuni aeroporti. Successivamente al decreto, l'ENAC ha emanato ulteriori disposizioni per gli aeroporti di aviazione generale e per le aviosuperfici, le elisuperfici e le idrosuperfici. Come si legge nel Comunicato stampa ENAC 20/2020 del 17 marzo 2020, sono consentiti i voli «motivati da comprovate esigenze lavorative, da situazioni di necessità o effettuati per motivi di salute, nonché i voli finalizzati al rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza». Il 17 marzo 2020 il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti ha emanato il decreto n. 120 in cui si prevede, all'art. 1, co. 1, che «al fine di contrastare il diffondersi dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 tutte le persone fisiche in entrata in Italia, tramite trasporto aereo, ferroviario, marittimo e stradale, anche se asintomatiche, sono obbligate a comunicare immediatamente il proprio ingresso in Italia al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, e sono sottoposte alla sorveglianza sanitaria e all'isolamento fiduciario per un periodo di quattordici giorni» e che, in caso di insorgenza di sintomi da Coronavirus sono obbligate a segnalarlo tempestivamente all'Autorità sanitaria. Si prevede, inoltre, che, in deroga a quanto previsto al primo comma, «esclusivamente per comprovate esigenze lavorative e per un tempo non superiore alle 72 ore», salvo motivata proroga, e persone fisiche in entrata in Italia tramite trasporto aereo, ferroviario, marittimo e stradale sono tenute a presentare una dichiarazione in cui si attesti di entrare esclusivamente per un'esigenza lavorativa e in cui si assuma l'obbligo di segnalare l'insorgenza di sintomi da Covid-19 al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente.

visto» o che «siano stati informati della cancellazione del volo nel periodo compreso tra due settimane e sette giorni prima dell'orario di partenza previsto e sia stato loro offerto di partire con un volo alternativo non più di due ore prima dell'orario di partenza previsto e di raggiungere la destinazione finale meno di quattro ore dopo l'orario d'arrivo previsto» o che «siano stati informati della cancellazione del volo meno di sette giorni prima dell'orario di partenza previsto e sia stato loro offerto di partire con un volo alternativo non più di un'ora prima dell'orario di partenza previsto e di raggiungere la destinazione finale meno di due ore dopo l'orario d'arrivo previsto».

Il terzo comma dell'articolo dispone, tuttavia, che il vettore aereo non sia tenuto al pagamento della compensazione pecuniaria ove riesca a dimostrare che «la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso». Sembra piuttosto ragionevole ritenere che l'attuale emergenza sanitaria da Coronavirus rientri nelle circostanze eccezionali che escludono l'obbligo per il vettore aereo di provvedere alla compensazione pecuniaria per la cancellazione del volo nei confronti dei passeggeri. In questo senso si è espresso anche l'Ente nazionale dell'Aviazione civile in un comunicato stampa²⁵ precedente all'emanazione del d.l. n. 9/2020, nel quale viene specificato che i passeggeri cui è stato cancellato il volo a causa delle restrizioni di prevenzione del contagio disposte dalle autorità non hanno diritto alla compensazione pecuniaria di cui all'art. 5 Regolamento CE n. 261/2004.

La stessa direzione è stata seguita dalla Commissione Europea che il 18 marzo 2020 ha pubblicato delle "Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation

²⁵ Comunicato Stampa n. 12/2020 del 29 febbraio 2020. A seguito dell'emanazione del d.l. n. 9/2020, l'ENAC ha, inoltre, precisato che in caso di pratiche commerciali scorrette attuate dal vettore nella procedura di rimborso, prevista dal citato decreto, occorre rivolgersi all'AGCM e nel caso in cui il rimborso venisse negato il passeggero possa inviare un reclamo all'ENAC, decorse sei settimane dalla presentazione della richiesta di rimborso al vettore, con lo scopo di avviare accertamenti dell'Ente a fini sanzionatori nei confronti del vettore aereo. Comunicati 9 e 11 marzo 2020.

with Covid-19”²⁶ che propongono un’interpretazione di quattro regolamenti europei applicabili in materia di trasporto.

Secondo le linee guida la pandemia e la situazione che ne è derivata sono qualificabili come circostanze straordinarie di natura tale da esonerare il vettore aereo dal versamento della compensazione pecuniaria prevista dal Regolamento CE n. 261/2004²⁷.

L’art. 28 del d.l. n. 9/2020 interviene anche in tema di contratti di pacchetto turistico.

In particolare, il quinto comma dell’art. 28 prevede che i soggetti che si trovano nelle condizioni previste al primo comma (soggetti in

²⁶ “Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19” C(2020) 1830, Bruxelles 18 marzo 2020.

²⁷ Più in particolare nel documento si afferma che «La Commissione ritiene che, laddove le autorità pubbliche adottino misure volte a contenere la pandemia di Covid-19, tali misure non siano, per loro natura e origine, inerenti al normale esercizio dell’attività dei vettori e sfuggano al loro effettivo controllo. L’articolo 5, paragrafo 3, fa venir meno il diritto alla compensazione pecuniaria se la cancellazione del volo "è dovuta" a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso. Questa condizione dovrebbe considerarsi soddisfatta qualora le autorità pubbliche vietino completamente determinati voli oppure vietino la circolazione delle persone in modo tale da escludere de facto l’effettuazione del volo in questione. La condizione può dirsi soddisfatta anche nel caso in cui la cancellazione del volo avvenga in circostanze nelle quali la circolazione delle persone non sia completamente vietata, ma limitata alle persone che beneficiano di deroghe (ad esempio i cittadini o i residenti del paese interessato). Nel caso in cui nessuna persona appartenente a questa categoria dovesse prendere un determinato volo, tale volo, se non cancellato, rimarrebbe vuoto. In situazioni del genere il vettore può legittimamente non aspettare fino all’ultimo, ma cancellare il volo in tempo utile (anche senza avere la certezza circa il diritto dei diversi passeggeri di viaggiare o no), in modo che possano essere prese tutte le opportune misure organizzative, anche in termini di assistenza ai passeggeri, alla quale il vettore è tenuto. In casi del genere, anche a seconda delle circostanze, la cancellazione può essere considerata “dovuta” alla misura adottata dalle autorità pubbliche. Di nuovo, a seconda delle circostanze, questo può valere anche per i voli in direzione opposta a quella dei voli direttamente interessati dal divieto di circolazione delle persone. Se una compagnia aerea decide di cancellare un volo e dimostra che la motivazione di tale decisione era la tutela della salute dell’equipaggio, anche tale cancellazione dovrebbe essere considerata "dovuta" a circostanze eccezionali. Le considerazioni che precedono non sono né possono essere esaustive perché anche altre circostanze specifiche connesse al Covid-19 possono rientrare nell’ambito di applicazione dell’articolo 5, paragrafo 3».

quarantena, residenti o domiciliati nelle aree interessate dal contagio, che hanno programmato soggiorni nelle aree del contagio) possano esercitare «il diritto di recesso dai contratti di pacchetto turistico da eseguirsi nei periodi di ricovero, quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6». Il d.l. 9/2020 fa espresso riferimento all'art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (Codice del Turismo), così come modificato dall' art. 1, co.1, del d.lgs. n. 62/2018, attuativo della Direttiva UE n. 2015/2302²⁸, che disciplina i casi in cui è consentito al viaggiatore il diritto di recesso dal contratto di pacchetto turistico prima dell'inizio della vacanza²⁹. In particolare, si prevede che il viaggiatore possa recedere dal contratto di pacchetto turistico «in ogni momento prima dell'inizio del pacchetto, dietro rimborso all'organizzatore delle spese sostenute, adeguate e giustificabili, del cui ammontare quest'ultimo fornisce motivazione al viaggiatore che ne faccia richiesta».

²⁸ In arg. v. M. Lopez de Gonzalo, *La nuova direttiva sui pacchetti turistici e la normativa internazionale e comunitaria in tema di trasporto di persone*, in *Dir. mar.*, 2016, 411 ss.; A. Zamponi, *La nuova direttiva sui servizi turistici*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017, 487 ss.; Id., *Riflessioni sulla direttiva (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati*, in *Dir. trasp.*, 2018, 1 ss.; F. Morandi, *The new European Regulation of Package Travel and Linked Travel Arrangements*, in *Dir. trasp.*, 2017, 99 ss.; S. Pagliantini, *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art.12 dir. 2015/2302 UE*, in S. D'Amico – S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, 147 ss.; G. Cassano, *Diritto del turismo*, Santarcangelo di Romagna, 2019, 180 ss.; E. Labella, *La natura della responsabilità del venditore di pacchetti turistici*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 581 ss.; E. Battelli, *Il nuovo "contratto di pacchetto turistico": ambito di applicazione oggettiva e rilievi intersistematici*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 487 ss.; F. Macioce, *Difetto di conformità, sopravvenuta impossibilità e responsabilità dell'organizzatore di viaggi*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 605 ss.

²⁹ Sulla tutela del turista, v., P. Stanzione e A. Musio, *I contratti relativi alla fornitura di servizi turistici*, in *La tutela del consumatore*, a cura di P. Stanzione, A. Musio, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XXX, Torino, 2009, 1 ss.; Id., *La tutela extragiudiziale nel sistema turistico*, Catanzaro, 2008, 1 ss.

Ma, il decreto del 2 marzo pone un'espressa deroga alla norma appena citata.

Si prevede, infatti, che nel caso in cui il turista eserciti il diritto di recesso, l'organizzatore possa scegliere tra tre alternative:

- a) offrire al contraente un pacchetto sostitutivo «di qualità equivalente o superiore»;
- b) «procedere al rimborso»;
- c) «emettere un voucher, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante».

Nel regime speciale, dunque, è l'organizzatore che, in caso di recesso da contratti di pacchetto turistico, dispone della facoltà di scegliere tra l'offerta al viaggiatore di un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, il rimborso integrale del corrispettivo versato o l'emissione di un voucher di importo pari al rimborso spettante, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione.

Per converso, il regime ordinario del codice del turismo sancisce il diritto del viaggiatore ad ottenere il rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto e l'organizzatore è dunque tenuto ad adempiere tale obbligo di restituzione nei confronti del proprio cliente.

Quanto previsto all'art. 28 trova ragione nell'interesse pubblico di contemperare, in virtù del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, da un lato gli interessi dei consumatori, e, dall'altro, le istanze di un comparto economico fra i più colpiti dall'emergenza sanitaria: l'inevitabile prolungata sospensione delle loro attività rende, infatti, difficoltoso – se non impossibile – reperire in breve tempo le risorse finanziarie necessarie ad ottemperare agli obblighi di rimborso. A tal fine, la disposizione speciale ha dunque concesso, mediante lo strumento del *voucher*, una dilazione temporale alle imprese turistiche nell'esecuzione delle prestazioni contemplate dal contratto. Tale scelta sembra porsi, tuttavia, in contrasto con gli scopi di tutela del consumatore della direttiva 2015/2302/UE che ha novellato l'art. 41, 4° comma del codice del turismo. Il comma 5 dell'art. 28 ha, infatti, messo in secondo piano gli interessi dei consumatori e il loro diritto al rimborso dei pagamenti effettuati, in favore di *voucher* sostitutivi. *Voucher* che non è detto che i consumatori, anch'essi esposti agli effetti economici del Covid-19, potranno effettivamente utilizzare entro un anno dall'emissione.

L'ultimo comma dell'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9 si occupa, invece, dei viaggi e delle iniziative di istruzione che sono stati sospesi con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e con i conseguenti provvedimenti attuativi³⁰. A tal riguardo il comma 7 dispone che in tali casi siano applicabili sia l'art. 41, co. 4, d.lgs. 79/2011, inerente il recesso dei pacchetti turistici, sia l'art. 1463 c.c. che dispone la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta. Conseguentemente, il soggetto che ha stipulato dei contratti di viaggio o pacchetti turistici per viaggi di istruzione può ottenere il rimborso del corrispettivo versato ovvero un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Come anticipato, il decreto n. 9 del 2 marzo 2020 è stato abrogato dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020 che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. «Cura Italia»).

La legge n. 27/2020 ha, però, introdotto nel d.l. convertito un nuovo art. 88 *bis*, riguardante i contratti di viaggio, i contratti di pacchetto turistico e i contratti di soggiorno, che ribadisce sostanzialmente quanto previsto all'art. 28 del decreto abrogato, ma con qualche aggiunta.

L'art. 88 *bis* prevede sempre il ricorrere della sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico stipulati dai soggetti sottoposti a misure di contenimento del contagio.

Quanto alla procedura, si prevede che i soggetti che si trovano nella condizione di cui al comma 1 del decreto (soggetti in quarantena, residenti o domiciliate nelle aree interessate dal contagio, che hanno prenotato soggiorni in aree interessate dal contagio o devono partecipare ad eventi nelle aree interessate al contagio) devono comunicarlo al vettore o al gestore dell'albergo o altra struttura, o agli organizzatori di pacchetti turistici, fornendo la documentazione di viaggio o altro documento attestante la partecipazione ad eventi o concorsi pubblici, entro 30 giorni dalla fine della quarantena, o ospedalizzazione, o dalla cancellazione, sospensione o rinvio dell'evento cui i viaggiatori avreb-

³⁰ Tra i quali, ad es., il D.p.c.m. 4 marzo 2020 che ha confermato la sospensione dei viaggi di istruzione, delle iniziative di scambio o gemellaggio, delle visite guidate e delle uscite didattiche programmate dalle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado fino al 3 aprile 2020.

bero dovuto partecipare o dal giorno della partenza prevista verso Stati dove è stato vietato l'ingresso. Il vettore o la struttura ricettiva, entro trenta giorni (dunque non più i 15 del decreto n. 9) dalla richiesta di rimborso, devono procedere al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio e per il soggiorno ovvero all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Viene quindi confermata, anche con la legge del 24 aprile n. 27 questa la facoltà di scelta tra rimborso integrale o *voucher* sostitutivo.

Diversamente da quanto previsto dal d.l. n. 9/2020 si prevede inoltre che il diritto di recesso possa essere esercitato dal vettore quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Anche qui il vettore ha facoltà di scelta tra *voucher* o rimborso.

Il comma quinto dell'art. 88 *bis* prevede invece che le strutture ricettive, le cui attività siano state sospese dalle misure di contenimento da Covid-19, possono scegliere tra tre opzioni: offrire al consumatore un servizio alternativo della stessa qualità o di qualità superiore o inferiore (in questo caso provvedendo inoltre al rimborso della differenza di prezzo); procedere al completo rimborso; emettere un *voucher* dello stesso importo, da usare entro un anno dall'emissione.

La stessa possibilità è prevista anche per i *tour operator*. La disciplina dei pacchetti turistici è contenuta, infatti, nel comma sesto dell'art. 88 *bis* con un testo in parte diverso dal comma 5 dell'art. 28, ma che in sostanza ripropone la scelta, in capo all'organizzatore, tra rimborso, pacchetto alternativo o *voucher*.

Con formula parzialmente diversa rispetto a quella del comma 5° dell'art. 28, si prevede, infatti, che l'organizzatore in alternativa al rimborso, può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o (addirittura) inferiore, con restituzione della differenza di prezzo, o può emettere un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante.

A differenza dell'art. 28 d.l. n. 9/2020, l'art. 88 *bis* dispone che, in espressa deroga dell'art. 41, co. 6, d.l.gs. 79/2011, il *tour operator*

deve procedere al rimborso o all'emissione del voucher entro 60 giorni³¹ dalla data della partenza prevista originariamente.

Si prevede, inoltre, che le agenzie di viaggio, come previsto dall'art. 41, co. 5 lett. b), d.lgs. 79/2011, possono esercitare il diritto di recesso dal contratto di pacchetto turistico quando la prestazione non può essere effettuata a causa delle misure di contenimento da Covid-19 e che devono provvedere, entro 60 giorni dalla data della partenza programmata, al completo rimborso o all'emissione di un *voucher* o all'offerta di un pacchetto sostitutivo della stessa qualità o di qualità superiore o inferiore (in questo caso provvedendo inoltre al rimborso della differenza di prezzo).

Una disposizione rilevante – assente nell'art. 28 – è contenuta al comma 12 dell'art. 88 *bis*, in cui si prevede espressamente che l'emissione dei *voucher* assolve agli obblighi di rimborso e, soprattutto, non richiede «alcuna forma di accettazione da parte del destinatario».

La situazione del turista non risulta, dunque, mutata, anzi l'art. 88 *bis* rimarca espressamente la deroga all'art. 41, volta a favorire i prestatori di servizi turistici rispetto al consumatore, cui viene sostanzialmente tolto il diritto al rimborso e imposta una prestazione alternativa, scelta dalla controparte, cioè un pacchetto di qualità pari o superiore o anche inferiore o un *voucher*.

La Commissione europea ha, tuttavia, inviato ad alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, una comunicazione³² ed una raccomandazione³³, in cui invita gli Stati a garantire al consumatore la libertà di scelta tra rimborso e *voucher*.

L'art. 88 *bis* del d.l. Cura Italia è stato criticato anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che ha inviato una

³¹ L'art. 41, co. 6, d.lgs. 79/2011 prevede, invece, che l'agenzia di viaggio debba procedere al rimborso senza alcun ritardo e, in ogni caso, entro 14 giorni a partire dal recesso.

³² Comunicazione della Commissione Europea C(2020) 1830 final del 18 marzo 2020 «Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19».

³³ Raccomandazione della Commissione C(2020) 3125 final del 13 maggio 2020 «relativa ai buoni offerti ai passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia Covid-19».

segnalazione a Governo, Senato e Parlamento, nella quale ha evidenziato il contrasto dell'art. 88 *bis* con la normativa europea e con la raccomandazione della Commissione del 13 maggio 2020. L'AGCM ha, inoltre, rilevato che affinché i voucher possano essere considerati una valida alternativa al rimborso in denaro, essi dovrebbero presentare alcune caratteristiche specifiche, come una copertura assicurativa per il possibile fallimento del tour operator o del vettore e il diritto al rimborso in denaro se alla scadenza del voucher il consumatore non avrà usufruito dello stesso³⁴.

Al fine di supportare il settore del turismo, forse tra i più danneggiati dalla situazione determinata dalla pandemia da Covid-19, il Governo ha, infine, emanato il decreto n. 34 del 19 maggio 2020 (c.d. «Decreto rilancio»)³⁵. In particolare, gli artt. 176-185 prevedono una

³⁴ Segnalazione dell'AGCM «in merito alle criticità della disciplina d'emergenza di cui all'art. 88 bis del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche dall'art. 1, comma 1, della legge 24 aprile 2020, n. 27, del 28 maggio 2020», inviata al Presidente del Senato, al Presidente della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri.

³⁵ D.l. 19 maggio 2020 n. 34 («Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19») pubblicato in G.U. 19 maggio 2020 n. 128. Il decreto, oltre a prevedere una serie di misure per aiutare i cittadini una volta sospese le misure di contenimento per la prevenzione del Covid-19, si occupa di regolare alcuni contratti non presi in considerazione dai passati decreti. Per esempio, l'art. 216, co. 4, stabilisce che ricorre la sopravvenuta impossibilità del contratto *ex art.* 1463 c.c. riguardo abbonamenti in palestre, piscine e altri centri sportivi chiusi, a causa della sospensione delle attività sportive stabilita dai decreti del Presidente del Consiglio emanati in seguito al d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 e al d.l. n. 19 del 25 marzo 2020. Gli abbonati possono richiedere alla palestra il rimborso di quanto già pagato entro 30 giorni dal giorno in cui il d.l. n. 34/2020 è stato convertito in legge. Le palestre e gli altri centri sportivi, entro 30 giorni dalla richiesta di rimborso, possono emettere un voucher dello stesso importo da utilizzare entro un anno dalla fine della sospensione delle attività sportive. L'art. 216, co. 3, prevede inoltre che «la sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limi-

serie di misure volte a sostenere turisti, tour operator e agenzie di viaggio, come la «tax credit vacanze» (art. 176)³⁶ e la creazione di un fondo per il turismo (art. 178) e di un fondo per la promozione del turismo (art. 179).

4. Misure di contenimento del contagio da Covid-19 in Francia e sorte dei contratti di viaggio per cause eccezionali o di *force majeure*

Una diversa impostazione è stata adottata invece dal legislatore francese che ha previsto una disciplina parimenti derogatoria del *code du tourisme*³⁷, ma con conseguenze diverse rispetto a quanto disciplinato dal nostro legislatore.

Infatti, al fine di far fronte alla situazione emergenziale da Covid-19 e limitare l'impatto economico della crisi sanitaria, è stata emanata, in applicazione della loi n. 2020-290 del 23 marzo 2020³⁸, l'*ordonnance* n. 2020-315 del 25 marzo 2020 relativa «aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en

tatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito».

³⁶ Art. 176 d.l. No. 34/2020 prevede, infatti, un “credito” di massimo 500 € (chiamato «tax credit vacanze») per famiglie con un certo ISEE (non superiore a 40.000 €) utilizzabile, dal 1 luglio al 31 dicembre 2020, per il pagamento di servizi offerti in ambito nazionale da imprese turistiche ricettive, agriturismi e bed and breakfast.

³⁷ Il 14 ottobre 2020, in Francia, è stato emanato il decreto n. 2020-1257 che ha dichiarato l'*état d'urgence sanitaire* a partire dal 17 ottobre 2020. Il 16 ottobre è stato, invece, emanato il decreto n. 2020-1262 che prevede delle misure di contenimento del contagio da covid-19, poi abrogato. Il 29 ottobre 2020 è stato emanato il decreto n. 2020-1310 «prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire» che ha stabilito ulteriori misure restrittive. Tale decreto è stato poi modificato dal décret n. 2020-1331 del 2 novembre 2020. La Loi n. 2020-1379 del 14 novembre 2020 ha prorogato l'*état d'urgence sanitaire* al 16 febbraio 2021.

³⁸ Loi 2020-290 del 23 marzo 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* che ha proclamato l'*état d'urgence sanitaire* su tutto il territorio nazionale fino al 24 maggio.

cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure»³⁹.

Scopo del provvedimento normativo è il contenimento dell'impatto economico delle misure di contenimento del contagio da Covid-

³⁹ Pubblicata nel J.O. del 26 marzo 2020, No. 35. Su questo argomento, J.-D. Pellier, *Coronavirus: une ordonnance pour sauver les professionnels du tourisme*, in *Dalloz actualité*, 28 marzo 2020. Il Governo francese ha emanato inoltre l'*ordonnance* 25 marzo 2020 n. 2020-306 «relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période» e l'*ordonnance* 25 marzo 2020 n. 2020-316 «relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de Covid-19». Nel Code civil francese la *force majeure* è disciplinata all'art. 1218 il quale prevede che vi sia forza maggiore in materia contrattuale «lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur». Il secondo comma del predetto articolo si occupa dell'impedimento temporaneo, prevedendo che «Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1». L'art. 1351 dispone che l'impossibilità di eseguire la prestazione libera il debitore «à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure». L'art. 1351-1 prevede che «Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose». ». In arg., A. Bénabent, *Droit des obligations*, L.G.D.J., Issy-les-Moulineaux, 2019, 291 ss. Sulla qualificazione come forza maggiore della crisi epidemiologica da Covid-19, L. Landivaux, *Contrats et coronavirus: un cas de force majeure? Ça dépend...*, in *Dalloz actualité*, 20 marzo 2020; J. Heinich, *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision*, in *Recueil Dalloz*, 26 marzo 2020. In generale sull'impatto del Covid-19 sui contratti, v. M. Mekki, *De l'urgence à l'imprévu du Covid-19: quelle boîte à outils contractuels?*, in *AJ contracts*, 2020, 164; O. Deshayes, *La prorogation des délais en période de Covid-19: quels effets sur les contrats?*, in *Recueil Dalloz*, 2020, 831. Sulla correlazione tra Covid-19 e *force majeure*, sono interessanti le sentenze: *Cour d'Appel Colmar*, 12 marzo 2020 n. 20/01098; *Cour d'Appel Colmar*, 23 marzo 2020, nn. 20/01206 e 20/01207.

19 sulle imprese del turismo, come emerge dal *Rapport au Président de la République* relative all'*ordonnance*⁴⁰.

L'*ordonnance* n. 2020-135 modifica le condizioni di rimborso dei viaggi e soggiorni con finalità turistica, previste dall'art. L211-14 del codice del turismo.

Si prevede espressamente che il regime derogatorio dell'ordinanza si applichi, nel periodo compreso tra il 1 marzo 2020 e il 15 settembre 2020, alle risoluzioni dovute a circostanze eccezionali o forza maggiore dei seguenti contratti:

- contratti di «vente de voyage» e «séjours» di cui all'art. L. 211-14 del codice del turismo, stipulati con un «organisateur» o un «détail-lant»;

- contratti di fornitura di uno dei servizi menzionati ai nn. 2, 3, 4 co. I art. L. 211-2 del Codice del turismo (l'hébergement qui ne fait pas partie intégrante du transport de passagers et qui n'a pas un objectif résidentiel; la location de voitures particulières; tout autre service touristique qui ne fait pas partie intégrante d'un service de voyage au sens du transport de passagers) «vendus par des personnes physiques ou morales produisant elles-mêmes ces services»;

- contratti di fornitura di uno dei servizi di viaggio menzionati ai nn. 2 e 4 co. I art. L. 211-2 del Codice del turismo «vendus par des associations produisant elles-mêmes ces services».

In deroga a quanto previsto «dalla dernière phrase du II de l'article L. 211-14 du code du tourisme⁴¹ et de la première phrase du

⁴⁰ In particolare, il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2020-313 du 25 mars 2020* prevede che «Dans le contexte exceptionnel de propagation du covid-19, de nombreux États, dont la France, ont adopté des mesures restrictives de déplacement, ce qui conduit de très nombreux voyageurs à demander des annulations et des remboursements aux agences de voyage. En outre, certaines prestations sont annulées sur décision du prestataire. Concomitamment, ces opérateurs subissent une baisse drastique des prises de commandes. Dès lors, il pèse sur ces opérateurs un risque fort de tension sur leur trésorerie et par la suite de défaillance. Actuellement, ce sont plus de 7 100 opérateurs de voyages et de séjour immatriculés en France, qui, confrontés à un volume d'annulations d'ampleur jamais égalée et à des prises de commandes quasi nulles, sont en grande difficulté».

⁴¹ Il quale prevede che «Le voyageur a le droit de résoudre le contrat avant le début du voyage ou du séjour sans payer de frais de résolution si des circonstances exceptionnelles et inévitables, survenant au lieu de destination ou à proximité immédiate

III du même article⁴²», in caso di risoluzione di uno dei contratti, l'organizzatore o il venditore possono proporre, al posto dell'integrale rimborso delle somme versate – come sarebbe previsto dalla disciplina ordinaria –, «un avoir» dello stesso importo.

Si prevede, inoltre, che in deroga a quanto previsto dal comma terzo dell'art. 1229 code civil⁴³, in caso di risoluzione di uno dei contratti previsti ai nn. 2 e 3 del comma primo dell'art. 1 dell'*ordonnance*, «les personnes physiques ou morales mentionnées à ces 2° et 3° peuvent proposer, à la place du remboursement de l'intégralité des paiements effectués, un avoir que le client pourra utiliser dans les mêmes conditions»

Una volta proposto l'*avoir*, i consumatori non possono chiedere il rimborso di quanto pagato.

Quanto alla procedura, l'*ordonnance* n.2020-315 prevede che il soggetto che propone l'*avoir* debba informare il cliente – entro trenta giorni dalla risoluzione del contratto o, se il contratto è stato risolto prima dell'entrata in vigore dell'*ordonnance*, trenta giorni dopo l'entrata in vigore dell' *ordonnance* stessa – dell'importo dell'*avoir*, delle condizioni di validità e di durata. Tali soggetti, affinché il cliente possa utilizzare il summenzionato *avoir*, devono inoltre proporre «une nouvelle prestation qui fait l'objet d'un contrat répondant aux conditions suivantes: 1° La prestation est identique ou équivalente à la prestation prévue par le contrat résolu mentionné à ce I ; 2° Son prix n'est pas supérieur à celui de la prestation prévue par ce contrat résolu

de celui-ci, ont des conséquences importantes sur l'exécution du contrat ou sur le transport des passagers vers le lieu de destination. Dans ce cas, le voyageur a droit au remboursement intégral des paiements effectués mais pas à un dédommagement supplémentaire».

⁴² Ove si prevede che «L'organisateur ou le détaillant peut résoudre le contrat et rembourser intégralement le voyageur des paiements effectués».

⁴³ Il terzo comma dell'art. 1229 code civil dispone che «Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation».

mentionné au même I, le voyageur n'étant tenu, le cas échéant, qu'au paiement correspondant au solde du prix de ce contrat; 3° Elle ne donne lieu à aucune majoration tarifaire autre que celles que, le cas échéant, le contrat résolu prévoyait». Tale proposta deve essere effettuata entro tre mesi dalla notifica della risoluzione ed è valida per un periodo di diciotto mesi.

L'ultimo comma dell'articolo in questione disciplina, infine, il caso di mancata conclusione del contratto relativo alla nuova prestazione di cui sopra entro il termine di diciotto mesi: i venditori «procèdent au remboursement de l'intégralité des paiements effectués au titre du contrat résolu, auquel elles sont tenues en application des dispositions de la dernière phrase du II de article L. 211-14 du code du tourisme et de la première phrase du III du même article ou des dispositions du code civil mentionnées au second alinéa du II du présent article». Si prevede, inoltre, che «Elles procèdent, le cas échéant, au remboursement d'un montant égal au solde de l'avoir qui n'a pas été utilisé par le client».

In sostanza, l'*ordonnance* ha previsto che, invece del rimborso integrale, i vettori o gli organizzatori dei pacchetti turistici possano offrire un *voucher* di pari importo – come nella disciplina italiana – e che, al fine di far fruire al cliente del *voucher*, debbano formulare una proposta di una prestazione alternativa identica o equivalente a quella originariamente concordata. Questa proposta deve essere effettuata entro tre mesi dalla notifica della risoluzione ed è valida per un periodo di diciotto mesi.

Ma al termine dei diciotto mesi, in caso di mancata conclusione del contratto relativo alla nuova prestazione, i venditori devono procedere al rimborso integrale di quanto versato dal viaggiatore o turista.

Nella normativa emergenziale francese si concede, dunque, sì la possibilità alle imprese turistiche di proporre una prestazione alternativa al cliente invece del rimborso integrale, ma resta una tutela più marcata del consumatore, proprio perché si prevede che nel caso in cui non si riesca a stipulare un nuovo contratto che abbia ad oggetto la nuova prestazione proposta dall'impresa turistica, essa debba rimborsare integralmente il cliente.

5. I riflessi della pandemia sui contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura

L'art. 88 del d.l. n. 18/2020, modificato dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020 e dal d.l. n. 34 del 19 maggio 2020, si occupa anche dei contratti di acquisto di «titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura». Si prevede, in particolare, che, in relazione a questi contratti, l'adozione delle misure di cui all'art. 2 co. 2, lett. b) e d) D.p.c.m. 8 marzo 2020 che hanno sospeso «le manifestazioni, gli eventi e gli spettacoli di qualsiasi natura» e «l'apertura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura» costituisca causa di forza maggiore determinante, «a decorrere dalla data di adozione del medesimo decreto», l'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1463 c.c.

Quanto alla procedura per ottenere il rimborso, il decreto prevede che:

- a) il soggetto che abbia acquistato il biglietto, entro trenta giorni dall'entrata in vigore del d.l. n. 18/2020, presenti al venditore apposita istanza di rimborso, allegando il titolo di acquisto;
- b) il venditore, entro trenta giorni dall'istanza di rimborso, provveda all'emanazione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Non è, dunque, prevista la possibilità di mero rimborso della somma versata per l'acquisto del biglietto, come per i contratti di trasporto, ma solo la possibilità di emettere un *voucher* di pari importo, da utilizzare entro un anno.

Pertanto, nonostante l'espreso richiamo all'art. 1463 c.c., le parti non sono obbligate alle restituzioni e al ripristino della situazione *quo ante*, ma si prevede, operando una sostanziale deroga dell'art. 1463 c.c., una sorta di rideterminazione delle prestazioni: l'emissione di un *voucher* di pari importo.

Ciò probabilmente per non gravare in maniera eccessiva sui settori dello spettacolo e della cultura, che pure hanno risentito negativamente delle misure di contenimento del COVID-19 e a sostegno dei quali sono state emanati specifici provvedimenti⁴⁴.

⁴⁴ In particolare, a sostegno dei settori dello spettacolo, del cinema e

Proprio per questa divergenza di disciplina sembra giustificarsi la transitorietà delle norme appena illustrate. L'ultimo comma dell'art. 88 prevede, infatti, che le disposizioni al secondo e terzo comma siano applicabili «fino alla data di efficacia delle misure previste dal decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e da eventuali ulteriori decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6».

Dopo un periodo di sospensione delle misure di contenimento che aveva consentito la ripresa di spettacoli ed eventi culturali, il dpcm del 25 ottobre 2020 ha nuovamente sospeso «gli spettacoli aperti al pubblico in sale teatrali, sale da concerto, sale cinematografiche e in altri spazi anche all'aperto»⁴⁵, lasciando, tuttavia, ancora aperti i musei a determinate condizioni⁴⁶.

dell'audiovisivo, l'art. 89 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha previsto l'istituzione di «due Fondi, uno di parte corrente e l'altro in conto capitale, per le emergenze nei settori dello spettacolo e del cinema e audiovisivo». L'art. 90 d.l. n. 18/2020, rubricato disposizioni urgenti per sostenere il settore della cultura, ha previsto che «al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento del COVID-19 di cui al decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, la quota di cui all'articolo 71-*octies*, comma 3-*bis*, dei compensi incassati nell'anno 2019, ai sensi dell'articolo 71-*septies* della medesima legge, per la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi, è destinata al sostegno degli autori, degli artisti interpreti ed esecutori, e dei lavoratori autonomi che svolgono attività di riscossione dei diritti d'autore in base ad un contratto di mandato con rappresentanza con gli organismi di gestione collettiva di cui all'articolo 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633».

⁴⁵ Così l'art. 1, lett. *m*), dpcm 25 ottobre 2020.

⁴⁶ L'art. 1, lett. *r*) dpcm 25 ottobre 2020 prevede, infatti, che: «il servizio di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, è assicurato a condizione che detti istituti e luoghi, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei locali aperti al pubblico, nonché dei flussi di visitatori (più o meno di 100.000 l'anno), garantiscano modalità di fruizione contingentata o comunque tali da evitare assembramenti di persone e da consentire che i visitatori possano rispettare la distanza tra loro di almeno un metro. Il servizio è organizzato tenendo conto dei protocolli o linee guida adottati dalle Regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome. Le amministrazioni e i soggetti gestori dei musei e degli altri istituti e dei luoghi della cultura possono individuare specifiche misure organizzative, di prevenzione e protezione, nonché di tutela dei lavoratori, tenuto conto delle caratteristiche dei luoghi e delle attività svolte; resta sospesa

6. Ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento

La drammatica situazione determinata dalla diffusione del Covid-19 ha determinato l'adozione di misure che, comportando la sospensione di alcune attività commerciali e di impresa e fortemente comprimendo la libertà di spostamento degli individui, hanno inevitabilmente inciso anche sulla capacità di adempimento delle obbligazioni.

Per far fronte a questa drammatica situazione, il decreto 17 marzo 2020 n. 18 si è occupato della responsabilità del debitore, prevedendo all'art. 91 «Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici»⁴⁷.

In particolare, l'art. 91, co. 1, d.l. n. 18/2020 inserisce all'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, un comma *6-bis* che dispone quanto segue: «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 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».

Si prevede, dunque, che, nel caso in cui l'osservanza delle misure di contenimento del contagio da Covid-19 impedisca al debitore di eseguire la prestazione, l'osservanza di tali misure deve essere valutata ai fini dell'esclusione della responsabilità per inadempimento o ritardo nell'adempimento del debitore.

Dalla lettura della norma si ricava, pertanto, che:

a) l'inadempimento di cui all'art. 91 deve essere determinato dal rispetto delle misure di contenimento del contagio di cui al d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e successivi decreti attuativi;

l'efficacia delle disposizioni regolamentari di cui all'articolo 4, comma 2, secondo periodo, del decreto del Ministro per i beni culturali e ambientali 11 dicembre 1997, n. 507, che prevede il libero accesso a tutti gli istituti e ai luoghi della cultura statali la prima domenica del mese».

⁴⁷ Tra i primi commenti alla normativa, v. A.A. Dolmetta, *Misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91, comma 1, d.l. n. 18/2020)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 151.

b) se l'inadempimento dell'obbligazione è dovuto a ragioni estranee al rispetto delle misure di contenimento, la disposizione dell'art. 91 non trova applicazione;

c) non c'è un automatismo tra rispetto delle misure di contenimento e esenzione dalla responsabilità del debitore, in quanto si prevede che il rispetto delle misure sia sempre valutato ai fini dell'esclusione della responsabilità, non che "escluda sempre la responsabilità". Sarà, dunque, il giudice che dovrà operare tale valutazione che può incidere non solo sull'esclusione o meno della responsabilità, ma anche sulla determinazione del *quantum* del danno risarcibile, nel caso in cui si accerti che le misure di contenimento se non hanno impedito l'adempimento, lo hanno reso comunque più difficoltoso;

d) la valutazione del rispetto delle misure ai fini dell'esenzione di responsabilità viene effettuata anche riguardo all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.

Di fronte a questa tutela della posizione del debitore in virtù della situazione emergenziale, i primi commentatori della norma si sono chiesti se, d'altro canto, il creditore possa sospendere l'esecuzione della controprestazione, avvalendosi dell'*exceptio inadimpleti contractus*⁴⁸.

⁴⁸ A. Dalmartello, *Eccezione d'inadempimento*, *Noviss. Dig. it.*, VI, 1965, 354; F. Realmonte, *Eccezione d'inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 222; L. Bigliazzi-Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Commentario del Codice civile* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 5 ss.; Id., *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 331; D. Mantucci, *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1992, p. 9 ss.; C.M. Bianca, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, in *Aa.Vv., Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, Padova, 1992, p. 528; Id., *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano, 2012, p. 360; F. Addis, *Le eccezioni dilatorie*, in *Tratt. Contr. Roppo*, Milano, 2006, V, p. 413; M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato del contratto*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, II, p. 1777; Id., *Il contratto in generale. L'inadempimento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2011, p. 244; P. Gallo, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, vol. 3, p. 2173; U. Carnevali, in *Il contratto in generale. L'inadempimento*, a cura di U. Carnevali, E. Gabrielli e M. Tamponi in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone Torino, 2011, p. 244; A.M. Benedetti, *Le autodifese contrattuali*, in P. Schlesinger - F.D. Busnelli, *Commentario al codice civile*, Milano, 2011, 5; Id., *L'eccezione di inadempimento*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di E. Gabrielli, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano Torino, 2011, IV, p. 480; E. Gabrielli, *Il contratto e i rimedi: la sospensione*

Al quesito è stata data risposta affermativa, in quanto, contrariamente opinando, il creditore resterebbe gravato dalle conseguenze economiche negative della situazione d'emergenza⁴⁹.

7. Rinegoziazione del contratto nel contesto emergenziale da Covid-19

La disciplina normativa emergenziale esaminata sinora si concentra sui rimedi legati all'impossibilità sopravvenuta della prestazione e sulla valutazione del rispetto delle misure emergenziali ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. Non vi è una generale previsione relativa alla possibilità di rinegoziare il contratto⁵⁰.

Da più parti in dottrina, a fronte della situazione determinata dalla

dell'esecuzione, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 215; Id., *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in G. Conte - S. Landini, *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, I, Mantova, 2017, p. 17 ss.

⁴⁹ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit.

⁵⁰ La possibilità di rinegoziare è prevista all'art. 78, co. 4-sexies, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla L. 27/2020, per le imprese agricole: «Al fine di garantire la continuità aziendale delle imprese agricole di cui all'articolo 2135 del codice civile, in forma singola o associata, a valere sulle risorse di cui all'articolo 56, comma 12, i mutui e gli altri finanziamenti destinati a soddisfare le esigenze di conduzione o miglioramento delle strutture produttive, in essere al 1° marzo 2020, anche perfezionati tramite il rilascio di cambiali agrarie, sono rinegoziabili. 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. Le operazioni di rinegoziazione sono esenti da ogni imposta e da ogni altro onere, anche amministrativo, a carico dell'impresa, ivi comprese le spese istruttorie». Si prevede, inoltre, la possibilità di rinegoziare i mutui per gli enti locali all'art. 113 d.l. n. 34/2020: «In considerazione delle difficoltà determinate dall'attuale emergenza epidemiologica da virus COVID-19, nel corso dell'anno 2020, gli enti locali possono effettuare operazioni di rinegoziazione o sospensione quota capitale di mutui e di altre forme di prestito contratto con le banche, gli intermediari finanziari e la Cassa depositi e prestiti, anche nel corso dell'esercizio provvisorio di cui all'articolo 163 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, mediante deliberazione dell'organo esecutivo, fermo restando l'obbligo di provvedere alle relative iscrizioni nel bilancio di previsione».

pandemia da Covid-19, si è prospettata la necessità di elaborare un rimedio correttivo del contratto, volto all'adeguamento delle condizioni contrattuali, più che allo scioglimento del contratto stesso, in una prospettiva solidaristica⁵¹.

Autorevole dottrina ha da tempo evidenziato come la rinegoziazione sia il modo migliore di fronteggiare le sopravvenienze⁵². Parte della dottrina fa discendere l'obbligo di rinegoziare dal principio di buona fede⁵³. Più in particolare, si è rilevato che, ove le parti non abbiano pattuito nessuna clausola di rinegoziazione, né alcun altro rimedio di adeguamento alle sopravvenienze, possa soccorrere il principio di buona fede, il quale «può generare a carico delle parti, che pur non lo abbiano previsto, un obbligo di rinegoziare, per adeguare il loro

⁵¹ F. Di Marzio, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, cit.; F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit.; Id., *Soppravvenienze e rimedi al tempo del coronavirus: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 ss.; A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al temo del coronavirus*, cit.; A.M. Benedetti-R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; M. Rabitti, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea grezza*, in *dirittobancario.it*, 23 aprile 2020; E. Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giustizia civile*, 2020, 243 ss.; E. Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020; A.A. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020. V. anche U. Mattei, A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020.

⁵² Cfr. R. Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1708 ss.; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2006; 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.

⁵³ V. Roppo, *Il contratto*, cit., 468 e 972. V. anche G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, 110 ss.; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione del contratto*, Napoli, 1996, 147 ss., 322 ss. Ma v., in senso critico, M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 476 ss.; A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 701 ss. che evidenzia come la rinegoziazione soffra il rischio di atteggiamenti opportunistici e che il solo richiamo al canone di buona fede per reprimerli è molto vago. In senso critico, A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, V ed., Torino 2019, 292.

rapporto alle sopravvenienze significative che si siano nel tempo manifestate»⁵⁴. In questo modo l'obbligo di rinegoziare, non essendo previsto contrattualmente, si presenterebbe come un obbligo legale che entra *ex lege* nel regolamento contrattuale.

Tuttavia, altra dottrina ha evidenziato come non sia sufficiente «invocare semplicisticamente e pietisticamente solidarietà e buona fede: la retorica non supplisca la logica» e che anzi potrebbe portare a risultati controproducenti, ove non si consideri che la solidarietà deve andare in entrambe le direzioni⁵⁵. Parimenti controproducenti, nella crisi sanitaria attuale, sarebbero il ricorso alla causa concreta del contratto, all'impossibilità sopravvenuta e all'eccessiva onerosità. Occorrerebbe, invece, secondo tale dottrina, analizzare il problema da un punto di vista diverso: quello della crisi d'impresa e, conseguentemente, utilizzare alcuni strumenti del diritto della crisi d'impresa più che gli strumenti del diritto dei contratti, come il quadro di ristrutturazione preventiva di cui all'art. 1, co. 1, lett. a) della Direttiva UE n. 1023/2019⁵⁶. La necessità di applicare tale norma per dare strumenti concreti ad imprese e professionisti è evidenziata anche nella «proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della

⁵⁴ V. Roppo, *Il contratto*, cit., 972.

⁵⁵ A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al temo del coronavirus*, cit. V. anche, L. Guerrini, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020.

⁵⁶ L'art. 1, co. 1, lett. a) della Direttiva Ue 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 (riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte a aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132) dispone che «la direttiva stabilisce norme in materia di: a) quadri di ristrutturazione preventiva per il debitore che versa in difficoltà finanziarie e per il quale sussiste una probabilità di insolvenza, al fine di impedire l'insolvenza e di garantire la sostenibilità economica del debitore». La necessità di applicare tale norma è evidenziata anche nella proposta dell'Associazione civilisti italiani (reperibile sul sito dell'Associazione), ove si auspica l'adozione di «un decreto legislativo delegato che inserisca dopo l'art. 1468 c.c. un nuovo articolo 1468-*bis*, che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali», sanzionando l'inerzia nella trattativa ovvero il rifiuto ingiustificato di condizioni eque con la possibilità per il contraente che possa dimostrare di averne derivato danno di chiederne il risarcimento.

pandemia» dell'Associazione civilisti italiani⁵⁷, ove peraltro si auspica l'adozione di «un decreto legislativo delegato che inserisca dopo l'art. 1468 c.c. un nuovo articolo 1468-*bis*, che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali», sanzionando l'inerzia nella trattativa ovvero il rifiuto ingiustificato di condizioni eque «con la possibilità per il contraente che possa dimostrare di averne derivato danno di chiederne il risarcimento» ed escludendo l'opportunità di affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali, «sia per l'eccessiva compressione che ciò determinerebbe dell'autonomia privata e della libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione (art. 41), sia per le ragioni per cui la migliore dottrina, ed in specie quella di indirizzo giuseconomico, perentoriamente esclude l'idoneità del giudice a 'fare il contratto'»⁵⁸.

La possibilità della rinegoziazione è, com'è noto, presente nel disegno di legge delega al Governo per la revisione del codice civile (DDL Senato 1151), dove si prevede 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»⁵⁹.

L'esigenza di prevedere meccanismi di adeguamento dei contratti nel caso di rapporti di durata, in modo da operare secondo buona fede

⁵⁷ La proposta è reperibile sul sito dell'Associazione (www.civilistiitaliani.eu). Nella proposta peraltro si prendono a modello le misure adottate dal legislatore tedesco con l'introduzione del 240 EGBGB che prevede per consumatori e micro imprese una moratoria *ex lege* dei pagamenti per i rapporti di durata conclusi prima dell'8 marzo 2020. In arg. v., M. D'Onofrio, *La tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 luglio 2020.

⁵⁸ Spec. p. 7 e 8 proposta.

⁵⁹ In arg., P. Sirena, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano?*, in *Osserv. Dir. civ. comm.*, 2018, 19 ss.; L. Balestra, V. Cuffaro, C. Scognamiglio, G. Villa, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Contr. Impr.*, 2019, 589 ss.; U. Morello, *A proposito della revisione del codice civile. La proposta di delega al governo*, in *Notariato*, 2019, 369 ss.

e non incorrere in condotte che si traducano in un esercizio abusivo del diritto, era presente già da tempo nei progetti di armonizzazione europea. Ad esempio, nei *Principle of European Contract Law*, redatti dalla Commissione *Lando*, all'art. 6:111 si prevede, in caso di prestazione eccessivamente onerosa dovuta al mutamento delle circostanze, l'obbligo per le parti di avviare trattative e, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, il potere del giudice di sciogliere il contratto o modificarlo. La norma contempla inoltre il risarcimento del danno a carico della parte che non abbia agito secondo buona fede. Anche nel *Draft Common Frame of Reference* si attribuisce al giudice il potere di risolvere o modificare il contratto dopo il fallimento delle trattative delle parti. Si prevede, infatti, da un lato, che l'obbligazione deve essere eseguita anche se la prestazione è divenuta più onerosa per l'aumento del costo della prestazione o perché è diminuito il valore della controprestazione e, dall'altro, che «(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court». Si specifica, tuttavia, che la norma si applica solo se: il mutamento delle circostanze è avvenuto dopo l'assunzione dell'obbligazione; il debitore non aveva previsto e non avrebbe potuto prevedere la possibilità di tale mutamento; il debitore non si è assunto e non avrebbe potuto ragionevolmente assumersi il rischio del cambiamento delle circostanze; e soprattutto se «the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation»⁶⁰. Un meccanismo simile per la

⁶⁰ Il testo del III-1.110 (*Variation or termination by court on a change of circumstances*) del DFCR è il seguente: (1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished. (2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the

gestione delle sopravvenienze è previsto anche nei principi *Unidroit* all'art. 6.2.3. (effect of hardship)⁶¹.

Tali principi sono stati accolti dal legislatore francese con l'*ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016⁶², che ha inserito

new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court. (3) Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred; (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.

⁶¹ Art. 6.2.3. In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

⁶² L'ordinanza, dichiaratamente ispirata ai principi europei di armonizzazione del diritto, è entrata in vigore il 1 ottobre 2016 ed è stata *ratifiée*, con modificazioni, dalla *Loi* n. 2018-287 del 21 aprile 2018. In arg. v., A. Bénabent, *La digestion de la réforme (entrée en vigueur)*, in *RDC*, 2016, 608; G. Chantepie, *L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats*, in *AJ Contrats*, 2016, 412; C. François, *Application dans le temps et jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats*, *Recueil Dalloz*, 2016, 506 ss.; S. Gaudemet, *Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016*, in *JCP*, 2016, 559; D. Mainguy, *Présentation de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2018, 44. Tra i commenti alla riforma, v. G. Alpa, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *www.scienze giuridiche.uniroma1.it* e in *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, a cura di D. Valentino, cit., 1 ss.; F. Benatti, *Note sulla riforma del Libro II del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, 629 ss.; L. Coppo, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code Civil: L'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2016, 311 ss.; A. Fusaro, *Gli effetti del contratto nella riforma del Code civil francese*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 7 ss.; L. Klesta, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1543 ss.; D. Mazeaud, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 800 ss.; Id., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento*

all'interno del Code civil, all'art. 1195, il meccanismo dell'*imprévision*⁶³. La norma citata prevede, infatti, la possibilità per le parti di rinegoziare il contratto nel caso in cui una modifica delle circostanze, imprevedibile al momento della conclusione del contratto, renda l'esecuzione del contratto stesso eccessivamente onerosa⁶⁴. Si prevede, inoltre, che in caso di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione le

francese, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 432 ss.; G. Terlizzi, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695 ss.; L. Pontiroli, *La riforma dei contratti in Francia – Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel code civil*, in *Giur. it.*, 2018, 1238; V. Di Gregorio, *Rinegoziazione e adeguamento dei contratti: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel Code civil francese*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, 392 ss.; G. Vulpiani, *La nullité contractuelle nella riforma del diritto francese*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 914 ss. Nella dottrina francese, v. H. Barbier, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, *RTD civ.*, 2016, 247; A. Bénabent, L. Aynès, *Réforme du droit des contrats et des obligations: un aperçu général*, Parigi, 2016, 434; G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Paris, 2018, pp. 1 ss.; F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats: Consolidations, innovations, perspective*, Paris, 2016 pp. 1 ss.; D. Mainguy, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des règles du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 1762 ss.; B. Mallet-Bricout, 2016, *ou l'année de la réforme du droit des contrats*, in *RTC civ.*, 2016, pp. 436 ss.; M. Mekki, *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire*, *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 494 ss.; F. Terré, *La réforme du droit des obligations*, Parigi, 2016.

⁶³ Concetto introdotto per la prima volta nel Code civil dalla riforma del 2016, l'*imprévision* viene definita come *cause modératrice de la force obligatoire du contrat*. Come enunciato nel *Rapport au Président de la République*, l'*imprévision*, ispirata ai progetti di armonizzazione europea, permette di far fronte ai disequilibri contrattuali che sopravvengono in corso di esecuzione. In arg. v. Ph. Stoffel-Munck, *L'imprévision et la réforme des effets des contrats*, in *La réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, Parigi, 2016; A. Confino, *L'article 1195 nouveau du Code Civil et le bail commercial: imprévision ou imprécision?*, in *AJDJ*, 2016, 345 ss.; A. Bénabent, *Droit des obligations*, cit., 259 ss.; V. Di Gregorio, *Rinegoziazione e adeguamento dei contratti: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel Code civil francese*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, 392 ss..

⁶⁴ Il nuovo art. 1195, co. 1, Code civil prevede, infatti, che «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation».

parti possano: *a*) accordarsi per la risoluzione del contratto, alla data e alle condizioni dalle stesse determinate; o *b*) chiedere, di comune accordo, al giudice di procedere all'adeguamento del contratto. In caso di difetto di accordo entro un ragionevole lasso di tempo, il giudice può, a domanda di parte, modificare il contratto o risolverlo⁶⁵.

In argomento in una Relazione tecnica in commento alla normativa emergenziale, l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione si è espressa sull'obbligo di rinegoziazione del contratto nella situazione emergenziale da Covid-19 e sul rimedio in caso di inadempimento di tale obbligo⁶⁶. Nella relazione si afferma che, in virtù dei principi generali di solidarietà sociale e di buona fede, sussiste nel nostro ordinamento un obbligo di rinegoziare a seguito di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, con la conseguenza che chi si sottrae a tale obbligo commette una grave violazione del regolamento contrattuale. Inoltre, tale obbligo di rinegoziazione *ex bona fide* non urta, ma, al contrario, rispetta l'autonomia negoziale delle parti che non lo abbiano manifestamente escluso: l'obbligo di rinegoziazione, «assecondando l'esigenza cooperativa propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non la manipolazione della volontà delle parti».

La configurabilità dell'obbligo di rinegoziazione porta, tuttavia, con sé la questione del rimedio contro l'inadempimento di tale obbligo⁶⁷. Orbene, secondo la relazione citata, sarebbe configurabile un intervento integrativo-sostitutivo da parte del giudice e, dunque, ove si ravvisi in capo alle parti l'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato, si potrebbe ipotizzare che «il mancato adempimento di esso non comporti solo il ristoro del danno, ma si esponga all'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.*». Il Giudice, pertanto, avrebbe il potere di sostit-

⁶⁵ Il secondo comma dell'art. 1195 Code civil dispone, infatti, che «En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

⁶⁶ Relazione tematica n. 56 del 14 luglio 2020 «Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale».

⁶⁷ In arg. v. E. del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 ss. e in *Lo spazio dei privati*, Bologna, 2016, 469 ss.

tuirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso; sentenza che dovrà calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal regolamento negoziale⁶⁸.

La soluzione prospettata dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione è stata oggetto di aspra critica da parte della dottrina, che l'ha giudicata come illogica e ideologicamente pericolosa, oltre che espressione di un paternalismo giudiziario⁶⁹. Ed in effetti, un intervento del giudice nel contratto così penetrante risulta come un'eccessiva ingerenza nell'autonomia delle parti. Peraltro vi osterebbe anche la tipicità della tutela costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, che risponde ad una precisa *ratio* sia sul piano sostanziale che processuale. Inoltre, obbligo di rinegoziare non significa obbligo di concludere un nuovo contratto. Più condivisibile sembra, allora, la tesi di chi ritiene applicabile il rimedio del risarcimento del danno⁷⁰.

8. Prime pronunce giurisprudenziali in materia di riflessi della pandemia da Covid-19 sui contratti

Data la particolarità della situazione determinata dall'emergenza sanitaria, è interessante analizzare le decisioni di alcuni Tribunali in tema di contratti e pandemia⁷¹.

⁶⁸ Sulla possibilità di applicare l'art. 2932 c.c. come rimedio all'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione, v. V. Roppo, *Il contratto*, cit., 973; Contra, E. del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 801 ss., secondo cui è da negare che il giudice si possa sostituire alle parti nella rinegoziazione; egli può solo prendere atto dell'inadempimento e condannare l'inadempiente al risarcimento del danno per equivalente.

⁶⁹ A. Briguglio, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese dell'autonomia dei privati*, in *Giustiziacivile.com*, 7 ottobre 2020.

⁷⁰ E. del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 801 ss.

⁷¹ Numerose sentenze di merito si sono occupate, peraltro, dei problemi legati ai riflessi delle misure contenitive del contagio da Covid-19 sul diritto di visita dei figli da parte dei genitori, v. ad es. Trib. Napoli 26 marzo 2020 Trib. Brescia, 31 marzo 2020, App. Bari 26 marzo 2020; Trib. Torre Annunziata 6 aprile 2020; Trib. Vasto 2 aprile 2020, Trib. Bari, 13 aprile 2020. In tema v. C. Silvestri, *Chiaroscuri della frequentazio-*

Una prima pronuncia da esaminare è il decreto dell'8 luglio 2020 del Tribunale di Verona, in tema di contratto preliminare⁷². Il caso riguardava il preteso inadempimento di un contratto preliminare con cui un soggetto aveva assunto l'obbligazione di alienare un immobile, con l'impegno di stipulare il definitivo entro il 30 aprile 2020, termine espressamente indicato nel contratto come essenziale anche per il rilascio e la liberazione dell'immobile. Era stato, inoltre, previsto dalle parti che il mancato rispetto del termine anzidetto avrebbe comportato la risoluzione del contratto e l'obbligo per la parte inadempiente di pagare quanto dovuto all'agenzia per l'attività di intermediazione prestata nell'affare, oltre al doppio della caparra. Il promissario venditore, dopo aver manifestato la sua disponibilità a stipulare il rogito entro il 25 maggio 2020, aveva rifiutato la stipula, adducendo come motivazione l'impossibilità per la figlia, comproprietaria dell'immobile e residente in altra regione, di raggiungere il comune ove doveva essere stipulato l'atto a seguito delle limitazioni agli spostamenti previsti dalle misure di contenimento del contagio da Covid-19. Il promittente venditore proponeva, dunque, il differimento della stipula al 3 giugno 2020, data in cui sarebbe stato nuovamente possibile lo spostamento al di fuori dei confini regionali. Il promissario acquirente proponeva comunque ricorso per decreto ingiuntivo, lamentando l'inadempimento del contratto preliminare e chiedendo dunque la condanna al pagamento del doppio della caparra.

Il Tribunale di Verona rigettava il ricorso affermando che nel caso sottoposto al suo esame trovava applicazione il disposto dell'art. 91 del d.l. 17 marzo n. 18, convertito con l. n. 27/2020, che «essendo norma di portata generale, riguarda anche le obbligazioni di carattere pecuniario».

Di conseguenza, secondo il Tribunale, il promittente venditore non può considerarsi inadempiente «atteso che l'inosservanza del ter-

ne genitori-figli nell'emergenza coronavirus, in *Giustiziacivile.com*, 24 aprile 2020; D. Piazzoni, *Diritto alla bigenitorialità, diritto di visita e frequentazione e coronavirus: un mosaico in composizione?*, in *Giustiziacivile.com*, 4 maggio 2020; R. Donzelli, *Misure di contenimento della pandemia e affidamento condiviso dei figli minori: spunti per una riflessione attorno all'effettività del diritto alla bigenitorialità*, in *Judicium*, 18 maggio 2020.

⁷² Trib. Verona, decreto 8 luglio 2020.

mine fissato per la stipula del definitivo è stata determinata dalla necessità per uno dei promettenti venditori di osservare le misure di contenimento della diffusione del virus».

La pronuncia citata ha, pertanto, valutato il rispetto della disposizione che ha imposto, per motivi sanitari legati all'emergenza da Covid-19, il divieto di trasferimenti al di fuori della regione di appartenenza – norma eccezionale che ha operato quale *factum principis*, ovvero quale causa esterna, sopravvenuta, imprevedibile ed inevitabile, malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso, tale da configurare la forza maggiore – come causa di esclusione della responsabilità del debitore, anche ai fini dell'applicazione di eventuali decadenze e penali connesse a ritardati o omessi adempimenti ex art. 91 d.l. n. 18/2020.

Sempre con riguardo all'applicabilità dell'art. 91 d.l. n. 18/2020 è interessante un provvedimento del Tribunale di Bologna⁷³. Nel caso di specie un soggetto proponeva istanza cautelare volta ad inibire al creditore di porre all'incasso o girare a terzi le cambiali destinate a rafforzare l'obbligazione del ricorrente, nonché di sottoporle a protesto, lamentando la difficoltà di pagare somme di denaro in ragione dell'impossibilità di esercitare la propria professione con il conseguente blocco del fatturato. Il Tribunale di Bologna ha accolto il ricorso affermando che nel caso di specie è applicabile l'art. 91 d.l. n. 18/2020, essendo lo stesso applicabile tutte le volte in cui l'inadempimento conduce ad esiti che, ragionevoli in condizioni normali, sono eccessivi in relazione alla concreta situazione determinata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19.

In un altro provvedimento, in tema di fideiussione ed *exceptio doli*, il Tribunale di Bologna ha, invece, ritenuto «quantomeno opinabile» l'applicabilità della norma di cui all'art. 91 d.l. n. 18/2020 all'ipotesi di incapacità patrimoniale del debitore, posto che se è certo che la norma trovi applicazione nel caso in cui l'emergenza sanitaria abbia impedito di realizzare la prestazione oggetto dell'obbligazione, è invece dubbio che essa possa applicarsi in ipotesi di adempimento di obbligazioni pecuniarie⁷⁴.

⁷³ Trib. Bologna, 4 giugno 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 2492.

⁷⁴ Trib. Bologna 11 maggio 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 2150. Nel caso di specie il Tribunale esclude che la situazione emergenziale valga a qualificare come abusiva

Più in particolare, dei soggetti debitori di una banca chiedevano con ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, proposto in pendenza di una causa di merito in cui erano stati convenuti dalla banca creditrice, l'inibizione al pagamento da parte della banca garante a mezzo di fidejussioni "a prima richiesta" scadenti il 7 maggio 2020, nonché la sospensione del termine di pagamento nei confronti dei creditori. Il Tribunale rigettava il ricorso, rilevando l'assenza di una prova liquida ed incontrovertibile dell'abusività dell'eventuale escussione. Infatti, al debitore è riconosciuta la possibilità di avvalersi del rimedio generale dell'*exceptio doli*, purché alleghi e dimostri la condotta abusiva del creditore, il quale abbia escusso la garanzia al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento e/o all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio al debitore⁷⁵.

l'escussione di una garanzia. Più in particolare, afferma il Tribunale che «non sussistono i presupposti per accogliere il ricorso con cui il soggetto, obbligato a una prestazione pecuniaria, chiede che alla banca, la quale garantisce il debito in virtù di una fidejussione a prima richiesta, sia inibito in via d'urgenza il pagamento ai creditori, qualora dagli atti non emerga la prova liquida che l'escussione della garanzia sia abusiva, non potendo tale carattere derivare dalla temporanea difficoltà economica conseguente all'emergenza sanitaria da Covid-19». In senso analogo v. anche Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, in *Giustiziacivile.com* (15 ottobre 2020), con nota di S. D'Orsi, *Garanzie autonome e locazioni commerciali al tempo della pandemia. Il regime dell'emergenza tra diritto e processo*. Secondo il Tribunale, non merita accoglimento il ricorso cautelare volto a precludere l'escussione di una garanzia bancaria autonoma da parte del locatore per il pagamento dei canoni relativi al periodo in cui gli interventi emergenziali volti al contenimento della pandemia di Covid-19 hanno impedito l'esercizio dell'attività commerciale presso l'immobile. Inoltre, la prova di una condotta palesemente abusiva del creditore non può desumersi dall'asserita estinzione del debito per impossibilità sopravvenuta, né la prestazione del garante può essere esclusa invocando la violazione da parte del locatore dell'obbligo di rinegoziare i termini del contratto per aggiornarne il contenuto al mutato contesto economico. V. anche Trib. Rimini, 28 giugno 2020, in *ilcaso.it*; Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, in *Dirittobancario.it*, con nota di F. Petrosino, *Misure anti-covid ed effetti sul contratto di locazione (o affitto d'azienda): pagamento del canone ed eventuale rinegoziazione secondo buona fede*.

⁷⁵ Cass., 22 novembre 2019, n. 30509, secondo cui in tema di contratto autonomo di garanzia, l'abusività della richiesta di garanzia ai fini dell'accoglimento dell'*exceptio doli* deve risultare *prima facie* o comunque da una prova c.d. liquida, cioè di pronta soluzione che il garante è tenuto a fornire mentre non possono essere addotte a suo

In particolare, i debitori avevano motivato il carattere abusivo dell'escussione in relazione alla propria temporanea difficoltà conseguente all'emergenza sanitaria da Covid-19, intervenuta tuttavia dopo l'avvio della causa principale, chiedendo una posticipazione del termine per l'escussione della garanzia. Tale difficoltà temporanea non è sufficiente, secondo il Tribunale, a permeare di abusività la richiesta di escussione della garanzia. E ciò non sarebbe consentito neanche dalla normativa emergenziale, in quanto l'art. 91 d.l. n. 18/2020 «pare aver riguardo non a una generica impossibilità di adempimento in conseguenza della pandemia, ma alla sopravvenuta impossibilità del debitore di adempiere a causa delle restrizioni su di lui gravanti in quanto impostegli dall'autorità»; nel caso di specie, non risultava che il rispetto delle misure avesse sospeso l'attività dei ricorrenti. Il Tribunale ritiene pertanto «quantomeno opinabile, allo stato, l'applicabilità della disposizione de qua nell'ipotesi di incapacità patrimoniale del debitore, posto che la norma trova sicura applicazione nell'ipotesi in cui l'attuale emergenza sanitaria abbia impedito di realizzare la prestazione oggetto di obbligazione (sicché il debitore può legittimamente dichiarare al creditore che gli esiti anche indiretti delle misure di contenimento gli impediscono di eseguire la prestazione, sospendendo il proprio adempimento per tutta la loro durata e sino a che ne siano esauriti gli effetti), mentre è invece dubbio che possa applicarsi in ipotesi di adempimento di obbligazioni pecuniarie, come in prima battuta parrebbe forse escluso dal rinvio all'art. 1218 c.c., che come noto presuppone una oggettiva impossibilità della prestazione e non già una mera impossibilità soggettiva di adempiere per mancanza di liquidità (secondo l'antica massima *genus nunquam perit*)». Occorre, dunque, distinguere tra l'ipotesi di effettiva impossibilità, idonea a rendere applicabile la norma di cui all'art. 91 d.l. n. 18/2020, dall'ipotesi di temporanea difficoltà, che esclude l'applicabilità della medesima norma. Evidenzia, infatti, la Corte bolognese che «se il legislatore avesse voluto attribuire ai debitori una moratoria generalizzata a discapito degli

fondamento circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile dal debitore garantito al creditore beneficiario della garanzia, in ragione dell'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale.

interessi creditori, assumendo che l'attuale emergenza sanitaria legittimi una dilazione dei termini di pagamento per ogni debitore comunque interessato, anche in via indiretta, dalle attuali misure di contenimento e che ne soffra le indubbie conseguenze in termini di riduzione del fatturato, lo avrebbe stabilito espressamente⁷⁶. La formulazione scelta dal legislatore, pur nella sua esegesi più ampia, parrebbe invece rinviare ad un «contemperamento in concreto degli interessi coinvolti, delle ragioni del debitore e del creditore, verificando le condizioni dei soggetti interessati e in che misura siano colpiti dalle misure di contenimento, con una prudente valutazione dell'effettiva esigibilità della prestazione anche alla luce dei doveri di correttezza e di solidarietà sociale, sulla base dei fatti allegati».

Un'altra pronuncia di sicuro interesse è l'ordinanza del Tribunale di Roma del 27 agosto 2020, che si è espressa in tema di locazioni commerciali, rinegoziazione dei contratti e buona fede⁷⁷.

Nel caso di specie, una società proponeva ricorso *ex art.* 700 c.p.c. nei confronti del locatore, chiedendo l'inibizione dell'escussione della fideiussione prestata da un terzo a garanzia del pagamento del canone mensile, in ragione dell'interruzione dell'attività commerciale determinata dalle misure di contenimento del contagio da Covid-19. Secondo i conduttori, peraltro, il locatore aveva violato i canoni di buona fede e correttezza nella fase successiva alla stipulazione del contratto, in quanto non aveva ottemperato all'obbligo – derivante dal dovere gene-

⁷⁶ Com'è accaduto nella disciplina emergenziale in materia di COVID-19 con l'art. 10, comma quarto, del D.L. 2 marzo 2020, n. 9, il quale ha disposto in modo espresso e univoco, per i soli soggetti residenti, con sede operativa o esercitanti la propria attività nella prima zona rossa di Lodi e dintorni, che «il decorso dei termini per gli adempimenti contrattuali è sospeso dal 22 febbraio 2020 fino al 31 marzo 2020 e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione».

⁷⁷ Trib. Roma, sez. VI, ord. 27 agosto 2020, in *ilprocessocivile.it*, con nota di M. Di Marzio, *Covid-19: il giudice riduce il canone delle locazioni ad uso di ristorante*. In tema di locazioni commerciali e pandemia, v. V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020; F. Ferro Luzzi, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in *Giustiziacivile.com*, 9 giugno 2020; L. Massa, *Oltre la crisi, Lockdown e locazioni commerciali*, in *Giustiziacivile.com*, 16 giugno 2020.

rale di correttezza e buona fede – di rinegoziazione delle condizioni economiche del contratto di locazione a seguito delle sopravvenienze legate alla pandemia.

Il Tribunale di Roma qualifica la crisi economica legata alla pandemia e la chiusura forzata delle attività commerciali come «sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale» e rileva che nel caso delle locazioni commerciali il contratto viene stipulato proprio sul presupposto di un impiego dell'immobile per l'effettivo svolgimento di attività produttiva.

Secondo il Tribunale, dunque, se, da un lato, «i contratti a lungo termine, in applicazione dell'antico brocardo *rebus sic stantibus*, devono continuare ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando rimangono intatti le condizioni ed i presupposti di cui essi hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio»; dall'altro, qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, «la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi dell'esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto» ex art. 1375 c.c.

Nella pronuncia il Tribunale afferma, inoltre, di aderire a quell'orientamento dottrinale secondo cui la buona fede può essere utilizzata anche «con funzione integrativa cogente nei casi in cui si verificano dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che sospingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto»⁷⁸. Tali circostanze tendono a verificarsi nel caso dei c.d. «contratti relazionali implicanti un rapporto continuativo tra le parti e che mal tollerano la risoluzione del contratto, in cui rientrano le locazioni commerciali, in quanto l'eventuale risoluzione comporterebbe inevitabilmente la perdita dell'avviamento per l'impresa e la conseguente cessazione dell'attività. Pertanto, ad avviso del Tribunale, in tali ipotesi sorgerebbe, in base alla clausola generale di buona fede e correttezza, «un ob-

⁷⁸ La pronuncia fa riferimento a V. Roppo, *Il contratto*, cit., 468 e 972.

bligio delle parti di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale del contratto». E ciò in quanto la clausola generale di buona fede e correttezza ha «la funzione di rendere flessibile l'ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore». Alla luce di quanto affermato il Tribunale accoglie, dunque, la domanda cautelare del conduttore, disponendo la riduzione dei canoni di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021, nonché la sospensione della garanzia fideiussoria fino ad un'esposizione debitoria di 30.000 euro, tenuto conto che, anche dopo la riapertura dell'esercizio commerciale, l'accesso della clientela resta contingentato per ragioni di sicurezza sanitaria.

In senso opposto, si era espresso sempre il Tribunale di Roma in una pronuncia precedente, affermando che non sussistono i presupposti per accogliere il ricorso con cui l'affittuario di un ramo d'azienda ubicato in un centro commerciale, impossibilitato ad esercitare la propria attività di vendita al dettaglio per le misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, chiede in via d'urgenza la sospensione per almeno sei mesi di qualsiasi obbligo di pagamento nei confronti del proprietario del centro commerciale⁷⁹. Infatti, secondo il Tribunale, nonostante le normative emergenziali, non vi è di fatto alcuna norma di carattere generale che preveda una sospensione dell'obbligo di corrispondere i canoni di locazione ed, inoltre, non può ritenersi sussistente un obbligo per le parti di rinegoziare il contratto, con particolare riferimento al canone, in virtù del dovere di buona fede e correttezza, in quanto «si tratterebbe, del resto, di esito interpretativo – oltre che sconosciuto alla giurisprudenza formatasi in argomento – che rischierebbe di minare la possibilità, per le parti, di confidare nella necessaria stabilità degli effetti del negozio (quanto meno, i principali) nei termini in cui l'autonomia contrattuale li ha determinati».

Sempre in tema di locazione si riscontra, poi, un'altra sentenza del

⁷⁹ Trib. Roma, sez. V, 29 maggio 2020, in *Foro it.*, I, 2497 e in *Dirittobancario.it*, con nota di B. Bonfanti e A. Mager, *Diritto alla riduzione del canone di affitto d'azienda per la chiusura delle attività commerciali*.

Tribunale di Bologna che ha affermato la possibilità di emanare un decreto *inaudita altera parte* per bloccare l'incasso di alcuni assegni bancari emessi a garanzia del pagamento dei canoni locatizi di un immobile in cui si svolge l'attività per il periodo aprile-luglio 2020, in caso di impossibilità di procedere al pagamento dei canoni di locazione per via dell'emergenza sanitaria Covid-19⁸⁰.

⁸⁰ Trib. Bologna 12 maggio 2020, in *Dir. & giust.* 29 maggio 2020. In senso analogo, Trib. Rimini, 25 maggio 2020, in *ilsocietario.it*, 16 giugno 2020 ha affermato l'ammissibilità del ricorso di cui all'art. 700 c.p.c. con cui un affittuario d'azienda chiede l'inibitoria all'incasso degli assegni, rilasciati a garanzia del pagamento del canone annuale, a fronte del mancato pagamento dei canoni mensili d'affitto, dovuto all'emergenza Covid-19 e alla forzata inattività della struttura alberghiera, per cui è oggetto il contratto di affitto. V. anche Trib. Napoli, sez. IX, 15 luglio 2020 che, in tema di sfratto per morosità, ha negato la possibilità di emanare il provvedimento di rilascio qualora la parte intimata abbia corrisposto dei canoni dopo la notifica dell'atto introduttivo, «considerando che va attentamente valutata la particolare situazione di crisi economica sociale dovuta alla nota pandemia da Covid 19 che ha portato la chiusura di tutte le attività economiche per un periodo di tempo apprezzabile, in parte coincidente con le mensilità non pagate». V. inoltre, Trib. Pisa, 30 giugno 2020, che ha precisato che, in tema di contratti di locazione, chi lamenta un'eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione di un contratto a causa dell'emergenza Covid-19 ha l'onere di provarlo. Se, infatti, il ricorrente non offre alcun dato obiettivo da cui desumere un peggioramento della propria condizione patrimoniale tale da precludergli – in quanto eccessivamente oneroso – il pagamento del canone concordato, discorrendo sempre e solo in termini astratti dell'aggravamento della propria situazione patrimoniale causato dall'emergenza sanitaria, il suo ricorso per la sospensione di pagamento dei canoni non può essere accolto.

La responsabilità sanitaria alla prova del Covid-19

Chiara Iorio

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo d'indagine. – 2.1. La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria: l'art. 2236 c.c.. – 2.2. La forza maggiore. – 3. La responsabilità della struttura sanitaria. – 4. In conclusione.

1. Delimitazione del campo d'indagine

Il regime della responsabilità medica – già di recente ridefinito da fondamentali arresti giurisprudenziali¹ – è tornato ad occupare l'indagine del civilista nel contesto epidemiologico.

L'emergenza pandemica ha svelato fragilità strutturali del sistema sanitario, suscitando al contempo uno scollamento tra il comune sentire del *quisque de populo* – propenso ad esaltare il ruolo salvifico del sanitario – e le ricerche dottrinali volte a ricercare uno spazio per l'affermazione della responsabilità del medico nei casi di accertata *malpractice*².

E tuttavia, pur nell'ipotesi di una negligenza del medico, l'istanza di tutela del diritto alla salute del paziente va inevitabilmente bilanciata con la valorizzazione del contesto eccezionale della pandemia. Di tale esigenza si facevano portatori quegli emendamenti che, in sede di conversione del D.L. 18/2020³, pur nelle diverse formulazioni, proponevano di introdurre un'esimente generalizzata per la responsabilità

¹ Il riferimento, inevitabile, è al c.d. “decalogo” stilato dalle sentenze di S. Martino-bis nn. 28985-28994/2019, in *Danno resp.*, 2020, 1, 5, con nota di G. Ponzanelli.

² V. in tema G. Facci, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 3, 706.

³ D.L. 17.3.2020, n. 18, in materia di “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*”, convertito, con modificazioni, in data 24.4.2020.

personale (penale, civile, contabile e da rivalsa) dei sanitari che avessero prestato la propria attività nel contesto emergenziale⁴.

Stante il successivo ritiro degli emendamenti, l'indagine circa la risarcibilità del danno causato dal medico va ricondotta entro il sistema normativo vigente. In tale ottica, il presente contributo si propone di tracciare i confini oltre i quali la pandemia, integrando una causa di forza maggiore o di necessità, esclude la responsabilità del medico, o rende inesigibile un corretto adempimento da parte della struttura sanitaria.

L'indagine dovrà prendere le mosse dalla preliminare distinzione tra la posizione giuridica del singolo esercente la professione sanitaria, da un lato, e quella dell'istituto sanitario, dall'altro.

Come ben noto, la c.d. Legge Gelli-Bianco⁵ – ponendo fine ai contrasti interpretativi suscitati dall'ambiguità delle disposizioni legislative previgenti⁶ – ha impostato il regime della responsabilità medica su un duplice binario: responsabilità extracontrattuale del singolo esercente (art. 7, terzo comma)⁷, e contrattuale, diretta *ex art.* 1218 c.c. o indi-

⁴ Per il testo integrale delle proposte di emendamento, si rinvia a <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/350698.pdf>

⁵ L. 8.3.2017, n. 24, in materia di “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*”.

⁶ Come noto, a partire dalla Cass. 22.1.1999, n. 589 (in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di A. Di Majo; in *Foro it.*, 1999, 1, 3332, con nota di F. Ciommo; in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 653, con nota di M. Forziati), si è affermata la responsabilità contrattuale da c.d. “contatto sociale” del medico. L'entrata in vigore della Legge c.d. Balduzzi (L. 8.11.2012, n. 189) ha, tuttavia, dato luogo ad un fitto dibattito in dottrina, in ragione di quanto previsto dall'art. 3, ai sensi del quale “l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile”. Proprio il richiamo all'art. 2043 c.c., infatti, ha portato alcuni studiosi ad affermare la natura extracontrattuale della responsabilità del sanitario (V. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 367; R. Partisani, *La nuova responsabilità sanitaria dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 350 ss. Ma contrari a tale interpretazione, e quindi in favore della lettura contrattuale della responsabilità: M. Franzoni, *La responsabilità professionale nel diritto civile*, in *Assicurazioni*, 2012, 593; C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 159).

⁷ “L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e risponde del proprio

retta ex art. 1228 c.c., della struttura sanitaria (art. 7, primo comma⁸).

L'art. 9 ha, inoltre, previsto l'esperibilità dell'azione di rivalsa da parte dell'istituto – chiamato a rispondere della condotta antigiuridica del sanitario ex art. 1228 c.c. – nei confronti del medico, sebbene nei soli casi di condotta dolosa o gravemente colposa del primo.

Si noti che il regime contrattuale previsto delinea un evidente *favor* a beneficio del medico, funzionale a scongiurare il dilagare della c.d. medicina difensiva, e, più in generale, a tutelare la posizione giuridica dei sanitari, soprattutto a fronte del moltiplicarsi delle azioni giudiziarie quotidianamente intentate nei loro confronti.

Si giustificano a tale stregua anche le disposizioni aventi ad oggetto la determinazione del risarcimento del danno. Attribuendo eccezionale (rispetto ai principi del sistema risarcitorio improntato sull'art. 1223 c.c.) rilievo alla condotta del sanitario⁹, è imposto al giudice di “tenere conto” del rispetto, da parte dell'esercente, delle raccomandazioni di cui alle linee guida pubblicate dalla comunità scientifica, ovvero – in mancanza – delle buone pratiche clinico-assistenziali.

Specularmente, l'art. 590-*sexies* c.p. esclude la punibilità del sanitario per i reati di cui agli artt. 589 (Omicidio colposo) e 590 (Lesioni personali colpose) c.p., laddove, essendo l'evento causato dalla imperizia, l'esercente si sia uniformato alle suddette indicazioni.

Il quadro di mitigazione della morsa della responsabilità nei confronti del medico è, quindi, completato dalla previsione dell'impiego, ai fini del calcolo del *quantum*, delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139, Codice delle assicurazioni private.

operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”.

⁸ Ai sensi del quale “La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose”.

⁹ Non è un caso che parte della dottrina abbia ravvisato nella disposizione una ipotesi tipica di *danno punitivo*. Si rinvia sul punto a R. Pardolesi-R. Simone, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, 1, 161.

2.1. La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria: l'art. 2236 c.c.

Si consideri, anzitutto, la posizione del sanitario.

Le ipotesi di responsabilità (extracontrattuale) addebitabili, nel contesto emergenziale, al singolo esercente sono essenzialmente riconducibili al momento della diagnosi, da un lato, e a quello successivo della somministrazione delle cure, dall'altro.

Quanto al primo caso, può ipotizzarsi l'eventualità di una erronea, ovvero ritardata, diagnosi, che abbia comportato un aggravamento (scongiurabile in presenza di una diagnosi tempestiva) della patologia.

Nel secondo caso rientrano, invece, quelle ipotesi di negligente, imperita, o imprudente esecuzione del trattamento terapeutico, che abbiano causato un danno alla salute del paziente; non meno frequente è, poi, il caso in cui, in conseguenza della mancata adozione delle cautele imposte dalle *leges artis*, un paziente, affetto da diversa patologia, contragga il Covid-19 in ambiente ospedaliero.

Tanto premesso, l'analisi dovrà prendere le mosse dalla preventiva individuazione dei limiti della responsabilità sanitaria (e professionale in genere) nel contesto eccezionale di una pandemia, vale a dire dalla identificazione delle cause di giustificazione idonee ad interrompere il nesso eziologico tra azione/omissione erronea del medico, e pregiudizio patito dal paziente (esito infausto, lesioni temporanee o permanenti, contrazione della patologia in ambito ospedaliero).

V'è da interrogarsi, in particolare, su quale sia la condotta concretamente esigibile dal medico in un contesto caratterizzato dalla novità di una patologia mai studiata scientificamente e contraddistinta dall'elevata contagiosità; contesto vieppiù aggravato da una massiccia e generalizzata carenza organizzativa, tanto con riferimento alla disponibilità di terapie idonee a contrastare il virus, quanto con riguardo alla penuria di strumentazione, dispositivi di protezione individuale, nonché (e soprattutto) di posti letto in terapia intensiva e adeguato (in numero e specializzazione) personale sanitario.

Si consideri, anzitutto, quanto previsto dall'art. 2236 c.c.

Tale norma, pur non avendo avuto un massiccio impiego in giurisprudenza, è stata oggetto di un cospicuo dibattito dottrinale volto a circoscriverne l'ambito di applicazione.

È bene chiarire sin d'ora che la previsione, anche se dettata con specifico riferimento alla responsabilità contrattuale, è senz'altro applicabile anche in ambito aquiliano "in quanto prevede un limite di responsabilità per la prestazione dell'attività professionale in genere, sia che essa si svolga sulla base di un contratto, sia che venga riguardata al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio"¹⁰.

L'articolo, nel dettaglio, esclude la responsabilità del prestatore d'opera per quei danni cagionati nell'esecuzione di una prestazione implicante "la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", fatta eccezione per la ricorrenza del dolo o della colpa grave.

I contesti nei quali la previsione è stata ritenuta applicabile riguardano casi necessariamente straordinari ed eccezionali, in quanto (a) "non adeguatamente studiati dalla scienza o sperimentati dalla pratica"¹¹, oppure caratterizzati dal fatto che (b) "nella scienza medica vi siano ancora dibattiti diversi ed incompatibili sui corretti sistemi diagnostici e terapeutici fra i quali il medico debba compiere una scelta"¹².

Al fine della comprensione della *ratio* sottesa alla previsione è, invero, necessario interpretare la norma in combinato con l'art. 1176, secondo comma, c.c. Le due previsioni sono unite da un nesso di reciproca integrazione: ne consegue che l'art. 2236 non rappresenta una disposizione speciale (e dunque integrante a una responsabilità attenuata¹³) rispetto alla previsione generale relativa al grado di diligenza richiesto al professionista. Essa configura, piuttosto, una limitazione della responsabilità del prestatore¹⁴, atta a parametrare la colpa del te-

¹⁰ Così, Cass. 8.11. 1979, n. 5761, in *Giust. civ.*, 1980, I, 340; Id., 17.3.1981, n. 1544, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, 3.

¹¹ Trib. Genova, 9.8.2007.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. sul punto la sentenza della Corte Cost. 28.11.1973, n. 166, in *Giur. cost.*, 1973, 1795 ss. Ne discende che, sussistendo le suddette circostanze eccezionali, il professionista non è senz'altro legittimato ad impiegare un grado di diligenza inferiore a quello ordinariamente richiestogli, come potrebbe erroneamente dedursi dalla prevista limitazione della responsabilità per il dolo e la colpa grave.

¹⁴ In tema, M. Foglia, *Il prisma della prestazione medica e l'azzeramento dell'art. 2236 cod. civ.*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 4, 10369.

rapeuta alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento, oltre che al contesto in cui lo stesso si è svolto¹⁵.

In quanto tale, le norma si pone a “generale canone determinativo della diligenza richiesta nell'adempimento delle obbligazioni” e quindi, in prospettiva simmetrica, “quale parametro di riferimento per l'individuazione delle ipotesi di responsabilità per inadempimento”¹⁶.

È essenziale puntualizzare che da tempo il Giudice delle leggi ha circoscritto l'applicazione della norma ai soli casi di *imperizia* derivante dalla insufficiente preparazione del sanitario a risolvere problemi di eccezionale difficoltà¹⁷, escludendone l'operatività rispetto ai danni causati per negligenza e imprudenza¹⁸. Tale interpretazione limitativa – variamente criticata dalla dottrina¹⁹ – appare condivisibile, nella misura in cui evidenzia la necessità di calare la valutazione della condotta del medico con riferimento alla circostanza concreta, ma sempre nell'ottica del temperamento dei differenti interessi in gioco. Così, nel momento in cui viene salvaguardata la posizione giuridica del sanitario (circoscrivendo il livello di perizia dallo stesso esigibile in ragione

¹⁵ Cass. pen., 10.6.2014, n. 24528, in *DeG* 11.6.2014, ove si legge che l'art. 2236 “non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose”

¹⁶ Cass., 28.5.2004, n. 10297, in *Resp. civ.*, 2005, 5, 396, con nota di M. Martinelli.

¹⁷ Così, Cass. 13.1.2005, n. 583, in *Il Civilista*, 2010, 2, 86; *Conff. ex plurimis*, Cass. 16.2.2001 n. 2335, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 580; *Id.*, 18.11.1997 n. 11440, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2206; *Id.*, 12.8.1995 n. 8845, in *Rep. Foro it.* 1995, 1740, n. 17011; *Id.*, 11.4.1995 n. 4152, *ivi*, n. 168.

¹⁸ In via prettamente teorica diligenza, prudenza e perizia – quali regole di condotta per l'adempimento dell'obbligazione (di mezzi) del professionista – sono ben distinte tra loro. La perizia attiene alla cultura professionale, l'abilità tecnica o esperienza scientifica necessaria per l'esercizio della professione intellettuale; essa concerne la fase di “previsione del rischio di danno atteso”, imponendo al professionista l'acquisizione di tutte le informazioni necessarie allo svolgimento di una determinata attività. La diligenza, invece, riassume l'insieme di attenzioni e cautele che il professionista, avuto riguardo alla natura del rapporto e alle circostanze del caso di specie, deve adottare. La negligenza – in quanto condotta omissiva – differisce dalla imprudenza, che invece ricorre laddove il professionista abbia posto in essere un comportamento rischioso in assenza delle cautele richieste nel caso di specie (condotta attiva).

¹⁹ M. Foglia, *op. cit.*, 10369 ha imputato alla lettura giurisprudenziale un “azzerramento della fattispecie”; C. Granelli, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1, 22 ha, invece, parlato a riguardo di “araba fenice”.

del contesto eccezionale), è garantita anche l'effettività della tutela del paziente, il quale potrà contare su uno *standard* ordinario di diligenza e prudenza da parte dell'esercente²⁰.

Così delimitato il campo d'applicazione della norma, non vi sono dubbi circa l'astratta applicabilità dell'esimente alla situazione emergenziale in corso. Il Coronavirus, quale pandemia globale mai studiata dalla comunità scientifica e dilagata in Italia prima che nel resto d'Europa, integra senz'altro il caso eccezionale di cui all'art. 2236 c.c. Tale norma potrà trovare applicazione, dunque, nel caso in cui la terapia prescelta non abbia portato alla guarigione (proprio per l'assenza di linee guida o buone pratiche), ma anche per giustificare l'imperizia dei medici non specializzati (o in possesso di specializzazioni non afferenti alla infettivologia) i quali, assunti per sopperire alle carenze di organico nel contesto emergenziale, abbiano ignorato (non per loro colpa) le *leges artis* del caso di specie.

Si può, conclusivamente, affermare che il sanitario potrà andare esente da responsabilità soltanto nel caso in cui la sua condotta imperita sia giustificata dalla assenza di linee guida/buone pratiche in grado di orientare la condotta terapeutica; non, invece, laddove, nonostante il contesto emergenziale, egli abbia causato un danno per inosservanza delle *leges artis* note, ovvero abbia tenuto una condotta negligente o imprudente.

Tanto premesso in linea generale, è necessario distinguere tra le diverse ipotesi configurabili nel caso concreto. Non vi sono dubbi circa la possibilità di impiegare l'art. 2236 c.c. onde giustificare il pregiudizio (morte, lesione personale temporanea o permanente) che il paziente infetto abbia riportato in conseguenza di un trattamento sanitario rivelatosi incongruo. In assenza di univoche indicazioni da parte della comunità scientifica, e in un contesto globalmente eccezionale, l'imperizia del medico rinviene la propria giustificazione proprio

²⁰ Tale lettura appare anche rispondente alla volontà del legislatore: nella relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917, si legge, infatti, che l'art. 2236 c.c. fa fronte "a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista".

nell'art. 2236 c.c., ferme – per il resto – l'osservanza delle ordinarie diligenza e prudenza nell'esecuzione dei trattamenti²¹.

A soluzioni non perfettamente coincidenti potrebbe, tuttavia, giungersi con riferimento alla tardiva diagnosi. In presenza di una sintomatologia chiaramente riconducibile al virus in questione – sotto tale aspetto già noto alla comunità scientifica – non pare possibile escludere *a priori* una grossolana imperizia da parte del sanitario. Così, nell'ipotesi in cui un paziente affetto da crisi respiratoria tipicamente associata al Covid-19 sia sottoposto alle cure per una polmonite ordinaria, non potrebbe escludersi la responsabilità del sanitario in via automatica, soltanto in ragione del complessivo contesto emergenziale.

2.2. La forza maggiore

In altri casi la pandemia integra il caso di forza maggiore idoneo ad escludere il fatto illecito del medico. Si pensi al danno derivante dalla somministrazione di un farmaco c.d. *off-label*, per tale intendendosi il medicinale già registrato, ma utilizzato in modo non conforme a quello previsto²². In un contesto emergenziale contraddistinto dalla assenza di univoche indicazioni terapeutiche, è usuale il ricorso a terapie sperimentali, o la somministrazione di farmaci registrati per un diverso impiego, i quali provochino un danno biologico al paziente.

Il quadro normativo di riferimento è costituito, anzitutto, dall'art.

²¹ Cfr. però l'opinione di E. Scoditti – G. Battarino, *Decreto legge n. 18/2020: l'inserimento delle norme sulla responsabilità sanitaria*, in www.questionegiustizia.it, i quali rilevano che “l'intervento sanitario da infezione da COVID-19 non pone problemi tecnici di speciale difficoltà (...). Ciò che entra in gioco è un profilo esterno alla perizia medica, è il contesto nel quale la prestazione viene resa, rispetto al quale valgono, come criterio di giudizio, le comuni regole di diligenza e prudenza”.

²² Sul tema, F. Poli, A. Cicognani, V. Castiglione, *Responsabilità del medico e uso off-label dei farmaci dopo la legge di riforma Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 4, 1155; G. Iadecola, *Prescrizione di farmaci off label e responsabilità penale del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 1125 ss.; F. Massimino, *La prescrizione dei farmaci “off label”: adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in *Diritto e responsabilità*, 2003, p. 934; P. Piras, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1963 ss.; A. Roiati, *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato e imputazione colposa dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2009, 2382.

3, L. 94/98²³ che, al primo comma, impone al medico di attenersi “alle indicazioni terapeutiche, alle vie e alle modalità di somministrazione previste dall’autorizzazione all’immissione in commercio rilasciata dal Ministero della sanità”.

Ma ecco che il secondo comma introduce la facoltà, per il medico, di “impiegare un medicinale prodotto industrialmente per un’indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata, ovvero riconosciuta agli effetti dell’applicazione dell’articolo 1, comma 4, del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla legge 23 dicembre 1996, n. 648”, sempre che sussistano le condizioni seguenti: (a) che il medico stesso ritenga, *in base a dati documentabili*, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione; purché (b) tale impiego *sia noto e conforme* a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale; previa la (c) informazione del paziente e acquisizione del consenso dello stesso, e ferma restando (d) la diretta responsabilità del sanitario.

L’impiego a diretta responsabilità del medico di un farmaco non registrato per quel particolare uso permette di ritenere che, in presenza di un pregiudizio che il paziente abbia riportato proprio a causa del trattamento, il regime di responsabilità sia disallineato rispetto a quello generalmente vigente.

Più in particolare, pare doversi riconoscere la ricorrenza di una responsabilità *ex art. 2050 c.c.*, connessa alla pericolosità derivante dalla somministrazione di farmaci ancora “sperimentali”.

Si è consapevoli che la ricostruzione proposta potrebbe scontrarsi con la dottrina tradizionale, notoriamente ostile ad affermare che la prestazione medica possa integrare un’attività pericolosa. In effetti, risalente giurisprudenza ha affermato che “l’art. 2050 c.c. concerne genericamente le attività pericolose e non si applica a quelle per le quali il legislatore ha specificamente provveduto, sicché l’attività che formi oggetto della prestazione dovuta dal professionista (nella specie: medi-

²³ L. 8.4.1994, n. 98, in materia di “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23, recante disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria”.

co chirurgo) al proprio cliente ricade esclusivamente nell'ambito dell'art. 2236 c.c., cui è estranea ogni presunzione di colpa²⁴.

Non pare potersi dubitare, tuttavia, che in taluni casi specifici l'attività medica si presti ad essere qualificata come pericolosa²⁵, vuoi per la tipologia dei mezzi impiegati, vuoi – per l'appunto – in ragione della peculiare terapia prescelta. Tanto premesso, è noto che – secondo la dottrina maggioritaria – la responsabilità *ex art.* 2050 c.c. comporta una presunzione di colpevolezza in capo al danneggiante, il quale non è ammesso a provare il contrario, potendo soltanto dimostrare di “aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”²⁶. Ne consegue che, nei settori medici che possano definirsi come pericolosi, non può trovare applicazione – per incompatibilità logico-giuridica – il disposto dell'art. 2236 c.c.²⁷, il quale presuppone la valutazione dello

²⁴ Cass. 10.7.1979, n. 3978, *GCM*, 1979, 7, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce «Resp. civ.», n. 109.

²⁵ In tema, U. Perfetti, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2018, 2, 359, per il quale “La possibilità di ravvisare in determinati casi l'operatività della norma in questione ci sembra indiscutibile alla luce del tipo di strumenti utilizzati (si pensi alla radioterapia, alla chirurgia anche robotica, alla trasfusione di sangue, così via”. A detta dell'A., peraltro, “l'accertata possibilità di risucchiare l'attività sanitaria, nei casi concreti, nell'area presidiata dall'art. 2050 c.c., vanifica (in quei casi) a svantaggio del medico il regime di favore in ordine all'onere della prova apprestato dall'art. 2043 c.c. che pone a carico di chi agisca di provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito”.

²⁶ Per una attenta disamina della natura e delle interpretazioni giurisprudenziale della responsabilità *ex art.* 2050 c.c. è imprescindibile il richiamo a P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 2^a ed., Milano, 2019, spec. 401 ss.; C. Castronovo, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, spec. 449 ss.; G. Alpa, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, 454 ss.

²⁷ Come sostengono F. Massimino, *La prescrizione dei farmaci «off-label»: adempimenti, obblighi, responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2010, 3, 925. L'A. afferma che “è certamente utile la lettura dell'art. 2236 in combinato disposto con l'art. 2050, che stabilisce un'inversione dell'onere della prova in merito all'avvenuta adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno quando questo si sia determinato nell'esercizio di attività pericolosa, venendosi così ad includere necessariamente tra le cautele obbligatorie da parte del medico un livello di diligenza elevato e commisurato alla pericolosità del servizio in questione. Il raccordo sistematico con l'art. 2050 conduce quindi ad un'interpretazione dell'art. 2236 che, nella fattispecie concreta, lungi dal ridimensionare la responsabilità del medico, contribuisce a collocarla su un piano

stato soggettivo del prestatore d'opera (che è invece escluso dal regime di cui all'art. 2050 c.c.).

Ne deriva che, nel caso di pregiudizio derivante dalla somministrazione di un farmaco "fuori etichetta" (ma identico discorso vale anche per la terapia sperimentale), a fronte della prova, gravante sul paziente, della sussistenza del danno, nonché del nesso tra quest'ultimo e la condotta del sanitario, sull'esercente incombe un onere probatorio rafforzato. Onde andare esente dalla condanna, egli dovrà dimostrare che la peculiarità del caso in esame rendeva opportuna la somministrazione del farmaco contestato stante: (a) l'assenza di indicazioni terapeutiche per trattare il Coronavirus; (b) l'accreditamento dell'impiego di quel medicinale fuori etichetta da parte di studi scientifici; nonché – in fase esecutiva – (c) l'avvenuta attenta sorveglianza in ordine allo svolgimento della cura ed alla sua evoluzione, ad es. mediante la puntuale annotazione di reazioni al farmaco non registrate dagli studi esistenti.

La forza maggiore è idonea ad escludere la responsabilità del sanitario anche nel caso della lesione del diritto al consenso informato. Può ipotizzarsi, a tal proposito, che un paziente affetto dal Coronavirus – condotto in via d'emergenza in ospedale – sia immediatamente sottoposto a un trattamento, in assenza della preventiva informativa da parte del medico.

È senz'altro noto che la necessarietà della consapevole volontà del paziente, quale presupposto legittimante l'attività sanitaria, già da tempo enucleata dalle fonti internazionali²⁸ e dalla giurisprudenza in-

che presuppone il diritto del paziente a ricevere consapevolmente prestazioni di alto contenuto professionale, individuate dal sanitario dopo che siano state responsabilmente escluse le alternative tradizionali, e da questo attuate sulla base di una diligenza coerente con la criticità ad esse connaturata. In altri termini, la lettura dell'art. 2236 nel contesto di una prestazione sanitaria connotata da intrinseca difficoltà consente di affermare *a fortiori* la fondatezza di quell'autorevole dottrina che individua in tale norma l'obbligo del professionista di agire con cura corrispondente alla rilevante difficoltà della concreta fattispecie, al punto che la colpa grave postulata dall'art. 2236 come condizione per la responsabilità del medico sarebbe in realtà colpa lieve, ove valutata concretamente in relazione alla peculiarità del caso ed al livello professionale che esso esige".

²⁸ Ci si riferisce, anzitutto, alla Convenzione europea sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina, n. 164, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 (e nota come Convenzione di Oviedo), ratificata in Italia con L. 28.3.2001, n. 154, in Gazz. Uff., 24 aprile 2001, n. 95.

terna²⁹, ha avuto consacrazione anche a livello di legge ordinaria, per mezzo della L. 219/2017, art. 1³⁰.

Come ribadito dalla giurisprudenza più recente³¹, la lesione del diritto del paziente ad essere sottoposto a trattamenti soltanto previo consenso può essere foriera di due differenti pregiudizi: il danno alla salute, ravvisabile allorquando sia provato che il paziente – se informato – avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento (o si sarebbe sottoposto a diverso intervento) da cui ha subito conseguenze invalidanti; il danno da lesione del diritto di autodeterminazione, sussistente laddove, a causa del deficit informativo, al paziente sia residuo un danno (patrimoniale o non patrimoniale) diverso dalla lesione del diritto alla salute.

Sul punto va, tuttavia, precisato che il diritto di autodeterminazione, pur avendo fondamento costituzionale (artt. 2, 13, 32 Cost.), incontra taluni limiti in situazioni eccezionali: da un lato, l'urgenza dell'intervento sanitario che non renda materialmente possibile chiedere il consenso informato; dall'altro, il pubblico interesse previsto da una apposita disposizione di legge *ex art. 32*, secondo comma, Cost³².

Ne consegue che, nel caso di specie, il sanitario andrà esente da responsabilità qualora il mancato rilascio del consenso informato sia do-

²⁹ Il riferimento va, in particolare, a Corte Cost., 22.10.1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14, con nota di Romboli; Idd., 24.12.2000, n. 332, in *Foro it.*, I, 2000, 2739; 26.6.2002, n. 282, in *Foro it.*, I, 2003, 394; 23.12.2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328, che ha rinvenuto il fondamento del diritto al consenso informato negli artt. 2, 13 e 32 Cost., osservando come tale diritto costituisca la “sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell'autodeterminazione e quello della salute (...) in quanto se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 23, secondo comma, della Costituzione”. V. Anche Cort. Cost., 30.6.2009, n. 253, in *Fam. dir.*, 2009, 1046.

³⁰ L. 22.12.2017, n. 2019, in materia di “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”.

³¹ Da ultimo, Cass. 11.11.2019, n. 28985, in leggiditaliaprofessionale.it

³² Cass., 15.11.2019, n. 29709, in leggiditaliaprofessionale.it; Conf. Cass. 08.11.2019, n. 28812, *ibidem*.

vuto alla assoluta urgenza del trattamento sanitario; circostanza, quest'ultima, che, soprattutto nei momenti della piena emergenza, ha purtroppo registrato una percentuale rilevante di casi.

3. La responsabilità della struttura sanitaria

Di indubbio rilievo sono le ipotesi in cui il danno sia derivato da una carenza organizzativa della struttura sanitaria. Si consideri l'ipotesi in cui il decesso, o l'aggravamento della patologia, siano stati causati da un ricovero tardivo in terapia intensiva.

Trattasi di fattispecie che involgono la responsabilità non del sanitario, ma – se del caso – della struttura sanitaria nella quale egli abbia operato.

Da tempo, in effetti, la giurisprudenza³³ ha individuato una responsabilità autonoma della struttura sanitaria, in quanto tale non riferibile ad una condotta colposa del personale medico, bensì ad una colposa carenza organizzativa della struttura stessa³⁴. Tale responsabilità discenderebbe da un contratto atipico di ospedalità comprensivo, oltre che delle prestazioni mediche in senso stretto, di una serie di altre prestazioni, quali alloggio, ristorazione, disponibilità di attrezzature adeguate, sicurezza degli impianti, custodia dei pazienti, apprestamento di medicinali, nonché messa a disposizione del personale medico, ausiliario e paramedico, nel numero e con le competenze adeguati, anche nelle situazioni di urgenza³⁵.

³³ Ha inaugurato l'interpretazione il Trib. Monza 7.6.1995, che per la prima volta ha affermato che “la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria può non essere dovuta ai comportamenti dei singoli facenti parte della propria organizzazione, ma far capo alla struttura ospedaliera complessivamente organizzata”; similmente, poco più tardi, Trib. Milano, 9 gennaio 1997, che ha dichiarato che la responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero per danni alla persona del paziente “può essere dovuta anche *esclusivamente* alle colpose, gravi carenze organizzative della struttura ospedaliera stessa”.

³⁴ Cass. 19.5.1999, n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, 2874; *Danno e resp.*, 1999, 1104; Cass. 16.5.2000, n. 6318, in *Danno Resp.*, 2001, 154.

³⁵ In tema, si rinvia a M. Faccioli, *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Resp.*

L'indirizzo è stato, da ultimo, positivizzato dalla Legge Gelli-Bianco, che, nell'individuare nella *sicurezza delle cure* una parte costitutiva del diritto alla salute, ne ha predicato la realizzazione "anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative" (art. 1).

Appare, quindi, configurabile un danno c.d. da "disorganizzazione", o, secondo altri, "per inefficienza"³⁶, conseguente ad una violazione dello *standard* medio di organizzazione ed efficienza della struttura sanitaria, quale un paziente può ragionevolmente attendersi e prevedere³⁷.

La responsabilità della struttura, più nel dettaglio, sarà ravvisabile nel caso in cui non siano garantiti: (a) adeguata (in termini di tipologia, ovvero di numero) strumentazione o macchinari necessari per la prestazione sanitaria, ivi inclusi quelli necessari per le emergenze; (b) presenza di personale sanitario in numero e con una specializzazione adeguati; (c) sicurezza dell'ambiente ospedaliero, nonché (d) custodia e protezione dei pazienti più vulnerabili (malati di mente, minori).

Venendo al caso di specie, può ipotizzarsi il caso della morte di un paziente non ricoverato in terapia intensiva per insufficienza dei posti letto, ovvero non curato adeguatamente per carenza di personale sanitario (o personale specializzato), farmaci o strumentazione.

Un'altra ipotesi prospettabile è quella delle infezioni nosocomiali: si pensi al caso in cui pazienti ricoverati per patologie diverse contraggano il Covid-19 in ambiente ospedaliero, a causa di carenze organizzative della struttura. In tale circostanza, un profilo di rimproverabilità, in capo a quest'ultima, potrebbe essere connesso alla mancata adozione delle precauzioni indispensabili per scongiurare il rischio del contagio da parte dei reparti Covid-19.

È opportuno rammentare che – secondo costante giurisprudenza – la struttura sanitaria risponde *ex art. 1218 c.c.* dei danni patiti dal pa-

civ. prev., 2016, 6, 1851.

³⁶ In tema G. Iudica, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, *Resp. civ. prev.*, 2001, 3.

³⁷ Sul punto, cfr. Tribunale Bologna, 1.4.2009, in leggiditaliaprofessionale.it

ziente a seguito di infezioni nosocomiali contratte durante la degenza, nel caso in cui tali pregiudizi siano dipesi dall'inadeguatezza della struttura. Ne consegue che "è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica, nonché del relativo nesso di causalità³⁸ con l'azione o l'omissione del personale della struttura, restando a carico di quest'ultima la prova che la prestazione sia stata eseguita in modo diligente nel rispetto degli standard richiesti dalla disciplina di settore, e che l'evento lesivo sia stato determinato da un accadimento imprevisto ed imprevedibile"³⁹.

La prova liberatoria incombente sulla struttura sanitaria è, peraltro, particolarmente gravosa, consistendo nella dimostrazione "seria e rigorosa di aver fatto tutto il possibile per evitare l'insorgenza dell'infezione stessa (...) vale a dire provare di avere posto in essere ogni cautela e precauzione, funzionale, strutturale e di metodo, al fine di realizzare e mantenere costante un'ottimale sanificazione della struttura, dei locali, degli ambienti, dei mezzi e del personale addetto"⁴⁰. Deve ritenersi insufficiente, a tal fine, la mera produzione di protocolli di sterilizzazione, in assenza della prova delle condotte concretamente poste in essere dall'istituto per una efficace e consapevole opera di sa-

³⁸ Si precisa che il nesso causale sarà generalmente ritenuto esistente laddove ricorrano i seguenti criteri:

- cronologico: complicanza settica insorta subito dopo l'intervento chirurgico;
- topografico: corrispondenza topografica tra sede in cui venne effettuato l'intervento chirurgico e quello d'insorgenza della complicanza infettiva;
- idoneità quali-quantitativa: l'intervento chirurgico effettuato risulta del tutto idoneo a determinare la complicanza;
- continuità fenomenica: la sintomatologia riferita dalla paziente a distanza di pochi giorni dall'intervento chirurgico ed il quadro clinico evolutivo sviluppatosi successivamente nel corso della vicenda clinica risultano del tutto coerenti per modi e tempo d'incubazione alle caratteristiche d'esordio e d'incubazione delle infezioni dei tessuti osteomuscolari;
- di esclusione di altre cause: non sono emersi, nel corso della presente indagine, fattori idonei sotto il profilo causale nel determinismo delle sequele lesive patite dalla sig.ra C." Trib. Milano, 20.6.2018, leggiditaliaprofessionale.it

³⁹ Trib. Ravenna, 31.7.2019, in leggiditaliaprofessionale.it

⁴⁰ Trib. Roma, 22.6.2015.

nificazione⁴¹. In taluni casi, si è anche valorizzata – al fine di affermare la responsabilità della struttura – la mancata prova, da parte di quest’ultima, di “avere adeguatamente formato ed aggiornato il personale infermieristico e medico, dimostrandone con allegazione di attestati la partecipazione a corsi in materia, né di avere compiuto controlli a campione per verificare il rispetto di tali regole da parte del personale medico e paramedico”, nonché della “corretta tenuta dello strumentario e comportamento igienico della *équipe*: lavaggio mani, prelievo degli strumenti dall’autoclave ovvero apertura degli strumenti sigillati, etc”⁴². Ne consegue che l’evidenza di grossolane carenze compilative nel diario clinico del paziente danneggiato, non permettendo “di esprimere un motivato giudizio in merito alla gestione clinica di tale complicanza infettiva”, e quindi di “valutare l’idoneità dei provvedimenti terapeutici effettuati con riferimento alle tempistiche di attuazione dei provvedimenti intrapresi” determina *ex se* la responsabilità della struttura sanitaria⁴³.

Ne deriva la configurazione di una responsabilità “quasi oggettiva”

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Trib. Roma 16.1.2019.

⁴³ Così Trib. Lecce, 20.2.2018, che, in punto di riparto dell’onere probatorio, ribadisce che “per la sussistenza della responsabilità professionale medica è necessario preliminarmente, secondo i principi generali di cui all’art. 2697 c.c., che il paziente allegghi il nesso di causalità tra l’evento lesivo della sua salute e la condotta dei sanitari, dovendosi dimostrare che il peggioramento delle condizioni di salute è connesso causalmente al comportamento degli stessi. Solo successivamente all’accertamento del nesso eziologico tra l’evento dannoso e la prestazione sanitaria, andrà valutato il profilo soggettivo della sussistenza di una condotta colposa o dolosa in capo al convenuto. Con specifico riferimento alle ipotesi in cui l’eziologia del danno sia ricondotta alla contrazione di una patologia infettiva in ambiente ospedaliero – cd. infezione nosocomiale – applicando il ricordato criterio di riparto dell’onere probatorio graverà sulla struttura sanitaria convenuta, una volta che sia stato accertato il nesso causale tra il lamentato pregiudizio e l’infezione *de qua*, l’onere di dimostrare di avere diligentemente adempiuto la “prestazione” offerta al paziente, anche sotto il profilo dell’adozione, ai fini della salvaguardia delle condizioni igieniche dei locali e della profilassi della strumentazione chirurgica eventualmente adoperata, di tutte le cautele prescritte dalle vigenti normative e delle *leges artis* onde scongiurare l’insorgenza di patologie infettive a carattere batterico; nonché della prestazione, ad opera del proprio personale medico, del necessario e doveroso trattamento terapeutico successivo all’eventuale contrazione dell’infezione da parte del paziente”.

va”⁴⁴ a carico della struttura: solo in presenza della prova di aver impiegato ogni cautela possibile, potrebbe concludersi per una diversa origine dell’infezione, e quindi escludere la responsabilità in capo all’istituto sanitario.

Tanto premesso, nel caso di specie è ipotizzabile che l’eccezionalità della patologia e quindi l’assenza di reparti specializzati, da un lato, la limitatezza obiettiva della strumentazione e dei posti letto in terapia intensiva (dovute alle limitazioni finanziarie e quindi non imputabili alla struttura sanitaria), dall’altro, integrino la prova liberatoria idonea ad esentare la struttura sanitaria da ogni addebito per danno derivante da inefficienza organizzativa.

Pare, invece, difficile escludere *a priori* la responsabilità con riferimento al danno da contagio in ambiente ospedaliero. L’addebito sarà pacifico ove risultino una mancata sterilizzazione, o un inadeguato isolamento dei reparti Covid; la struttura dovrebbe, al contempo, esser ritenuta responsabile anche nel caso in cui non riesca a far fronte alla (rigorosa) prova liberatoria di cui si è detto.

4. In conclusione

Alla luce dell’analisi sino ad ora condotta, può affermarsi che il sistema vigente è già in possesso degli strumenti idonei a modulare la responsabilità dei sanitari in un contesto emergenziale.

Quanto al singolo esercente, si è avuto modo di verificare che la pandemia possa integrare il caso di forza maggiore (si pensi alla somministrazione di farmaci fuori etichetta, o al mancato consenso informato), o rendere la prestazione “di speciale difficoltà” *ex art. 2236 c.c.*, così da escludere *in toto* la responsabilità del medico.

Quanto alla struttura sanitaria, la responsabilità del danno da inefficiente organizzazione potrà essere esclusa adducendo la causa non imputabile (obiettiva limitatezza dei posti letto e strumentazione).

⁴⁴ La dottrina ha da tempo evidenziato le peculiarità della responsabilità medica da infezioni nosocomiali, qualificandola alla stregua di un “microcosmo all’interno della responsabilità civile”: Cfr., A. Davola, *Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, 357.

Se tale conclusione appare in grado di tutelare quanti in prima linea hanno prestato la propria attività professionale per fronteggiare l'emergenza, può dubitarsi che possa essere avvertita come equa da parte dei familiari dei pazienti che siano andati incontro ad un esito infausto a causa delle inefficienze organizzative dei presidi ospedalieri.

La questione involge principi costituzionali fondamentali, quali – anzitutto – il vincolo di solidarietà (tra paziente e medico, nonché tra questi ultimi e lo Stato) *ex art. 2 Cost.* che, soprattutto in un contesto emergenziale, orienta il giudizio dell'interprete⁴⁵ (nonché gli interventi del legislatore)⁴⁶.

Appaiono giustificate e vanno condivise, allora, le opinioni di quanti hanno auspicato un intervento statale, volto alla istituzione di un fondo per l'erogazione di un equo indennizzo ai soggetti danneggiati dalle carenze di organizzazione in ambito ospedaliero, sul modello degli indennizzi liquidati in favore dei soggetti danneggiati in modo irreversibile da vaccinazioni, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati infetti, ai sensi della L. 210/92⁴⁷.

⁴⁵ In generale, sul rapporto tra principi costituzionali, teoria dell'interpretazione e diritto civile si rinvia a P. Perlingieri, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2^a ed., Napoli, 2006.

⁴⁶ In tema, M. Hazan-D.Zorzit, *Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale)*, in *Ri.da.re*, 10 marzo 2020.

⁴⁷ Cfr. in tema G. Ponzanelli, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *Giustiziacivile.com*, 19 maggio 2020. Del resto, parte della dottrina ha da tempo suggerito l'introduzione di sistemi "no-fault" con riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria. Si rinvia all'uopo a L. Nocco, *Un no-fault come risposta alla «crisi» della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'«alternativa francese» a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 2, 449; G. Comandé, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e... no-blame giurisprudenziale*, *ibidem*, 2016, 1, 1; ma in senso critico Cfr. F. D. Busnelli, *Premesse giuridiche*, in V. Fineschi (a cura di), *La responsabilità medica in ambito civile*, Milano, 1988, 42.

L'esigenza di tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie ai tempi del Covid-19: la prospettiva tedesca

Martina D'Onofrio

SOMMARIO: 1. Le obbligazioni pecuniarie e il principio «*Geld hat man zu haben*» – 2. Gli strumenti a tutela del debitore nella legislazione d'emergenza: i principi ELI e l'EGBGB tedesco – 3. La moratoria dei pagamenti ex art. 240, § 1, EGBGB: un *pactum de non petendo ex lege*? – 4. La *Stundung* dei prestiti al consumatore e l'invito alla rinegoziazione ex art. 240, § 3, EGBGB – 5. Rigidità tedesca vs. elasticità italiana

1. Le obbligazioni pecuniarie e il principio «*Geld hat man zu haben*»

La diffusione del Coronavirus ha costretto gli Stati a prevedere per mezzo della legislazione emergenziale misure straordinarie allo scopo di far fronte alle criticità causate dalla pandemia, anche dal punto di vista dei rapporti giuridici tra privati.

In particolare, uno dei problemi originati dal blocco delle attività produttive a seguito del cd. *lockdown* è rappresentato dalla difficoltà da parte di molti debitori di procurarsi la liquidità necessaria per far fronte alle proprie passività.

Nel campo delle obbligazioni pecuniarie trovano scarsa effettività i rimedi già apprestati dall'ordinamento, come per esempio la sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione o la forza maggiore, salvo i pochi e marginali casi in cui il pagamento sia 'fisicamente' impedito da cause derivanti dalla inaspettata pandemia. Si pensi, per esempio, all'ipotesi di un debitore che tardi un pagamento a causa di un problema al sistema di *home banking* della propria banca, che gli impedisce di effettuare un bonifico in tempo utile. Si tratta tuttavia di casi marginali e poco rilevanti ai fini dell'analisi che si intende condurre in queste pagine.

Com'è noto, infatti, il principio di illimitata responsabilità patrimoniale sancito espressamente dal nostro codice all'art. 2740 cod. civ.

e, *ça va sans dire*, vigente anche negli altri ordinamenti, esclude che al debitore in difficoltà sia consentito di appellarsi ad alcuna forma di impossibilità soggettiva per giustificare il proprio inadempimento¹. La regola è quindi rappresentata dal principio in forza del quale la prestazione in denaro è sempre possibile. In altre parole, avvalendosi di un'espressione in lingua tedesca, «*Geld hat man zu haben*»². Si vedrà come, tuttavia, proprio in Germania, il Legislatore – con la previsione di specifiche a misure sostegno dei debitori – pare aver introdotto un temperamento a questo principio, suscitando nell'immediato le riflessioni degli interpreti³.

2. Gli strumenti a tutela del debitore nella legislazione d'emergenza: i principi ELI e l'EGBGB tedesco

Nell'ambito dell'acceso dibattito circa gli strumenti giuridici da approntare per far fronte agli effetti della crisi, l'ELI (European Law Institute) ha elaborato gli *ELI Principles for the Covid-19 crisis*: una serie di suggerimenti indirizzati agli Stati circa l'introduzione di nuovi mezzi per supportare i soggetti colpiti dai risvolti negativi dell'emergenza. In particolare, l'esigenza di tutelare i debitori in difficoltà è stata presa in considerazione al principio n. 12, comma 1, in cui si esortano gli Stati a introdurre una moratoria concernente pagamenti periodici (per es. tasse, canoni di locazione, prestiti)⁴.

¹ Quanto alla tutela del debitore di una somma di denaro nell'ordinamento italiano a fronte dell'emergenza pandemica, si veda T. dalla Massara, *L'adempimento dei debiti pecuniari e il principio di buona fede*, in questo volume.

² Cfr. sul punto D. Medicus, '*Geld muß man haben*'. *Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1988, 489 ss.

³ Tra i primi autori a soffermarsi sull'intervento del Legislatore tedesco a sostegno dei debitori, si vedano M. Schmidt-Kessel - C. Möllnitz, *Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, 1103 ss.

⁴ Negli *ELI principles for the Covid-19 crisis*, reperibili sul sito web di ELI al link https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf al principio n. 12, comma 1, si legge «*in order to mitigate the economic disruption expected from the outbreak of COVID-19, States should provide, if necessary, for a moratorium on some regular payments, particularly on*

A questo proposito, il Legislatore tedesco ha deciso di introdurre una regolamentazione *ad hoc* in tema di pagamenti, con riguardo ad alcune specifiche prestazioni pecuniarie.

In particolare, è stato aggiunto nelle disposizioni introduttive al BGB l'art. 240 EGBGB⁵, che disciplina tre categorie di fattispecie: il § 1 prevede una moratoria generale di pagamento per specifici rapporti di durata a favore di consumatori e micro-imprese⁶; 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 micro-imprese, tra cui *in primis* una *Stundung* di tre mesi sui pagamenti delle rate in presenza di particolari circostanze.

Tralasciando in questa sede il § 2, che prevede esclusivamente un divieto di risolvere il contratto di locazione per mancato pagamento dei canoni, si approfondiranno le previsioni di cui ai §§ 1 e 3, più specificamente dedicate alle obbligazioni pecuniarie.

3. La moratoria dei pagamenti ex art. 240, § 1, EGBGB: un *pactum de non petendo ex lege*?

La disposizione più rilevante per la tutela del debitore di una somma di denaro è contenuta nel § 1 dell'art. 240 EGBGB, ove si attribuisce al consumatore e alla micro-impresa 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

taxes, rents, and loans. Such measure should be based on the general principle that the final maturity date is extended for the duration of the moratorium and that neither the calculation of the amount due, nor that of other taxes or instalments subsequently due, are in any way increased. Statutory period of limitations should likewise be suspended for the same period». Per una prima lettura dei principi, corredata da una traduzione italiana degli stessi, si veda P. Sirena, *I principî dello 'European Law Institute' sulla pandemia di Covid-19*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 890 ss.

⁵ EGBGB rappresenta l'acronimo di *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*.

⁶ La definizione di micro-imprese, 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.

durata rientranti tra i servizi d'interesse generale (con l'esclusione espressa di canoni di locazione e affitto, mutui e pretese lavoristiche). 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 porre a rischio la capacità di sostentamento di sé stesso o della propria famiglia, ovvero, allo stesso modo, la micro-impresa si trovi nella condizione di non poter pagare senza mettere in pericolo i presupposti della tenuta economica dell'impresa stessa.

Tale diritto 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 nel sostentamento di sé stesso o della propria famiglia, ovvero minerebbe la capacità economica della propria impresa.

Soffermandosi sulla natura del diritto attribuito al debitore, sembra potersi affermare che il Legislatore con la disposizione di cui al § 1 preveda un *Leistungsverweigerungsrecht*, che non influisce sull'esigibilità (*Fälligkeit*) della pretesa, bensì unicamente sulla coercibilità (*Durchsetzbarkeit*) della medesima⁷. In concreto, infatti, non si impedisce al creditore di agire; si attribuisce piuttosto al debitore la facoltà di sollevare una *Einrede*, ossia 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 sempre⁸. La similitudine si rinviene nella circostanza che anche

⁷ In questo senso, si vedano M. Schmidt-Kessel - C. Möllnitz, *Coronavertragsrecht*, cit., 1105, i quali affermano che «durch Erhebung der Einrede entfällt die Durchsetzbarkeit». Il meccanismo del *Leistungsverweigerungsrecht* che dà origine all'*Einrede* è chiarito, in lingua italiana, dallo studio di G. De Cristofaro, *Il 'pactum de non petendo' nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 377 ss.

⁸ In generale, con riguardo al *pactum de non petendo*, si vedano le due monografie contemporanee di M. Orlandi, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000;

da questo negozio sorge la facoltà del debitore di opporre un'eccezione avverso la pretesa del creditore, che provoca il rigetto della domanda.

Rispetto al classico paradigma del *pactum* la moratoria di cui al § 1 della disposizione in esame parrebbe distaccarsi 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*⁹.

G. Recinto, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004. Punto di riferimento sull'argomento rimangono altresì le voci enciclopediche di V. De Villa, voce '*Pactum de non petendo*', in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1939, 408 ss.; I. Moschella, voce '*Pactum de non petendo*', in *Dizionario pratico del diritto privato*, V.1, Milano, 1939, 19 ss.; A. Berger, voce '*Pactum de non petendo*', in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 615. Numerosi anche i contributi della dottrina civilistica dedicati al tema, tra cui si vedano anzitutto M. Sargenti, '*Pactum de non petendo*' e remissione del debito, in *Foro pad.*, 1959, 299 ss.; F. Gallo, *Sulla asserita sopravvivenza del 'pactum de non petendo' nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, 129 ss.; F. Ruscello, '*Pactum de non petendo*' e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 198 ss., il quale ha ripreso successivamente il tema in Id., *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio*, cit., 546 ss.; G. Scognamiglio, *Considerazioni sul 'pactum de non petendo' alla luce di un rimeditato concetto del 'patto' nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, I, 587 ss. Inoltre, affrontano il tema muovendo dalle fonti romane G. Rotondi, *Di alcune riforme giustiniane relative al 'pactum de non petendo'*, Perugia, 1913; E. Albertario, *Efficacia del 'pactum de non petendo' sulla obbligazione solidale romana*, in *Studi in onore di C. Calisse*, I, Milano, 1940, 61 ss.; G. Segrè, *Sull'efficacia del 'pactum de non petendo'*, in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 115 ss.; M. Orlandi, '*Pactum de non petendo*' e riduzione del rapporto, in *Studium iuris*, 2001, 1441 ss.; quest'ultimo autore è tornato recentemente sul punto 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 Einforderungsverzicht ('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 e M. D'Onofrio, Pisa, 2018. Successivamente, in dialogo con Reichel, è intervenuto K. Cremer, *Das 'pactum de non petendo'*, Köln, 1959.

⁹ H. Reichel, *Der Einforderungsverzicht*, cit., 4 ss., proponeva come esempio un *p.d.n.p. ex lege* previsto da uno statuto comunale (in specie quello di Rahlstedt in Holstein del 1934), prendendolo dichiaratamente in considerazione nell'analisi circa il *p.d.n.p. negoziale*.

4. La *Stundung* dei prestiti al consumatore e l'invito alla rinegoziazione ex art. 240, § 3, EGBGB

Altra norma che disciplina 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 dilazione fino a tre mesi per le obbligazioni di restituzione di capitale e interessi, che divengano esigibili tra il 1° aprile 2020 e il 30 giugno 2020¹⁰. Anche in questo caso, di tale rinvio non ci si potrebbe avvalere qualora il creditore si trovasse a sua volta in situazione di difficoltà legata alla pandemia.

La legge configura questa dilazione alla stregua di una figura più volte menzionata o presupposta ma mai espressamente definita dal BGB: la *Stundung*¹¹. Si tratta, in sostanza, di un negozio che incide sull'obbligazione prorogandone il termine di esigibilità¹² (al contrario del *pactum de non petendo* che, come si è già detto, incide esclusivamente sulla coercibilità della pretesa).

Mentre per la generalità dei rapporti di durata il primo comma del

¹⁰ 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 di tempo, il giudice incorrerebbe in *pluris petitio* se accordasse una proroga per un più lungo periodo di tempo.

¹¹ 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 al seguente link <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.

¹² Nell'art. 240, § 3, EGBGB si afferma infatti che i crediti «*mit Eintritt der Fälligkeit für die Dauer von drei Monaten gestundet werden*».

§ 3 dell'art. 240 EGBGB si limita a fissare gli estremi della proroga, 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.

Il *favor* del Legislatore per la rinegoziazione emerge ancor più alla luce del successivo periodo della medesima disposizione, in cui – al fine di predisporre una disciplina comune per l'estinzione del debito – si prospetta per il creditore il dovere di convocare il consumatore per un colloquio, che rappresenti la sede ideale per la definizione di un programma di ammortamento del debito condiviso tra le parti.

5. Rigidità tedesca vs. elasticità italiana

Dopo aver ripercorso i caratteri fondamentali della risposta normativa del Legislatore tedesco alle difficoltà che fisiologicamente sono sorte dalla situazione di emergenza che ci ha colpito in questi mesi, con specifico riguardo all'ambito delle obbligazioni pecuniarie, palese appare la differenza rispetto al modo in cui ha agito il Governo italiano.

Se da una parte vi è la rigidità delle norme tedesche, che – pur lasciando importanti spiragli all'autonomia privata – dettano analiticamente 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, dall'altra parte è agevole notare come l'Italia abbia – per lo meno sinora – disciplinato la stessa questione con una maggiore flessibilità. Il tema è infatti regolato da una disposizione ellittica, contenuta nel cd. Decreto 'Cura Italia', in cui all'art. 91 si afferma che: «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 deca-

denze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»¹³. Pare chiaro che tale disposto lasci una zona grigia molto più ampia: ci si deve chiedere entro quali contorni il rispetto delle misure sollevi il debitore di una prestazione pecuniaria dalle conseguenze dell'inadempimento o, a monte, se questa norma si applichi o meno alle obbligazioni pecuniarie che, come si è detto in esordio, si caratterizzano per essere in ogni caso eseguibili e mai impossibili¹⁴.

È soltanto parzialmente in grado di supplire a quest'incertezza la moratoria introdotta dall'art. 56 del 'Cura Italia', la quale esclude dal proprio campo di applicazione i consumatori¹⁵; lacuna che ha tentato di colmare l'accordo tra questi ultimi e ABI, per la moratoria dei prestiti concessi ai privati. Manca però in Italia un rimedio che riguardi tutti quei pagamenti periodici che non derivino da contratti bancari.

Orbene, evidente è la differenza tra i due tipi di approccio: l'uno – quello del Legislatore tedesco – molto stringente, l'altro – quello adottato dal Governo italiano – più aperto ed elastico. Volendosi astenere da un giudizio di valore rispetto al confronto tra i due modelli, la sfida che gli Stati sono chiamati ad affrontare consiste nel trovare un punto di equilibrio tra gli interessi dei soggetti coinvolti e, al contempo, nell'assicurare l'effettività delle misure previste.

¹³ Questa disposizione è contenuta all'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. Cura Italia), che ha inserito il testo citato al comma 6-*bis* del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13.

¹⁴ Sulla disciplina italiana si sono soffermati, tra i molti, F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del 'coronavirus': interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 ss.; A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto 'cura Italia'*, in *Contratti*, 2020, 213 ss.; T. dalla Massara, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contratti*, 2020, 351, ss.

¹⁵ L'art. 56, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. Cura Italia), prevedeva, fino al 30 settembre 2020, per microimprese e PMI un divieto di revoca da parte della banca di aperture di credito e prestiti accordati a fronte di anticipi, la proroga dei prestiti non rateali e la sospensione del pagamento delle rate o dei canoni di leasing, mutui e altri finanziamenti a rimborso rateale.

Gli effetti del Covid-19 sui contratti di locazione commerciale

Francesca Ferretti

1. Premessa

È drammaticamente pacifico che la pandemia da Coronavirus abbia generato una profonda crisi non solo in termini di emergenza sanitaria, ma anche a livello socio-economico, che mette in luce, tra gli altri, il problema – di non immediata né agevole soluzione – inerente la gestione delle sopravvenienze perturbative del sinallagma contrattuale in tutti i contratti di durata, i cui effetti non si esauriscono in un solo momento, ma si protraggono nel tempo, essendo le parti tenute a rinnovare la prestazione ininterrottamente o ad intervalli regolari¹.

Il problema è acuito dal fatto che tali sconvolgimenti ineriscono contratti che, presi singolarmente, implicano spesso spostamenti poco significativi di ricchezza; tuttavia, con riguardo alla portata complessiva del fenomeno, considerando sia l'elevato numero di rapporti coinvolti sia la loro appartenenza a tipologie contrattuali eterogenee, è facile intuire la portata dirompente delle conseguenze sul piano generale, sia in termini di squilibri (micro e macro) economici, sia in relazione all'inevitabile incremento dell'aspro contenzioso giudiziario in materia, in grado di generare difficoltà al contempo individuali e di sistema.

¹ Il punto è colto da C. Twigg-Flesner, in *A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of Covid-19 - Change of Circumstances, Force Majeure or what?*, in K. Pistor, *Law in the Time of Covid-19*, Columbia Law School, 2020, spec p. 155: “A key issue affecting businesses (and consumers) is the impact of the pandemic and its consequences on many existing contracts, particularly those where performance is to occur over a period of time and/or to commence at some point in the future. For contracting parties the pandemic and its consequences could not have been foresee”, e p. 164: “However, the impact of the Covid-19 pandemic is such that the number of contracts affected will be enormous. Moreover, it is just not a selected category of contracts which is affected, but a wide-range of contracts across the economy”.

La gestione delle sopravvenienze è un tema sicuramente non nuovo nel dibattito della dottrina civilistica, che da tempo si è interrogata sulla questione, cercando di individuare adeguate strutture rimediali al problema, anche nell'ottica di prediligere soluzioni conservative e manutentive del vincolo contrattuale rispetto ad opzioni caducatorie; ciò, vuoi mediante la rinegoziazione convenzionale², vuoi, in via residuale, attraverso l'intervento giudiziale.

Può tuttavia condividersi l'idea di chi sostiene che l'emergenza Covid-19 abbia sortito – invero paradossalmente – anche un qualche effetto “positivo” sul punto³, imprimendo una brusca accelerazione a processi innovativi che, senza di essa, avrebbero necessitato di tempi di evoluzione molto più dilatati, fornendo nuova linfa vitale ad un antico e mai sopito dibattito.

In particolare, potrebbe essere questa l'occasione per riveditare l'impostazione del diritto dei contratti, legata al rigido ma generico principio *pacta sunt servanda*, anche alla luce del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, al fine di evitare che lo shock della pandemia stravolga in misura irrimediabile la normale esecuzione del contratto e con

² Il riferimento è alle autorevoli soluzioni proposte, tra gli altri, da R. Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004, II, p. 722 ss., secondo il quale nei contratti a lunga durata sarebbe implicita una clausola di rinegoziazione “*in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno*” e da F. Macario, da ultimo in *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di Coronavirus*, in Giustiziacivile.com, 17 marzo 2020, spec. p. 219; Id., *I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, t. 2, 2006, p. 705; Id., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, p. 1026. In precedenza, il tema era stato trattato anche da R. Tommasini, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, 104; P. Gallo, *Revisione del contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XVII, Torino, 1998, 431.

³ G. Grisi, *La lezione del coronavirus*, in Juscivile.it, 2020, 1, pp. 190-214, spec. p. 208: “*La pandemia in atto – lo abbiamo detto – è uno spartiacque e non è vuota retorica, né immotivato ottimismo a spingerci ad affermare che il dopo COVID-19 può essere migliore del “prima”. (...) Ho fiducia perché, nella situazione in atto, vedo semi che possono dare buoni frutti, se sapremo con cura coltivarli. Sicché, come ogni cosa terrena, una medaglia ha sempre il suo rovescio e il male assoluto – ammesso che esista – non ha le sembianze di quello che oggi registriamo. Il terribile coronavirus ha, nascosta, un'anima buona che, con intelligenza, dovremo cercare di far affiorare*”.

l'obiettivo di fornire una soluzione alternativa e conservativa del rapporto, alla luce dell'opposto principio *rebus sic stantibus*⁴, quale clausola implicitamente contenuta nel regolamento di ogni contratto ad effetti non istantanei.

Tale soluzione sembra coerente anche con l'assiologia del sistema giuridico italo-comunitario⁵, atteso che *l'European Law Institute* ha elaborato, appositamente per la situazione emergenziale in atto, i cd. *Eli principles for the Covid-19 crisis*, tra i quali il principio numero 13, rubricato *Force majeure and hardship* prevede, al paragrafo 2, che, laddove la prestazione sia diventata eccessivamente difficile (ivi compresa l'ipotesi di un incremento significativo del costo della prestazione) a seguito della pandemia o delle misure restrittive adottate durante la stessa, gli Stati europei dovrebbero assicurare, in accordo col principio della buona fede, che le parti avviino la rinegoziazione, anche se ciò non sia stato previsto nel contratto o dalla legislazione vigente⁶.

2. L'obbligo di pagamento del canone di locazione in fase di lockdown

Nello specifico interesse del presente contributo, ci si soffermerà

⁴ In questi termini, *Relazione Tematica della Corte Suprema di Cassazione, Novità normative e sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, n. 56, 8 luglio 2020, pp. 1-28, spec. p. 19.

⁵ Per un'esaustiva analisi sulla prospettiva assiologica, sia consentito il rinvio a P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; Id., *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008; Id., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 2 p. 530-545; Id., *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Il Foro napoletano - Nuova Serie*, 2014, 2, pp. 449-458.

⁶ *Eli principles for the Covid-19 crisis*, in www.europeanlawinstitute.eu; traduzione testuale dell'art. 13 par. 2: "Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including where the cost of performance has risen significantly, States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation".

sull'analisi degli effetti giuridici dell'epidemia Covid-19 prodotti su uno specifico tipo di contratto di durata, quale il contratto di locazione, fisiologicamente esposto alle sopravvenienze che intervengono nel corso dell'esecuzione del rapporto, evidenziando le particolari problematiche afferenti le locazioni aventi ad oggetto immobili non adibiti ad uso abitativo, ma nei quali si svolgono attività commerciali.

Tale categoria presenta maggiori profili di criticità, *in primis* a causa delle misure restrittive adottate in sede nazionale e regionale che in alcuni casi hanno imposto il totale divieto di svolgimento dell'attività (negozi di abbigliamento, bar, ristoranti...) per cui i conduttori degli immobili, adeguandosi inevitabilmente a tali prescrizioni, si sono trovati – sia pure temporaneamente, nel periodo di totale lockdown – nell'impossibilità, stante il totale azzeramento di fatturato, di ottenere ricavi con cui pagare i propri debiti (tra cui proprio i canoni del contratto di locazione)⁷.

In relazione a tale specifico profilo, è rapidamente giunta una prima risposta da parte del legislatore: l'art. 65 del D.L. 18 del 17 marzo 2020 (cd. Decreto "Cura Italia") ha infatti previsto per i soggetti esercenti attività di impresa (non rientranti fra quelle essenziali e per l'effetto, consentite, di cui al D.P.C.M. 11 marzo 2020) per il mese di marzo 2020, un credito di imposta pari al 60% dell'ammontare del ca-

⁷ Il d.l. n. 19 del 25 marzo 2020 recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19" convertito in l. n. 35 del 22 maggio 2020 ha indicato, tra le possibili misure suscettibili di attuazione: "u) limitazione o sospensione delle attività commerciali di vendita al dettaglio, a eccezione di quelle necessarie per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità da espletare con modalità idonee ad evitare assembramenti di persone, con obbligo a carico del gestore di predisporre le condizioni per garantire il rispetto di una distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio; v) limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti; z) limitazione o sospensione di altre 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 previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale". Tali misure sono state nello specifico attuate con i D.P.C.M. dell'11 e del 22 marzo 2020.

none di locazione, da utilizzare in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241 purché relativo ai soli immobili rientranti nella categoria catastale C1 (negozi e botteghe).

Non sembra che tale misura incida sul contenuto del contratto di locazione, né che modifichi la prestazione a carico del conduttore; anzi, *“nell'alleviare la posizione economica del conduttore, presuppone comunque il pieno adempimento dell'obbligazione di pagamento del canone”*⁸.

Questa è l'interpretazione che è stata anche accolta dalla Circolare n. 8/E del 3 aprile 2020, con la quale l'Agenzia delle Entrate, pronunciandosi in relazione alla necessità o meno del pagamento del canone di locazione per la mensilità di marzo allo scopo di beneficiare del credito di imposta di cui all'art. 65, ha affermato che *“l'agevolazione in esame ha la finalità di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica nei confronti dei soggetti esercitanti attività d'impresa (...) La stessa [disposizione] ha la finalità di ristorare il soggetto dal costo sostenuto costituito dal predetto canone, sicché in coerenza con tale finalità il predetto credito maturerà a seguito dell'avvenuto pagamento del canone medesimo”*.

Deve comunque darsi atto che, quantomeno nel periodo di lockdown, le misure prese dalle pubbliche autorità hanno vietato integralmente lo svolgimento di molte attività commerciali negli immobili oggetto di locazione.

Da un punto di vista prettamente giuridico, giova rilevare che l'art. 1575 c.c. n. 3), pur prescrivendo al locatore l'obbligo specifico di garantire al conduttore il pacifico godimento dell'immobile, non può estendersi sino a coprire il rischio di una limitazione dell'attività economica del conduttore: occorre infatti distinguere, quanto al rischio di impossibilità dell'uso convenuto, tra quello derivante dallo svolgimento dell'attività e quello dipendente dalle caratteristiche dell'immobile: nel primo caso, esso ricade sul conduttore, nel secondo, sul locatore⁹.

⁸ V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in Giustiziacivile.com, 31 marzo 2020, spec. p. 3.

⁹ Secondo un orientamento registrato nella giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 7081 del 2006, in *Rivista giuridica dell'edilizia* 2007, 1, I, pp. 90-92 con nota di M. De Tilla, *Sulla responsabilità del locatore in relazione alle autorizzazioni*; Cass. n. 12286 del

È necessario pertanto individuare il contraente sul quale debba gravare il relativo rischio, intendendosi, con quest'ultimo termine, la prospettiva *ex ante* del peso scaturente dall'“*impossibilità sopravvenuta della prestazione non causata dalla colpa o dal dolo delle parti, se del caso dovuta al perimento o la “scomparsa” del bene oggetto della prestazione*”¹⁰.

Un'autorevole tesi¹¹ sottolinea che le misure restrittive hanno impedito lo svolgimento delle attività commerciali nei locali aperti al pubblico, e che il conduttore sia così venuto a trovarsi nella condizione di impossibilità giuridica di servirsi dell'immobile per l'uso determinato nel contratto di locazione *ex art. 1587 n. 1 c.c.*; a ben guardare però, tale profilo di rischio non attiene all'esercizio delle attività *ex se* – comunque consentite se svolte fuori dai locali commerciali o con modalità a distanza – bensì allo svolgimento delle stesse all'interno dei predetti immobili, dei quali per l'appunto viene disposta la chiusura. Da tale ragionamento, in coerenza con i criteri sopra indicati, discende che il rischio dell'impossibilità, in quanto riferito all'uso convenuto del bene, dovrebbe allora ricadere sul locatore.

In casi simili, è dunque il locatore ad essere inadempiente, non riu-

2011, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, 2011, 5, p. 637; Cass. n. 20067 del 2008, in *Giustizia civile*, 2010, 1, I, p. 156) nei contratti di locazione relativi ad immobili destinati ad uso non abitativo, la mancanza delle autorizzazioni o concessioni amministrative che condizionano la regolarità del bene sotto il profilo edilizio ed in particolare la sua abitabilità e la sua idoneità all'esercizio di una specifica attività, costituisce inadempimento del locatore che giustifica la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1578 c.c. Tale tesi è stata di recente ulteriormente precisata, nel senso che solo quando l'inagibilità o l'inabitabilità del bene attenga a carenze intrinseche o dipenda da caratteristiche proprie del bene locato, sì da impedire il rilascio degli atti amministrativi relativi alle dette abitabilità o agibilità e da non consentire l'esercizio lecito dell'attività del conduttore conformemente all'uso pattuito, può configurarsi l'inadempimento del locatore. *Cfr.* sul punto Cass. n. 13651 del 2014, in *Guida al diritto*, 2014, 43, p. 62; Cass. 666 del 2016, in *Guida al diritto*, 2016, 8, p. 93; Cass. n. 16918 del 2019, in *Il Foro italiano*, 2019, 10, pt. 1, pp. 3176-3180, con nota di J. Di Rosa, *In tema di eccezione di inadempimento nel contratto di locazione*.

¹⁰ U. Malvagna, *Clausola di “riaddebito” e servizi di pagamento*, Milano, 2018, p. 41 ss.

¹¹ U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziavivile.com*, 21 aprile 2020.

scendo a garantire al conduttore il pacifico godimento dell'immobile, secondo quanto ora affermato; ma tale inadempimento non è a lui imputabile, dipendendo dal necessario adeguamento alle prescrizioni di legge. Dunque nei confronti del locatore troverà applicazione la scriminante del cd. *factum principis*, che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., determina l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al locatore-debitore. Trattasi di una impossibilità definitiva (la non utilizzabilità dei locali durante il periodo di sospensione dell'attività per *factum principis* è una prestazione perduta per sempre) ma temporanea, perché destinata a durare per tutto il periodo di sospensione e non oltre, salva comunque l'eventuale applicazione della parte finale dell'art. 1256 comma 2 c.c., e con la precisazione terminologica per cui, nel passaggio dal lessico dell'obbligazione a quello proprio del contratto, l'impossibilità della prestazione da "temporanea" diventa "parziale"¹².

Per contro, il locatore non potrà pretendere, per il medesimo intervallo di tempo nel quale è egli stesso inadempiente, sia pure "scriminato", la corresponsione del canone di locazione; in altri termini, "dalla data di chiusura (totale) ex lege e sino alla data in cui l'attività può di nuovo essere esercitata, il *factum principis* integra un caso di forza maggiore che esonera il locatore (creditore del canone ma debitore dell'uso pacifico dell'immobile) da responsabilità ma parallelamente esonera il conduttore (debitore del canone ma creditore dell'uso del bene) dal pagamento del canone"¹³.

Dunque, secondo tale tesi, l'impossibilità da parte del locatore di garantire il godimento del bene dovrebbe estinguere del tutto il corrispondente obbligo di pagamento dei canoni, limitatamente all'intervallo di tempo nel quale non si è fatto uso del bene, in virtù dell'applicazione analogica vuoi dell'art. 1463 c.c., vuoi dell'art. 1460 c.c.¹⁴. Tale soluzione sarebbe possibile solo previa ricostruzione del

¹² U. Carnevali, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in *Contratti*, 2000, 2, p. 115-117, spec. p. 116.

¹³ F. Brighenti, C. G. Martinelli, *Crisi da Coronavirus e locazioni. Aspetti civilistici e fiscali*, in *Bollettino tributario di informazioni*, 2020, pp. 575-577, spec. p. 575.

¹⁴ U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 8.

contratto di locazione come contratto strutturato a “coppie di prestazioni”, tali essendo quelle prestazioni che possono essere giuridicamente ed economicamente distinte dalle coppie precedenti e dalle coppie successive nell’ottica diacronica di esecuzione del rapporto contrattuale, e che le parti pongono in essere sulla base del nesso di biunivocità che le vincola reciprocamente, in modo da attuare costantemente, mediante lo scambio tra prestazione e controprestazione, l’originario equilibrio sinallagmatico del contratto¹⁵.

È stata prospettata pure la diversa ipotesi per la quale il conduttore, interessato a proseguire il rapporto di locazione e che abbia mantenuto la detenzione dell’immobile, possa opporre al locatore in via di eccezione non il totale rifiuto di pagamento del canone, bensì il diritto ad una sua riduzione, tendenzialmente del 50%, quale “*espressione aritmetica di una solidarietà perfettamente paritaria*”¹⁶, esclusivamente per il tempo di mancato utilizzo dell’immobile; ciò, in virtù dell’applicazione in via analogica dell’art. 1464 c.c., per la quale il contraente non liberato (il conduttore) ha “*diritto a una corrispondente riduzione della prestazione*” a cui risulta comunque tenuto¹⁷.

Giunge ad ancora diverse conclusioni l’autorevole opinione di chi, escludendo l’applicabilità della scriminante del *factum principis* alle

¹⁵ U. Carnevali, *L’inadempimento*, in U. Carnevali, E. Gabrielli, M. Tamponi, *La risoluzione*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2011, p. 209 ss; da ultimo, v. E. Gabrielli, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giustizia Civile*, 2, 2018, pp. 267-290, spec. p. 276. In giurisprudenza, cfr. Cass. 12 dicembre 1991, n. 11810, in *Diritto e giurisprudenza agraria*, 1992, 2, pt. 2, p. 90, con nota di I. Cappiello, *Sulla validità della clausola risolutiva espressa apposta sul contratto di affitto agrario*; Cass. 15 maggio 2012, n. 7550, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 12/1, pp. 1063-1069, con nota di G. Orefice, *L’eccezione di inadempimento nei contratti ad esecuzione continuata o periodica*.

¹⁶ V. Roppo e R. Natoli, *Contratto e Covid-19, Dall’emergenza sanitaria all’emergenza economica*, in *Giustiziainsieme.it* del 28 aprile 2020; S. Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al Covid-19*, in *Giustiziacivile.com* del 25 marzo 2020, p. 9.

¹⁷ “*Nel contratto di locazione, nel verificarsi della situazione descritta, il conduttore ha diritto a una riduzione del canone*”: giunge a tale conclusione A.A. Dolmetta, in *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *www.ilcaso.it*, 23 aprile 2020.

obbligazioni pecuniarie¹⁸ – non essendo l'adempimento di queste ultime affatto precluso dalle misure di contenimento e di gestione dell'epidemia di Covid-19 – sostiene che i canoni di locazione ad uso non abitativo siano in generale dovuti senza riduzione alcuna, nonostante la sospensione o il divieto di svolgimento dell'attività dell'impresa locataria¹⁹.

Al più, sempre secondo la tesi in esame, la sola impossibilità che potrebbe venire in rilievo sarebbe quella, di natura temporanea e relativa, qualificabile come impossibilità di fatto (e non di diritto) della prestazione per causa di forza maggiore, se il conduttore dimostra che il puntuale adempimento dell'obbligazione pecuniaria avente ad oggetto il pagamento del canone determinerebbe il suo dissesto economico. Solo qualora il conduttore-debitore fornisca la prova che la diligenza a lui richiesta al fine di superare la situazione di impossibilità relativa di esecuzione della prestazione superi il limite dell'esigibilità, allora potrà farsi applicazione degli articoli 1256 e 1258 c.c.

In coerenza con quanto da ultimo sostenuto, assume rilievo un'altra disposizione del cd. Decreto "Cura Italia", il cui articolo 91 comma primo integra il dettato dell'articolo 3 del d.l. n. 6 del 2 marzo 2020, ora convertito il l. n. 13 del 2020, con il comma *6bis*, il quale prevede che il rispetto delle misure dettate per il contenimento dell'epidemia "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

¹⁸ Più in generale, la giurisprudenza è costante nel ritenere che nel caso di prestazioni aventi ad oggetto una somma di denaro, non è configurabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, in omaggio al principio secondo cui *genus numquam perit*. V. Cass. n. 6954 del 30 aprile 2012, in *Giustizia civile*, 2013, 9, I, p. 1873; in dottrina, *ex multis*, M. C. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 107: "... al debitore pecuniario non è consentito addurre a sua esimente la dimostrazione di essersi diligentemente sforzato per adempiere. Per quanto attiene alle obbligazioni pecuniarie ci limitiamo ad osservare che il problema fondamentale dell'inadempimento attiene non tanto alla responsabilità del debitore quanto all'effettiva garanzia patrimoniale del credito".

¹⁹ P. Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *Derecho de los Desastres: Covid-19, Tomo II: Estudios Internacionales*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, pp. 1327-1338, spec. p. 1331 e p. 1334.

relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

La norma non esclude a priori la responsabilità del debitore-conduttore inadempiente, che sarà comunque tenuto al pagamento del canone (sia quello previsto per il periodo di sospensione delle attività, sia *a fortiori*, per la fase successiva di riapertura) ma gli consente di addurre una causa di giustificazione per il mancato o parziale adempimento, introducendo un'ipotesi *ex lege* di impossibilità temporanea della prestazione per causa non imputabile al debitore²⁰.

Occorre precisare che tale ipotesi di impossibilità temporanea va collocata al di fuori della previsione codicistica di cui all'art. 1256 comma 2 c.c., atteso che non è ipotizzabile una situazione di impossibilità oggettiva (anche solo parziale o temporanea) di un'obbligazione pecuniaria, potendosi al più configurare una situazione di soggettiva difficoltà economica del conduttore. La Corte di Cassazione ha infatti costantemente ribadito che l'obbligazione pecuniaria (qui declinata come pagamento del canone di locazione) è sempre oggettivamente possibile, salva l'ipotesi di un'impotenza economica soggettiva in capo al singolo debitore, della quale fornisce una lettura restrittiva: *"l'impossibilità della prestazione deve consistere, ai fini dell'esonero della responsabilità del debitore, non in una mera difficoltà, ma in un impedimento obiettivo ed assoluto che non possa essere rimosso, non potendosi ravvisare nella mera impotenza economica derivante dall'inadempimento di un terzo nell'ambito di un diverso rapporto"*²¹.

Può qui solo accennarsi all'acuta considerazione di chi²² sostiene

²⁰ V. Pandolfini, *Contratti di locazione commerciale: rinegoziare il canone ai tempi del Coronavirus*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 6 maggio 2020; A. M. Benedetti, *Il "rapporto" obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?* in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020, spec. p. 7-8: *"il comma 6-bis, disciplinando una causa straordinaria di giustificazione dell'inadempimento, introduce contestualmente una causa legale di sospensione dell'adempimento (...); nel senso che il debitore può dichiarare al creditore di sospendere il proprio adempimento in vista dell'osservanza delle misure di contenimento e per tutta la durata di queste"*.

²¹ V. Cass. n. 9645 del 20 maggio 2005, in *Contratti*, 2004, 12, p. 1137; Cass. n. 25777 del 2013, in *GiustAmm.it*, 2014, 9, tot. pp. 7, con nota di N. Scipelliti, *La moralità incolpevole e le nuove frontiere del diritto civile*.

²² T. Dalla Massara, *Emergenza e ritardo nei pagamenti: la proposta di un possibile*

invece che l'introduzione nel sistema di una norma *ad hoc*, volta a introdurre il profilo soggettivo della diligenza esigibile dal debitore come parametro di valutazione dell'inadempimento delle obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro - inadempimento da sempre considerato in termini rigorosamente ed esclusivamente oggettivi - consenta una rilettura rinnovata di tale categoria di obbligazioni, secondo il canone di buona fede *ex art. 1175 c.c.*, del tutto coerente con il principio solidaristico di cui all'art. 2 della Costituzione.

Trattasi di riflessione affatto pacifica, ma anzi decisamente contestata anche di recente nella "Relazione tematica predisposta dai Consiglieri di Cassazione in materia di misure contrattuali e concorsuali anti Covid-19", laddove si ribadisce, per contro, che "*pur nel quadro costituzionale del principio solidaristico, il concetto di impossibilità della prestazione non ricomprende, (...) la c.d. impotenza finanziaria, per quanto determinata dalla causa di forza maggiore in cui si compendia l'attuale emergenza sanitaria*"²³.

3. La rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale in corso

Tutto quanto sinora affermato non basta a risolvere il problema della sorte dei contratti di locazione commerciale ancora in corso, nell'ottica temporalmente più dilatata del medio e del lungo periodo, relativa alla fase post-lockdown (tuttora in corso) durante la quale, venuto meno il divieto di svolgimento delle attività, i conduttori degli immobili sono tornati nella disponibilità dei locali. Occorre dunque esaminare e (tentare di) risolvere la questione in termini più generali e cronologicamente estesi, considerata la globale diminuzione di redditività che tutti i conduttori di locazioni commerciali si sono trovati e si troveranno a subire, sia a causa del calo di consumi, sia per il necessa-

percorso argomentativo, in www.academia.edu, pp. 1-5, spec. p. 4: "Il profilo soggettivo collegato alla difficoltà dell'adempire potrebbe venire ad assumere un rilievo in connessione con le ragioni di difficoltà di adempire, anche solo di contesto, che possono trovare base nella recente emergenza sanitaria".

²³ *Relazione Tematica della Corte Suprema di Cassazione, Novità normative e sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit. p. 7.

rio adeguamento alle disposizioni di sicurezza (si pensi agli obblighi di sanificazione ed igienizzazione, alle ridotte modalità di accesso e fruizione degli immobili...)²⁴.

Il comma *6bis* si limita a considerare, in un'ottica di necessaria contingenza, il solo aspetto particolarmente urgente del mancato o ritardato pagamento del canone di locazione relativo, e non risolve il diverso problema dell'incidenza della crisi economica sull'esecuzione dei contratti di locazione commerciale ancora in corso. È dunque necessario interrogarsi su tale profilo che, com'è stato già acutamente osservato, “*trascende la questione del mancato pagamento del canone e tocca invece il diverso profilo del rapporto locativo*”²⁵, allo scopo di individuare le strutture rimediali di cui le parti potranno avvalersi al fine di consentire il miglior bilanciamento possibile tra gli opposti interessi di conduttore e locatore.

In primis, è chiaro che il conduttore, che mantenga al contempo la detenzione dell'immobile, non possa procedere all'autosospensione del pagamento del canone, che si tradurrebbe in una modalità di autotutela non prevista nell'ordinamento giuridico e dunque non autorizzata, perché contraria a buona fede; per contro, una scelta in tal senso potrebbe esporlo ad un'azione di risoluzione per inadempimento da parte del locatore, decorso l'ambito applicativo temporale del disposto di cui all'art. 91 d.l. n. 18 del 2020²⁶. Chiara sul punto è la progressiva

²⁴ La struttura bifasica della situazione emergenziale (rispettivamente, di breve periodo nel corso del lockdown, e di lungo periodo nella ripresa successiva) è sinteticamente colta dalle parole di N. Crispino e F. Troncone, in *Emergenza Coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione ad uso commerciale*, in www.ilcaso.it, 31 marzo 2020, pp. 1-12. V. spec., p. 2: “*Ora, accanto agli effetti nel breve periodo della possibile crisi di liquidità che ha potuto attingere alcuni conduttori, superata la fase emergenziale e allentati i vincoli allo spostamento fisico delle persone, è anche possibile che l'importo del canone di locazione originariamente pattuito divenga non più sostenibile in una cornice di complessiva recessione economica*”.

²⁵ V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., p. 5.

²⁶ Cfr. Ord. Trib. Pordenone dell'8.7.2020, in www.expartecreditoris.it: “*La pandemia da Covid-19 non consente all'affittuario i un'azienda o al conduttore di un immobile di sospendere o rifiutare il pagamento del canone nell'ipotesi in cui l'attività esercitata sia risultata interdetta dai provvedimenti emergenziali. Il c.d. lockdown non ha legittimato né ha determinato il sorgere d'un automatico diritto al non adempimento dell'obbligazione di versamento dei canoni d'affitto o di locazione*”.

giurisprudenza di legittimità, secondo la quale “*la sospensione totale o parziale dell’adempimento dell’obbligazione del conduttore è, difatti, legittima soltanto qualora venga completamente a mancare la controprestazione da parte del locatore, costituendo altrimenti un’alterazione del sinallagma contrattuale che determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti*”²⁷. Non sono mancate sul punto audaci opinioni contrarie, che fondano la legittimazione di questa peculiare forma di autotutela, che si traduce nell’esercizio di uno *jus variandi* unilaterale, sia sulla situazione emergenziale in atto, sia nella possibilità di un sindacato giudiziale a posteriori circa il corretto esercizio di tale potere²⁸.

Al conduttore è invece sempre pacificamente consentito l’esercizio del diritto potestativo di recesso legale di cui all’art. 27 della L. n. 392 del 1978, allorquando si configurino i “gravi motivi” che gli permettano – previo corretto espletamento dell’onere della prova a suo carico – di recedere dal contratto di locazione ad uso non abitativo dando un preavviso di almeno sei mesi (periodo per il quale saranno dovuti i canoni di locazione) da comunicarsi con lettera raccomandata²⁹. Una soluzione di questo tipo, in astratto possibile, nei fatti risulterà inadeguata a tutelare le esigenze del conduttore, dal momento che determina la cessazione del rapporto contrattuale e, con ogni probabilità, dell’attività imprenditoriale svolta dallo stesso³⁰.

²⁷ Cass. n. 20908 del 2018, in DeJure.it; Cass. n. 18987 del 2016, in Giustiziacivile.com, 2017, fasc. 1, pp. 1-7, con nota di Vigoriti Luigi G., *È preclusa al conduttore la facoltà di autoridursi il canone di locazione pur in presenza di vizi del bene locato*.

²⁸ A. M. Benedetti, R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it.

²⁹ La gravità dei motivi deve essere apprezzata tenendo conto di determinati avvenimenti: a) sopravvenuti rispetto alla costituzione del rapporto locatizio; b) estranei alla volontà del recedente; c) imprevedibili, cioè eccedenti l’ambito della normale alea contrattuale, tali non solo da determinare un sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni originarie non altrimenti rimediabile (Cass. 13 giugno 2017, n. 14623, in *Archivio delle locazioni, del condominio e dell’immobiliare*, 2018, fasc. 2, pp. 182-186, con nota di A. Nucera. *In tema di recesso per gravi motivi dal contratto di locazione*; Cass. 27 marzo 2014, n. 7217, in *Giustizia Civile Massimario*, 2014), ma anche da incidere significativamente sull’andamento dell’azienda globalmente considerata.

³⁰ A. M. Benedetti, R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit.: “*La risposta offerta dalla parte generale dei contratti – la tabula rasa, la distruzione del vincolo – oggi è però inservibile, perché manifestamente*

È stata altresì prospettata, in termini invero dubitativi, l'ipotesi per cui il conduttore potrebbe chiedere al giudice una rideterminazione del canone di locazione, attesa la possibile applicazione in via analogica del disposto di cui agli artt. 1583 e 1584 c.c., relativi alla disciplina dei vizi e delle riparazioni nella locazione³¹.

Scartata da più parti³² l'ipotesi di applicazione della disciplina relativa all'impossibilità sopravvenuta *ex art.* 1464 c.c, occorre soffermarsi sul diverso e specifico rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione *ex art.* 1467 c.c., che il codice civile ha considerato primariamente quale ipotesi di risoluzione del contratto, che può essere domandata dalla parte ancora gravata dall'esecuzione della prestazione divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti eccezionali ed imprevedibili, stante l'espressa previsione di cui al primo comma.

Il conduttore che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta, purché non abbia ancora eseguito la propria prestazione³³, può dunque solamente esperire in giudizio un'azione caducatoria, volta alla risoluzione del contratto; la legge non gli attribuisce espressamente il diritto

inadeguata a sostenere le parti che più patiscono le conseguenze economiche dell'emergenza".

³¹ U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 9; P. Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, cit., p. 1335.

³² *Relazione Tematica della Corte Suprema di Cassazione, Novità normative e sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., spec. p. 4 "Con maggiore difficoltà entro l'alveo applicativo dell'art. 1464 c.c. possono ricondursi i contratti di locazione, anche di beni produttivi, incisi dallo scotto della pandemia, dal momento che la prestazione di concessione in godimento rimane possibile e continua ad essere eseguita quand'anche per *factum principis* le facoltà di godimento del bene risultino momentaneamente affievolite"; per altro verso, N. Crispino e F. Troncone, in *Emergenza Coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione ad uso commerciale*, cit., p. 4: "È altresì ipotizzabile che il conduttore possa azionare il diverso rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità, che risulta decisamente così specifico e calzante da rendere assolutamente recessiva la ipotizzabilità di sussumere la fattispecie nell'ambito della tematica dell'impossibilità sopravvenuta".

³³ *Cfr.* Cass. n. 5785 del 1985, in *Giurisprudenza agraria italiana*, 1987, 2, pt. 2, pp. 96-98, con nota di M. Lipari, *Vendita definitiva del fondo rustico, tardivo esercizio della prelazione ed effetti del mancato rimborso del prezzo*.

di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo, spettando tale possibilità, *ex* articolo 1467 comma 3 c.c., soltanto alla parte convenuta (il locatore), che teoricamente non avrebbe interesse alcuno al riequilibrio del sinallagma, in quanto avvantaggiata dalla sopravvenienza³⁴. Tuttavia, è significativo il fatto che la richiesta di riconduzione ad equità del contratto produca l'effetto di vanificare la domanda di risoluzione proposta in giudizio dalla parte svantaggiata dalla sopravvenienza, con ciò almeno evitando gli effetti, anche economicamente pregiudizievoli, scaturenti dall'operatività del rimedio risolutorio³⁵.

Occorre tuttavia domandarsi se la domanda di *reductio ad equitatem* possa essere comunque avanzata dalla stessa parte conduttrice che ha agito in giudizio, nonostante tale potere processuale, come dinanzi affermato, non sia testualmente previsto dall'art. 1467 c.c. Ciò nondimeno, il riconoscimento in capo al conduttore di una tale facoltà costituirebbe concreta applicazione del principio di buona fede, allo scopo di garantire un adeguato temperamento degli interessi confliggenti, di cui i contraenti sono titolari nel corso di tutto il rapporto. Tale ragionamento pare coerente con la prospettiva costituzionalmente orientata, con l'obiettivo ultimo di garantire “*una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (C. cost. n. 19/94), da valutare insieme ai canoni generali*

³⁴ Cfr. Cass. 2047 del 2018, in *Plus Plus 24 Diritto*: “...Deve escludersi l'esistenza di un diritto della parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione del negozio medesimo, a norma dell'art. 1467 c.c. (Cass. n. 46/2000). Infatti, il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ma non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite, poiché la riduzione ad equità del contratto costituisce solo una facoltà della controparte che può essere esercitata quando essa sia convenuta in giudizio per la risoluzione (Cass. n. 3492/1978)”.

³⁵ M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12bis, pp. 314-225, spec. p. 323.

*di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366 e 1375 cod. civ.)*³⁶.

Del resto, il dovere di correttezza e buona fede, applicato alla fattispecie contrattuale, non solo ne conforma l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.) ma costituisce *ex art. 1374 c.c.* anche una fonte di integrazione del suo contenuto o dei suoi effetti; proprio il rilievo sistematico della buona fede oggettiva renderebbe la rinegoziazione del contratto squilibrato una scelta non solo opportuna, ma necessaria e doverosa, com'è stato sostenuto da varie autorevoli voci in dottrina³⁷.

Secondo una corrente interna a tale vasto orientamento, tra gli obblighi scaturenti del principio della buona fede esecutiva *ex art. 1375 c.c.* ben possono annoverarsi anche quelli di cooperazione, dai quali deriva la necessità della costante corrispondenza tra il contenuto del contratto come originariamente predisposto e la reale situazione di fatto nel frattempo evolutasi in un certo modo, allo scopo di rendere l'attuazione del regolamento contrattuale congrua rispetto agli interessi dei contraenti, in una prospettiva manutentiva, e non già risolutiva, del contratto. Com'è stato già stato brillantemente osservato in passato, “*gli obblighi di cooperazione consentono di appianare l'apparente antinomia fra l'obbligo di rinegoziare e la libertà di autodeterminazione,*

³⁶ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 2, pt. 2pp. 191-209, pt. 2, con nota di S. Marullo di Condojanni, *Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico (a proposito di Cass., sez. un., n. 18128/2005)*.

³⁷ A. M. Benedetti, R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit; secondo costoro, si tratterebbe di un “*obbligo il cui fondamento si può facilmente rintracciare nella buona fede contrattuale in funzione integrativa e che si offre alle parti come strumento efficiente, non invasivo e assai ragionevole, posto che consente al contratto di vivere la sua “emergenza”, lasciandolo poi libero, passata la tempesta, di riprendere a scorrere regolarmente, nell'assetto originariamente concordato; obbligo evidentemente coerente con quella reciproca solidarietà tra i contraenti che il principio costituzionale di solidarietà economica e sociale impone e che, mai come oggi, non è invocato invano*”; L. Guerrini, *Coronavirus, legislazione mercantile e contratto: una fotografia*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020; F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di Coronavirus*, cit.; F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Coronavirus: interesse individuale e solidarietà*, in *I contratti*, 2020, p. 129 ss; D. Maffei, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020.

*poiché la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti*³⁸. In tali casi, la buona fede *in executivis*, in uno con la *reductio ad aequitatem*, consentirà la sopravvivenza del contratto sulla base di un modificazione contrattuale, che potrà essere imposta dal giudice a partire dal dovere di cooperazione tra le parti fondato innanzitutto sull'art. 1175 e poi sull'art. 1375 c.c.

Anche nello specifico del contesto attuale, la clausola generale di buona fede sembra costituire la base per la configurazione di un obbligo di rinegoziazione a seguito delle sopravvenienze generate dalla crisi in uno epidemiologica e socio-economica scaturente dal Covid-19, tali da turbare l'equilibrio contrattuale; in altre parole, *“la rinegoziazione è, al cospetto dello squilibrio del rapporto innescato dall'emergenza epidemiologica Covid-19, l'unica modalità di adempimento in buona fede del contratto”*³⁹.

Il suesposto problema della revisione riguarda tutti i contratti cd. relazionali, cioè tutti quei contratti di carattere non istantaneo, stante il programmato svolgimento nel tempo dell'adempimento, volto alla realizzazione di un risultato, non separabile dall'attività (economica) del contraente⁴⁰ ed è intimamente connesso con il difficile equilibrio tra i principi, già citati in premessa ed efficacemente espressi dai brocardi latini *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*. In attuazione del secondo dei due, può dunque ritenersi il regolamento negoziale originariamente pattuito nei contratti relazionali dovrà essere rispettato in maniera rigida solo fino a che non intervenga un elemento esterno che, collocandosi al di fuori della normale alea del rischio contrattuale, ne metta in crisi l'assetto giuridico-economico iniziale, anche al fine di salvaguardare, quanto più possibile, la tenuta economica nazionale⁴¹.

³⁸ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 322.

³⁹ A. Gemma, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, in *Jus Civile*, 2020, 3, pp. 724-755 spec. p. 749.

⁴⁰ F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giustizia-civile.com*, 2014, 3.

⁴¹ A. Gambaro, *La necessità di una regolamentazione che permetta l'adeguamento dei contratti di durata business-to-business a circostanze eccezionali come l'epidemia Covid*, in <https://www.huffingtonpost.it/entry/regolamentare-i-contratti-a-circostanze>

4. L'opportunità di un intervento legislativo

Nell'ottica di una rinnovata consapevolezza circa la preferenza per la rinegoziazione ed il mantenimento del vincolo contrattuale, sia in generale, sia con riguardo alle locazioni ad uso commerciale, occorre domandarsi quali siano le migliori modalità attraverso le quale promuovere una soluzione in tale senso. Se si guarda alla legislazione vigente ante Covid-19, la possibile rinegoziazione del rapporto contrattuale è positivamente regolata soltanto in relazione ad alcuni tipi contrattuali e racchiusa in articoli specifici: si pensi all'art. 1664 c.c. e all'art. 132 d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi sostituito dall'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016) in materia di contratto di appalto; all'art. 1623 per il contratto di affitto; alle disposizioni che regolano lo *ius variandi* del prestatore di servizi finanziari (art. 118 tub).

Da un lato, c'è chi sostiene che il sistema del diritto dei contratti, filtrato dall'esperienza dottrinale e giurisprudenziale, contenga già, *de iure condito*, i rimedi necessari per fronteggiare la pandemia, senza la necessità di un intervento legislativo apposito⁴²; non sarebbe necessario introdurre l'espressa previsione di un obbligo di rinegoziazione, obiettivo già oggi conseguibile tramite la buona fede posta a tutela del vincolo contrattuale, la cui *ratio* va ricondotta all'operazione economica realizzata dalle parti⁴³. Siffatto atteggiamento tenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale nei confronti del problema del *change of circumstances* sarebbe poi coerente con la risposta già fornita dal diritto internazionale, dove sono da tempo diffuse le cd. *hardship clauses*, (clausole di adeguamento automatico) espressione che racchiude l'insieme di tutte le circostanze sopravvenute idonee a modificare il sinallagma contrattuale e che ne giustificano la rinegoziazione, nonché con le soluzioni prospettate nei progetti di diritto privato europeo, tra i quali possono menzionarsi i Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (art. 6.2.3 "Effetti dell'*hardship*"), i Principi di diritto

eccezionali come COVID-19_it_5eb152c5c5b60a92778203ec.

⁴² E. Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020.

⁴³ M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, cit., p. 317.

to 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).

Pur concordando in via generale con tali osservazioni, si ritiene che un intervento legislativo risulterebbe comunque indispensabile onde evitare il sovraccarico del contenzioso contrattuale, che potrebbe favorire abusi e discriminazioni, sulla base del ricorso al troppo evanescente criterio di giustizia contrattuale di cui all’art. 2 Cost. e poi concretizzata attraverso l’uso della buona fede, il richiamo alla quale rischia di apparire meramente retorico, ancorato al solo piano etico-morale.

È preferibile seguire l’opinione di chi⁴⁴, pur riconoscendo il valore sistematico della clausola di buona fede, nondimeno auspica un intervento sistematico del legislatore, che fornirebbe una più idonea ed efficiente soluzione di sistema ad un problema macroeconomico globale, visti gli effetti economici negativi prodottisi su larga scala e coinvolgenti un elevatissimo numero di relazioni contrattuali, sia pure mediante interventi differenziati in base alle singole tipologie contrattuali o ai diversi rapporti obbligatori, quindi, per quanto oggetto del presente contributo, in relazione alle locazioni di immobili commerciali ad uso non abitativo. Ciò, anche allo scopo di consentire la diffusione di soluzioni uniformi su tutto il territorio nazionale, evitando decisioni frammentate, prassi difformi e situazioni di incertezza, che il solo richiamo alla clausola di buona fede non vale a scongiurare, essendo “orientata – nel suo concreto esplicarsi in funzione decisoria – dallo stratificarsi dei casi precedenti nei quali è stata utilizzata”, dunque risultando “sempre legata all’orizzonte della singola vicenda di vita controversa”⁴⁵.

La propensione per una soluzione normativa è confermata anche dalle difficoltà circa l’incerta valutazione dell’ampiezza dell’intervento giudiziale eteronomo nell’integrazione del rapporto contrattuale divenuto iniquo, laddove le parti non riescano ad addivenire ad un accordo; è la stessa Corte di Cassazione a chiarire che l’esercizio di tale po-

⁴⁴ C. Scognamiglio, *Legislatore e giudice nel Governo delle sopravvenienze contrattuali originate dalla pandemia COVID-19*, pp.1309-1321.

⁴⁵ Ivi, spec. p. 1321.

tere da parte dell'organo giudicante è ammissibile soltanto nel caso in cui le parti forniscano preventivamente i criteri per ristabilire l'equilibrio del rapporto dall'interno, mediante l'uso dello strumento interpretativo (dunque la buona fede che rileva è quella di cui all'art. 1366 c.c.); *“al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore”*, cui compete il ruolo di fissare una disciplina cogente, non modificabile né dalle parti né dal giudice⁴⁶.

Poco dopo tuttavia, la Relazione tematica della Cassazione sopra citata ipotizza il ricorso al rimedio dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., che, ammantando di realtà l'implicita clausola di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, garantirebbe al contraente interessato alla soluzione manutentiva una tutela reale ben più efficace rispetto a quella meramente risarcitoria, scaturente dal previo accertamento della violazione dell'obbligo di rinegoziare in capo all'altro contraente. In tale caso però, l'intervento giudiziale viene ad acquisire uno spazio di manovra eccessivamente ampio, ed *“assume una doppia valenza: tiene luogo della volontà delle parti; nel contempo ne determina in maniera più larga e considerevole il contenuto, non mutuando un regolamento dettagliatamente preconstituito”*⁴⁷. Invero una tale soluzione *“sconta difficoltà insormontabili”*⁴⁸ sul piano pratico, sia per la scarsa propensione del potere giudiziale ad una tale forma di ingerenza, data anche l'incertezza circa le 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. La possibile applicazione dell'art. 2932 c.c. è stata anche di recente criticata, in un apposito intervento a commento della relazione di Cassazione sopra richiamata, da quella parte della dottrina

⁴⁶ *Relazione Tematica della Corte Suprema di Cassazione, Novità normative e sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., p. 26.

⁴⁷ *Ivi*, p. 27.

⁴⁸ G. Sicchiero, voce *Rinegoziazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Aggiornamento*, II, Torino, 2008, p. 1210 ss; *Id.*, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 2, pp. 774-815.

che vi scorge l'esercizio di un eccessivo paternalismo giudiziario e la conferma di un non richiesto ed ultroneo lavoro di supplenza creativa di matrice giurisprudenziale⁴⁹.

Ribadita anche per tali ragioni l'opportunità dell'azione legislativa, essa ben potrebbe trarre ispirazione da un precedente progetto di riforma del codice civile italiano, quale il D.D.L. delega n. 1151 del 2019, il cui art. 1 lettera i) ha autorizzato il Governo a *“prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta tra le parti”*⁵⁰.

La *ratio* di questo intervento si rinviene in quella – qui condivisa, invocata e ritenuta necessaria – di una *“solidarietà (...) governata dal legislatore”* prima ancora che dal giudice, nell'attesa di altre nuove *“regole puntuali, specifiche, di facile amministrazione ed in grado di garantire un elevatissimo tasso di prevedibilità del loro esito applicativo”*⁵¹.

Nell'attesa dell'auspicato intervento normativo – la cui necessità è stata ribadita anche dalla Commissione Covid-19 dell'Accademia dei Lincei con specifico riguardo ai contratti commerciali di durata⁵² – si dà atto di un primo passo (sia pure settoriale) in tale senso, costituito dall'art. 216 comma 2 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, secondo cui *“in ragione della sospensione delle attività sportive (...) le parti dei rapporti di concessione, comunque denominati, di impianti sportivi pubblici possono*

⁴⁹ Estremamente critico sul punto è A. Briguglio, *Novità sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in Giustiziacivile.com, 7 ottobre 2020.

⁵⁰ G. Alpa, *Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts*, in *Derecho de los Desastres: Covid-19*, pp. 1297-1307, spec. p. 1307: *“The obligation of renegotiation was provided for by the Government in a bill of law revising the civil code that was filed some time ago (Bill of law 19 March 2019, Senate Records, no. 1151), and it would be advisable that the approval of the provision on renegotiation to be brought forward”*.

⁵¹ 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”*.

⁵² COVID e Contratti, 2 maggio 2020, in www.lincci.it.

concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario originariamente pattuite”.

Non ci resta che attendere una regolamentazione di settore simile anche per i contratti di locazione commerciale, al fine di chiarire le modalità di esercizio del potere di rinegoziazione del vincolo per i rapporti afferenti tale tipologia contrattuale; nel mentre si dà atto dell’orientamento seguito in giurisprudenza – improntato alla rinegoziazione del contratto come obbligo discendente dall’esecuzione dello stesso secondo buona fede – e manifestato da ultimo in una recente pronuncia del Tribunale di Roma (27 agosto 2020) nella quale, proprio in occasione di una controversia avente ad oggetto un contratto di locazione commerciale, può leggersi che *“qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia da COVID-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)”*. Proprio sulla scorta di tali premesse e considerata la scarsa flessibilità del proprietario dell’immobile, il Giudice ha disposto la riduzione del canone non solo per il periodo di lockdown e di sospensione dell’attività del conduttore, ma anche per l’ulteriore periodo da giugno 2020 a marzo 2021⁵³.

⁵³ Tribunale di Roma, sez. VI Civile, ordinanza del 27 agosto 2020, in *Diritto e Giustizia*, 20 ottobre 2020.

DIRITTO COMMERCIALE

La partecipazione agli organi societari nell'emergenza Covid-19*

Alessio Bartolacelli

1. Il regime generale applicabile

L'esigenza di evitare assembramenti costituisce una delle priorità che il Governo ha dovuto affrontare in occasione dello scoppio della pandemia della Covid-19¹. Ciò ha determinato, tra l'altro, ripercussioni anche all'interno del diritto commerciale e del diritto societario in particolare². Nello specifico, si è reso necessario riflettere sulle modalità per garantire la prosecuzione dell'attività societaria nel rispetto delle disposizioni relative al divieto di assembramento³. Evidentemente, an-

* Il presente testo costituisce, con l'aggiunta di un minimo apparato bibliografico e della segnalazione in nota delle principali innovazioni normative successive, la relazione tenuta dall'autore in occasione del *webinar* "L'impatto del Coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive", organizzato dalla Scuola di Specializzazione delle Professioni Legali delle Università di Macerata e Camerino il 7 maggio 2020.

¹ In generale, con riferimento alla risposta del legislatore alle problematiche dettate dalla pandemia di Covid-19 si v. E. Calzolaio, Meccarelli, Pollastrelli (a cura di), *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, Macerata, 2020.

² Per una ricostruzione in via generale si rinvia a Bartolacelli, *Il diritto commerciale nel tempo della pandemia. Tra neoprotezionismo, zone franche ed emergenza portata a sistema*, in E. Calzolaio, Meccarelli, Pollastrelli (a cura di), *op. cit.*, 173 ss., ove anche riferimenti bibliografici essenziali ai singoli profili trattati. Più nello specifico su vari temi, si v. i contributi contenuti nell'*instant book* Irrera (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020.

³ Le tematiche affrontate in questo scritto sono state oggetto, sino al momento in cui si scrive (ottobre 2020), di alcune rilevanti riflessioni dottrinali e pratiche. In particolare si v. Irrera, *Le assemblee (e gli altri organi collegiali) delle società ai tempi del Coronavirus (con una postilla in tema di associazioni e fondazioni)*, in Id (a cura di), *op. cit.*, 62 ss.; C. Marchetti, Notari, *Diritti dei soci, interesse sociale e funzionamento dell'assemblea: spunti dalle norme di emergenza*, in *Riv. soc.*, 2020, 428 ss.; Magliulo, *Quel che resterà del verbale assembleare dopo il Covid-19*, in *Notariato*, 2020, 249 ss.; Busani, *Assemblee e Cda in audio-video conferenza durante e dopo COVID-19*, in *Società*, 2020, 393 ss.

che in ragione del periodo dell'anno in cui l'ondata pandemica ha iniziato a svilupparsi con maggiore virulenza, il primo pensiero a riguardo è rivolto alle assemblee delle società.

Come ben noto, infatti, la disposizione di cui all'art. 2364, c. 2, c.c. impone che l'assemblea ordinaria per l'approvazione del bilancio nelle società azionarie che adottino il sistema tradizionale e monistico sia da convocarsi entro centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio, con termine statutariamente elevabile a centottanta giorni ove la società sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato o ciò richiedano "particolari esigenze relative alla struttura e all'oggetto della società"⁴. In ragione della nota coincidenza, in un numero particolarmente elevato di società, tra periodo di esercizio e anno civile, i centoventi e i centottanta giorni cadono, rispettivamente, nel periodo di fine aprile e di fine giugno, e dunque entrambi nell'ambito di applicazione delle norme in materia di divieto di assembramento, ai sensi di quanto previsto già dal DPCM 23 febbraio 2020. Si è così resa necessaria l'adozione di una norma volta a consentire – perlomeno – lo svolgimento delle assemblee in modalità rispettose del divieto di assembramenti e riunioni, al fine di mantenere il già citato termine per l'approvazione del bilancio d'esercizio.

Peraltro, non sfuggirà la considerazione del fatto che il tema del divieto di assembramenti ha implicazioni non solamente con riferimento all'assemblea, dove il problema si pone in termini ragionevolmente più ampi, ma più in generale per tutti gli organi collegiali societari, in cui la collegialità si esprime appunto anche attraverso la riunione in un medesimo luogo, a seguito della convocazione.

Evidentemente, il legislatore ha esplicitamente considerato, perlomeno per talune ipotesi, la possibilità di una riunione in forma non presenziale, sia con riferimento alla società per azioni, sia alla società a responsabilità limitata, sia alle cooperative, anche se in termini non

⁴ Con riferimento alla s.r.l., la medesima tempistica è confermata dall'art. 2478*bis* c.c. Per le società di persone, non si riscontra una tempistica tassativa per l'approvazione del bilancio/rendiconto (cfr. Cottino, *Le società di persone*, Bologna, 2019, 182 s.), ragione per cui l'ambito applicativo delle norme qui in discorso, nonostante non distingua in via generale tra tipi di società, è da intendersi focalizzato se non altro prioritariamente sulle società di capitali e sulle cooperative.

sempre coincidenti, e con attenzione precipuamente posta, perlomeno in via tendenziale, al momento dell'adunanza dei soci, lasciando le riunioni di altri organi ad una regolamentazione minimale che sarà oggetto di attenzione *infra* al § 3.

Con riferimento alla disciplina societaria generale, il tema della possibilità di tenere assemblee societarie che possano vedere l'intervento di uno o più soci attraverso mezzi di comunicazione – dovendosi con ciò ritenere sia audio/video, che solo audio, ma comunque in modalità *sincrona* tra tutti i partecipanti, indipendentemente dalla loro presenza nel luogo di riunione o attraverso lo strumento di comunicazione – è trattato dall'art. 2370, c. 4, c.c., con riferimento alle assemblee di s.p.a. e replicabile certamente nelle cooperative per azioni. Con riferimento alla s.r.l., pure in assenza di una specifica norma di rinvio, è generalmente riconosciuta la possibilità di assemblee tenute tramite mezzi di telecomunicazione, analogamente a quanto visto per la s.p.a.⁵, e con soluzione che si può dunque estendere alle cooperative a responsabilità limitata.

La norma ricordata, in realtà, subordina la possibilità di tenere l'assemblea attraverso mezzi di comunicazione ad una esplicita clausola statutaria in tale senso; in sua assenza, non si ammette, secondo la norma generale, né che l'assemblea si tenga completamente – *recte*: con la partecipazione di tutti i soci – attraverso mezzi di comunicazione, né la partecipazione di solamente alcuni soci ai lavori attraverso tali modalità. D'altra parte, la clausola statutaria, ove presente, potrebbe limitarsi a consentire la possibilità di una assemblea totalmente o parzialmente – sotto il profilo soggettivo – tenuta attraverso mezzi di comunicazione, o anche, ed è il caso che qui più interessa, escludere *in toto* tale possibilità, di fatto “rinforzando” il precetto legale dispositivo⁶.

⁵ Cfr., anche per riferimenti bibliografici, Pederzini, *Intervento del socio mediante mezzi di telecomunicazione e democrazia assembleare*, *Giur. comm.*, 2006, I, 108 s., ntt. 27 e 30.

⁶ Con riferimento alle s.r.l., peraltro, ci si può domandare se il profilo di particolare attenzione alle persone dei soci che le connota non possa fare sì che l'assenza di una previsione specifica positivizzata debba leggersi come una generalizzata ammissibilità della assemblea che si tenga attraverso mezzi di comunicazione, anche in assenza di specifica clausola statutaria, riconoscendo tuttavia al socio che dissenta rispetto a tale

Con specifico riferimento alle società a responsabilità limitata, peraltro, si deve ricordare come vi sia la possibilità per i soci, a partire dalla riforma organica del diritto societario del 2003, di adottare decisioni attraverso la consultazione scritta o consenso prestato per iscritto, con eccezione per le modificazioni dell'atto costitutivo e le decisioni relative al compimento di operazioni che implicino una sostanziale modificazione di oggetto sociale o diritti dei soci, per cui residua una competenza strettamente assembleare⁷. La facoltà appena ricordata è tuttavia disponibile alle società a responsabilità limitata solamente previa specifica disposizione statutaria in tal senso, e in essa si confondono i piani della riunione – di cui si è sin qui discusso – e della decisione, che ancora non sono stati accennati. In particolare, nella disposizione di cui all'art. 2479, c. 3, c.c., la riunione viene ad essere sostituita dalla “consultazione scritta”, che connota lo scambio di opinioni tra i soci. Diverso il caso del consenso prestato per iscritto, che – assestandosi sulla alternativa secca consenso/dissenso – attiene maggiormente al profilo della decisione come esito di una votazione.

Restando ancora sul piano della riunione, una ulteriore modalità per ridurre il numero di soggetti presenti all'assemblea potrebbe teoricamente essere costituita dall'istituto della delega. Evidentemente, tuttavia, tale circostanza non assume particolare rilievo ai fini che qui interessano; ai sensi dell'art. 2372, c. 6, c.c., infatti, uno stesso soggetto non è legittimato a rappresentare un numero di soci superiore a duecento, nell'ipotesi più liberale, e salve le disposizioni specifiche dettate in materia di società quotate⁸. In sostanza, in una – del tutto inedita – situazione di *lockdown*, di per sé impeditiva di una qualsivoglia riunione, anche la drastica riduzione del numero degli intervenienti potrà non essere sufficiente a rispettare garantire il rispetto delle disposizioni normative.

Un caso particolare in cui quest'ultima considerazione potrebbe

modalità di riunione un diritto di veto che nei fatti si estrinseca nel doversi tenere l'assemblea in forma presenziale.

⁷ Cfr. art. 2479, c. 4, c.c. In dottrina si v., per tutti Rainelli, *Consenso e collegialità nella s.r.l.: le decisioni non assembleari*, Milano, 2011.

⁸ Cfr. artt. 135*novies* ss. t.u.f., con particolare riferimento all'art. 135*undecies*, come si osserverà immediatamente.

trovare una differente conclusione è quello previsto, per le società quotate, all'art. 135^{undecies} t.u.f., che prevede la possibilità di designazione, da parte della società, di un rappresentante cui i soci possano *liberamente* conferire deleghe con istruzioni di voto (c. 1), con i relativi effetti anche per le finalità di regolare costituzione dell'assemblea (c. 3). Nella situazione naturale prevista dal t.u.f., tuttavia, il rappresentante designato partecipa all'assemblea di norma *insieme* ai soci e agli eventuali altri rappresentanti dei soci. Una situazione diversa da quella prefigurata dalla normativa emergenziale, come tra breve si osserverà.

Accanto alla partecipazione si situa, nella mappa concettuale del legislatore dell'emergenza, il principale diritto assembleare, ossia il voto, ancora da declinare in una formula che consenta il suo esercizio nel rispetto delle norme antiassembramento.

Anche in questo caso, la disciplina ordinaria offre diversi strumenti, in alcuni casi già parzialmente menzionati. È questa l'ipotesi del consenso prestatato per iscritto (e dell'esito della consultazione scritta) per le s.r.l. e delle deleghe di voto nella s.p.a., anche quotata; ma è soprattutto il caso del voto espresso per corrispondenza o in via elettronica nuovamente citato all'art. 2370, c. 4, c.c. per le s.p.a. e “per corrispondenza, ovvero mediante altri mezzi di telecomunicazione” di cui all'art. 2538, c. 6, c.c. in materia di società cooperative. Anche in tutti questi casi (con la sola eccezione della delega, per cui l'art. 2372 c.c. utilizza la regola dell'*opt-out*, lasciando ai soci di s.p.a. non quotata la facoltà di farsi rappresentare in assemblea anche ove lo statuto sia silente sul punto), la possibilità di utilizzo da parte dei soci di queste modalità di espressione del voto è subordinata ad una esplicita clausola *enabling* da inserire in statuto.

Sin qui, le norme previste dall'ordinamento in una situazione “ordinaria”. Esse si connotano in via generale per una attenzione marcata alla volontà dei soci: pure riconoscendo il legislatore le possibilità che la tecnologia offre ai fini dello sviluppo del diritto societario, ai soci e ai soci soltanto spetta la decisione di avvalersi o meno di esse, a seconda della fiducia da essi riposta in tali forme di partecipazione ed espressione del voto. Ciò chiarito, si può passare alla disamina delle norme dettate in occasione della emergenza pandemica.

2. Le norme speciali dettate in occasione della emergenza sanitaria

La possibilità di assicurare lo svolgimento delle riunioni assembleari (e degli altri organi collegiali societari e non) nonostante il divieto di assembramenti ed il *lockdown* imposti dalle autorità per ragioni sanitarie ha costituito, anche per le già ricordate ragioni temporali di coincidenza con l'epoca di usuale approvazione dei bilanci di esercizio, il primo degli ambiti di intervento del legislatore emergenziale nel campo del diritto commerciale. In particolare, le norme che qui interessano sono racchiuse nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia"), all'art. 106 e, soprattutto in esito alla conversione del decreto in legge, all'art. 73.

2.1. La convocazione dell'assemblea ordinaria (per l'approvazione del bilancio)

In primo luogo, il legislatore del d.l. "Cura Italia" (art. 106, c. 1) ha voluto estendere d'imperio il termine per la convocazione dell'assemblea ordinaria di s.p.a. ed s.r.l. dai ricordati usuali centoventi a centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio, e ciò a prescindere sia dalla presenza all'interno dello statuto di una specifica clausola in tale senso, sia dalla necessità di una motivazione per quello che di norma sarebbe stato da valutarsi come ritardato adempimento da parte degli amministratori. Si deve infatti ricordare che l'art. 2364 comunque impone agli amministratori di segnalare nella relazione sulla gestione di cui all'art. 2428 c.c. le ragioni che hanno condotto all'approvazione del bilancio dopo il centovesimo ed entro il centottantesimo giorno dalla chiusura dell'esercizio. La norma, evidentemente ispirata all'esigenza di approvazione in tempi accettabili dei bilanci di esercizio, si applica per le 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" (c. 7)⁹.

⁹ E si deve quindi fare presente come il termine sia stato, al momento in cui si scrive, già due volte esplicitamente aggiornato. La prima, ad opera del d.l. 30 luglio 2020, n. 83, conv. c.m. dalla l. 25 settembre 2020, n. 124, art. 1, c.3, al 15 ottobre

Per terminare la corretta ricostruzione del dato normativo emergenziale sul punto, si deve infine quantomeno menzionare il secondo periodo del c. 1, art. 106 d.l. "Cura Italia", introdotto dalla legge di conversione, che consente alle società cooperative che si avvalgano statutariamente della possibilità o siano per legge tenute a prevedere lo svolgimento di assemblee separate ai sensi dell'art. 2540 c.c. di convocare l'assemblea generale dei soci delegati entro il 30 settembre 2020¹⁰.

2020; la seconda, agendo in via di emendamento sullo stesso art. 1, c. 3 del testé citato d.l. 83/2020, da parte del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, al 31 dicembre 2020. In sede di correzione di bozze si deve infine dare conto dell'ulteriore proroga della disciplina emergenziale fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica "e comunque non oltre il 31 marzo 2021", come disposto dall'art. 3, c. 6, d.l. 31 dicembre 2020, n. 183. Le disposizioni di cui si discorre sono quindi applicabili alla larghissima maggioranza delle assemblee tenutesi nel corso dell'anno 2020.

Nonostante l'ampiezza dell'ambito applicativo, tuttavia, un monitoraggio condotto da Assonime nell'ambito delle società quotate ha dimostrato che la possibilità di avvalersi del termine dei 180 giorni a decorrere dalla chiusura dell'esercizio di riferimento, in luogo degli usuali 120, è stata sfruttata da un numero non straordinariamente elevato di società (76 sulle 216 considerate), che nella quasi totalità dei casi hanno svolto la propria assemblea ordinaria entro il mese di maggio, anziché aprile, senza avvalersi pienamente della proroga di 180 giorni, che avrebbe condotto a fine giugno. Cfr.: <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/Pagine/News270320.aspx>.

¹⁰ Si pone peraltro un ulteriore problema con riferimento all'estensione temporale al 31 dicembre 2020 dei termini previsti originariamente dall'articolo 106, ad opera del d.l. 125/2020, già ricordato *supra*. La formulazione generica della norma ("I termini previsti dalle disposizioni legislative di cui all'allegato 1 [tra cui l'art. 106 e, vedremo, l'art. 73 del d.l. "Cura Italia", n.d.A.] sono prorogati al 31 dicembre 2020") può fare ritenere che la proroga del termine sia applicabile anche per il termine finale per lo svolgimento delle assemblee generali di società cooperativa ai fini dell'approvazione del bilancio. La questione assume tuttavia contorni quasi di caso di scuola. Come già rilevato, l'estensione dei termini è stata disposta in un primo momento dall'art. 1, c. 3, d.l. 83/2020 fino al 15 ottobre 2020, con vigenza dal 30 luglio al 7 ottobre 2020, e successivamente, emendando il medesimo articolo, dall'art. 1, c. 3, lett. a), d.l. 125/2020, che estende la proroga, appunto, al 31 dicembre 2020, con vigenza a decorrere dall'8 ottobre 2020.

Ciò significa che l'applicazione della proroga allo svolgimento delle assemblee generali di cooperative, ove sia ritenuta ammissibile come a me pare in ragione della formulazione generica ed onnicomprensiva della disposizione normativa, consente alle società cooperative che non avessero ancora tenuto la propria assemblea generale entro il 30 luglio 2020, cosa del tutto legittima in ragione della previsione di cui all'art.

La norma, evidentemente, da un lato riguarda strettamente – nonostante l'assenza di una specifica menzione di ciò nel testo normativo – le assemblee convocate per l'approvazione del bilancio, non essendo altrimenti comprensibile la fissazione di un termine finale¹¹; e dall'altro limita esplicitamente il proprio campo applicativo alle sole società che utilizzino lo strumento dell'assemblea separata, in quanto tale istituto determina evidentemente la necessità di tempi più dilatati per la celebrazione dell'assemblea generale, dovendo questa seguire tutte le assemblee separate il cui compito consiste primariamente nella individuazione di delegati legittimati alla partecipazione dell'assemblea generale. Per le società cooperative che non si avvalgono di assemblee separate, quindi, valgono le regole dettate in via generale dall'art. 106.

Più in generale, sul punto dell'estensione dei termini per lo svolgimento dell'assemblea ordinaria, è bene svolgere brevemente appena un paio di considerazioni ulteriori.

Da un lato, strettamente esegetico, ci si deve domandare quale sia il significato di "assemblee convocate". Nello specifico, fermo restando che stiamo scorrendo in questo caso di sole assemblee ordinarie, la domanda che sorge riguarda se la convocazione cui fare riferimento sia la prima, o debba rientrare nel termine anche quella, successiva¹², cui si deve ricorrere in assenza di regolare costituzione della prima. Mi pare corretto aderire alla prima ipotesi interpretativa, e pertanto mantenere come punto di riferimento la prima convocazione dell'as-

106, c. 1, secondo periodo, sono state autorizzate a ritardare tale adempimento prima al 15 ottobre, e da ultimo al 31 dicembre 2020. Questa dovrà essere quindi, l'ultima data di (prima, come vedremo) convocazione possibile per l'assemblea generale di approvazione del bilancio. Come già osservato alla nota precedente, il termine del 31 dicembre 2020 è ora da intendersi riferito al termine dell'emergenza epidemiologica, e comunque non più tardi del 31 marzo 2021.

¹¹ E si deve peraltro rilevare come la indicazione di un termine fisso, e non parametrato alla conclusione dell'anno di esercizio come invece previsto dal primo periodo del medesimo comma, tradisce una convinzione del legislatore rispetto alla coincidenza necessaria di anno civile ed esercizio sociale della società cooperativa in discorso, ciò che in realtà non è imposto da alcuna norma. Da questo punto di vista, l'estensione del termine operata al 31 dicembre e quella ulteriore di cui al d.l. 183/2020 consentono un superamento, in termini empirici, di tale eventualità.

¹² Di regola la seconda, ferma restando la possibilità che lo statuto sociale preveda, ai sensi dell'art. 2369, c. 6, c.c. anche convocazioni ulteriori.

semblea entro il termine (originariamente) del 31 luglio 2020, dovendosi tenere l'eventuale seconda convocazione entro 30 giorni dalla data della prima, *ex art.* 2469, c. 2, c.c. Piuttosto, nel caso – infrequente nella maggioranza delle società – in cui lo statuto dovesse prevedere convocazioni ulteriori alla seconda per l'assemblea ordinaria, mi pare ragionevole che, onde evitare una sequela di rinvii a convocazioni successive che comporterebbero una intollerabile estensione temporale della disciplina emergenziale, il termine di trenta giorni dalla data di prima convocazione stabilito dal legislatore per la seconda convocazione sia da intendersi dato per l'*ultima* convocazione statutariamente prevista, in modo che entro i trenta giorni dalla prima convocazione l'assemblea si sia effettivamente tenuta.

In secondo luogo, e con maggiore rilievo sistematico, si deve sottolineare come la finalità primaria, non esplicitata ma evidente, della proroga dei termini per lo svolgimento dell'assemblea ordinaria, ossia l'approvazione del bilancio, consente sì il rispetto delle norme già ricordate presenti nell'ordinamento, in particolare gli artt. 2364, c. 2 e 2478*bis*, c.c.; ma pure come il mancato rispetto dei termini ivi indicato non comporti alcuna sanzione diretta per la società ed i suoi amministratori. La mancata approvazione in termini del bilancio non determina infatti nessuna specifica conseguenza sul piano societario, se non la possibile azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che non abbiano tempestivamente convocato l'assemblea. Responsabilità che, in assenza della norma di cui all'articolo in discorso, non avrebbe potuto essere comunque invocata per causa di forza maggiore. E ciò ci consente di passare agevolmente al punto successivo dell'analisi, ossia le modalità di riunione assembleare al tempo della Covid-19.

2.2. Le modalità di svolgimento dell'assemblea

Al di là dei termini per la convocazione dell'assemblea, infatti, l'art. 106 prende in considerazione i temi, strettamente correlati, dell'intervento e dell'esercizio del diritto di voto. Chiaramente, nel momento in cui viene ad essere emanata una disposizione di specifico favore per lo svolgimento delle assemblee per l'approvazione del bilancio nei termini appena esposti, si rende necessario anche stabilire quale possa essere la modalità che in concreto consenta la celebrazione

dell'assemblea nel pieno rispetto delle regole di distanziamento sociale previste dalla legislazione emergenziale. A tale fine rilevano, naturalmente, in primo luogo le regole sull'intervento, e successivamente sull'espressione del diritto di voto; si vedrà invece come i diritti c.d. minori sono stati oggetto di considerazione alquanto deficitaria da parte del legislatore dell'emergenza.

2.2.1. *Il diritto di intervento in assemblea*

Iniziando dalle modalità di intervento, l'art. 106 consente esplicitamente forme tra loro differenziate di facilitazione dell'intervento, sulla base del tipo sociale e del regime giuridico applicabile alla società. Ciò che, in linea di massima, accomuna tali previsioni che ora saranno brevemente commentate è il fatto di essere rese disponibili alla società – e dunque, *in ultima ratio*, agli amministratori, ove intendano avvalersene – anche ove il loro utilizzo si situi in aperto contrasto con l'esplicita volontà dei soci.

2.2.1.1. *Società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, cooperative e mutue assicuratrici*

Una prima previsione, di natura soggettivamente ampia, riguarda società azionarie, a responsabilità limitata, cooperative e mutue assicuratrici, consentendo in tutte tali realtà la possibilità di intervento mediante mezzi di telecomunicazione, sia in forma parziale, sia in via esclusiva, a patto in ogni caso che sia possibile garantire l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e la possibilità di esercizio del diritto di voto, secondo le modalità che tra breve si osserveranno. L'ambito oggettivo, d'altra parte, è ugualmente ampio, estendendosi sia alle assemblee ordinarie, sia a quelle straordinarie, con (prima) convocazione entro il 31 luglio 2020¹³.

¹³ E ora, in forza delle proroghe cui si è già fatto ampiamente cenno, sino al termine della situazione emergenziale e, al più tardi – auspicabilmente – al 31 marzo 2021.

Ciò significa che, nei tipi societari menzionati e nel periodo di tempo considerato resta possibile lo svolgimento di assemblee secondo le seguenti modalità:

a. interamente presenziale, ove il luogo di convocazione lo consenta senza che si addivenga ad una violazione delle norme dettate in materia di distanziamento sociale;

b. mista presenziale/telematica, con il medesimo *caveat* per i presenti già rilevato al punto precedente, e pure in assenza di specifica clausola abilitativa all'interno dello statuto, o in deroga ad una eventuale clausola esplicitamente ostativa;

c. interamente telematica, senza alcun rilievo delle norme in materia di distanziamento sociale¹⁴, e pure in assenza di specifica clausola abilitativa all'interno dello statuto, o in deroga ad una eventuale clausola esplicitamente ostativa¹⁵.

In questi casi, il legislatore emergenziale esplicita – opportunamente, per le finalità superiori perseguite dalla norma – la superfluità della compresenza nel medesimo luogo di presidente della assemblea, segretario o notaio. Fermo restando che non è dato di rinvenire un precetto normativo che imponga esplicitamente e in via generale tale compresenza, la previsione di cui si è appena detto è volta a neutralizzare clausole statutarie apparentemente piuttosto frequenti che, sulla scorta di una giurisprudenza che pare oggi superata dell'evoluzione legislativa, appunto richiedono la compresenza di presidente, segretario o notaio nel medesimo luogo¹⁶.

Quanto alla partecipazione all'assemblea utilizzando mezzi di telecomunicazione, pare corretto ammettere l'utilizzo sia di modalità audiovisive bidirezionali, sia di modalità solo audio-comunicative bidirezionali, a patto che sempre sia garantita la possibilità di identificazione, di certificazione della presenza e di esercizio del diritto di voto. Ta-

¹⁴ O meglio, con un rilievo di tali norme nel solo caso di una pluralità di soci che si riuniscano in un medesimo luogo per condividere un'unica connessione, ma senza che ciò appaia imputabile alla società, né determinare effetti sulla validità dell'assemblea, posto che sussistano le garanzie su identificazione, partecipazione ed esercizio del diritto di voto già brevemente anticipate.

¹⁵ Quest'ultima essendo, naturalmente, l'unica possibile modalità assembleare disponibile nel periodo di *lockdown* più stretto per le società pluripersonali.

¹⁶ Ricostruiscono dettagliatamente la vicenda C. Marchetti, Notari, *op. cit.*, 439 s.

le necessità di garanzia sembra d'altra parte escludere la legittimità di modalità di "intervento" attraverso modalità unidirezionali – ad esempio, assistendo alla diretta audio/video o solo audio in trasmissione televisiva o radiofonica – a tacere del *vulnus* che una siffatta modalità di "partecipazione" determinerebbe nei diritti di *voice* di espressione assembleare.

2.2.1.2. Norme specifiche in materia di s.r.l.

Con specifico riferimento alla società a responsabilità limitata, ancora l'art. 106, c. 3, "Cura Italia" ammette, anche in deroga ad indicazioni statutarie in senso diametralmente opposto, l'adozione di decisioni¹⁷ da parte dei soci utilizzando la consultazione scritta o il consenso prestato per iscritto. Le modalità per la consultazione ed il consenso non sono formalizzate da parte del legislatore, che tuttavia detta, come noto, principi di generale applicazione, quali il diritto di ogni socio a partecipare alla decisione¹⁸ e il fatto che risulti chiaramente dai documenti sottoscritti dai soci l'argomento oggetto della decisione, oltre che il consenso alla stessa¹⁹. Ciò significa che, nulla ostando in linea di principio a che la consultazione si tenga – o il consenso si presti – attraverso mezzi di telecomunicazione, essendo la situazione di cui si discorre quella dell'assenza di una previa decisione dei soci rispetto alla ammissibilità della forma decisionale non contestuale, ove la società decida di adottare tali forme in applicazione della norma eccezionale qui in discorso dovrà comunque essere garantita a tutti i soci la possibilità di partecipare. Si pone pertanto a carico (degli amministratori) della società uno specifico dovere, ad esempio, di attivarsi per agevolare o consentire la partecipazione al procedimento decisionale di quei soci che si dichiarino non in possibilità di utilizzare lo strumento informatico richiesto per l'adozione della decisione.

¹⁷ La norma si esprime, impropriamente, nei termini di "espressione del voto", ma è evidente che perlomeno la consultazione scritta abbia un ambito di azione di gran lunga più ampio della fase di votazione, consentendo una discussione, sia pure in forma non contestuale. L'impropria formulazione pare dunque da leggersi nei termini di cui all'art. 2479, c. 3, c.c., e dunque di "decisione dei soci".

¹⁸ Art. 2479, c. 5, c.c.

¹⁹ Art. 2479, c. 3, c.c.

Anche in questo caso, la formulazione della norma emergenziale determina una serie di problematiche di ordine interpretativo. Infatti, nel momento in cui si dispone che le decisioni assunte attraverso consultazione scritta e consenso prestato per iscritto sono in deroga, oltre che alle divergenti previsioni statutarie, anche a quanto prescritto dall'art. 2479, c. 4, si rende necessario intendere la portata di tale deroga. La disposizione da ultimo richiamata, infatti, non fa riferimento solamente alle previsioni statutarie contrarie o assenti, che sono esplicitamente considerate separatamente dall'art. 106, c. 3, ma anche alla riserva di decisione assembleare per modifiche dell'atto costitutivo, per decisioni sul compimento di operazioni determinanti una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o rilevante modifica dei diritti dei soci, per riduzione del capitale sociale *ex art. 2482bis*, c. 4, c.c., o qualora sia così richiesto da uno o più amministratori o da tanti soci che rappresentino perlomeno un terzo del capitale sociale. Ora, la deroga a quanto previsto dall'art. 2479, c. 4, c.c., presente nell'art. 106, c. 3, "Cura Italia" a quali tra queste fattispecie si deve estendere? È opinione di chi scrive che, nonostante l'indubbia sciattezza della formulazione normativa, l'interpretazione che limita la deroga alla sola parte relativa al regime applicabile in mancanza di specifiche clausole statutarie non sia l'unica possibile. In particolare, è possibile e forse preferibile che l'intento del legislatore dell'emergenza sia da leggersi nel senso di consentire l'assunzione di decisioni attraverso consultazione scritta o consenso prestato per iscritto anche in tutti i casi in cui di norma vige una riserva assembleare, legittimando quindi l'assunzione in tale forma anche delle decisioni poc'anzi ricordate. Un'argomentazione in tale senso può venire dal fatto che, da un lato, anche nelle decisioni assunte con consultazione scritta o consenso prestato per iscritto è presente il profilo collegiale, ancorché non contestuale come nel caso assembleare. Ma le norme previste al c. 2 dell'art. 106 "Cura Italia", ammettendo intervento e votazione telematiche anche quando queste siano esplicitamente non volute dai soci, di fatto limita la collegialità "piena" di norma presente nelle riunioni assembleari. Una interpretazione della deroga "ad ampio spettro" come quella che qui si sostiene significa che il legislatore emergenziale riterrebbe non sostanzialmente diverse le situazioni di una assemblea tenuta attraverso mezzi di comunicazione e di una decisione dei soci assunta attraverso

so consultazioni scritte; conseguenza naturale di tale considerazione è una estensione completa delle competenze dell'assemblea alle modalità decisionali non assembleari. L'unica parte del c. 4 dell'art. 2479 che sopravviverebbe alla deroga sarebbe, quindi, il diritto di uno o più amministratori o di un numero di soci rappresentativo di almeno un terzo del capitale sociale di provocare una decisione assembleare in luogo della assunzione di decisioni mediante consultazione scritta o consenso prestato per iscritto.

2.2.1.3. Il rappresentante designato nelle società quotate e affini

Il legislatore emergenziale si occupa poi anche delle società con azioni diffuse in maniera rilevante fra il pubblico, ammesse alla negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione e quotate. In questi casi – come pure per le società cooperative e le banche popolari, come tra brevissimo si vedrà – il legislatore dell'emergenza valorizza l'istituto del rappresentante designato di cui all'art. 135^{undecies} t.u.f.; e ciò, ancora, sia per le assemblee ordinarie che per quelle straordinarie.

I profili di deroga sono in questo caso più ampi rispetto alle modalità di intervento sin qui osservate. Dal punto di vista soggettivo, la disposizione di cui all'art. 135^{undecies} t.u.f., ordinariamente disponibile alle sole società con azioni quotate in mercati regolamentati in ragione della indicazione generale sul Capo II contenuta nell'art. 119 t.u.f., viene estesa anche alle società ammesse alla negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione e a quelle con azioni diffuse fra il pubblico in maniera rilevante (art. 106, c. 5, "Cura Italia")²⁰, con un notevole ampliamento della platea dei potenziali fruitori della possibilità di avvalersi dei servizi del rappresentante designato. La ragione per la ricordata estensione è ragionevolmente da ravvisarsi nella opportunità di consentire agli azionisti di società contraddistinte da un rilevante numero di soci le medesime possibilità accordate alle società quotate, in modo da favorire la concentrazione del maggior possibile numero di

²⁰ E pure a banche popolari e di credito cooperative, oltre che le cooperative non bancarie e le mutue assicuratrici (c. 6).

posizioni giuridiche in capo ad un unico soggetto, ancora al fine di ridurre il numero dei partecipanti alla riunione assembleare.

Il profilo oggettivo è forse di interesse ancora maggiore. Come già ricordato, l'art. 135*undecies* prevede che le società quotate ammettano l'istituto del rappresentante designato salvo esplicito *opt-out*; in altri termini, per *non* avere il rappresentante designato, è necessaria una specifica clausola statutaria, mentre sin qui si sono incontrati casi in cui il regime reso liberamente disponibile dalla legislazione emergenziale avrebbe richiesto un *opt-in*. Si può affermare quindi che, perlomeno per le società quotate – non essendo l'istituto in via generale disponibile alle altre categorie societarie cui viene esteso dalla legislazione emergenziale – l'art. 106, c. 4, “Cura Italia” rende nuovamente disponibile un istituto di cui i soci avevano deliberatamente e scientemente deciso di volere fare a meno; non così – almeno in via generale, essendo tuttavia possibili clausole specifiche volte a ribadire la disposizione normativa – per l'intervento in assemblea attraverso mezzi di telecomunicazione, rispetto al quale la legislazione emergenziale assume una funzione abilitativa che ben potrebbe essere in supplenza di un atteggiamento dei soci che potrebbero non avere inserito l'apposita clausola statutaria non già per contrarietà manifesta rispetto allo strumento, ma per mera assenza di ponderazione rispetto a tale tema.

La figura del rappresentante designato assume una importanza del tutto peculiare in ragione di quanto previsto al secondo periodo del c. 4, art. 106, “Cura Italia”. Nel sistema disegnato dall'art. 135*undecies*, infatti, il rappresentante designato interviene in assemblea, di norma, *insieme* ai soci che abbiano inteso presenziare personalmente, e ai rappresentanti delegati da quelli che abbiano invece optato per un rappresentante di propria fiducia; ciò è naturalmente possibile anche con riferimento alla legislazione emergenziale, sempre salvo il rispetto delle norme in tema di assembramenti.

Proprio per questa ragione, l'innovazione che pare di maggiore rilievo è data dalla possibilità che “l'intervento in assemblea di svolga esclusivamente tramite il rappresentante designato”, peraltro consentendogli, in deroga alla disciplina di cui all'art. 135*undecies*, c. 4, t.u.f., di vedersi conferite anche deleghe o subdeleghe ulteriori. Come è perfettamente evidente, il tema del rispetto del distanziamento sociale

trova in questa disposizione una soluzione definitiva²¹: l'accentramento della rappresentanza in capo ad un unico soggetto certamente impedisce che si dia una situazione di sovraffollamento assembleare. Il problema, tuttavia, è: a quale prezzo?

I profili critici si possono rinvenire su perlomeno due piani differenti: il rapporto fiduciario che lega – *rectius*: dovrebbe legare? – rappresentato e rappresentante; e la compressione del pieno esercizio dei diritti assembleari dei soci.

Con riferimento al primo aspetto, del tutto centrale, è evidente come la possibilità che l'intervento in assemblea si svolga in via esclusiva tramite il rappresentante designato fa assurgere quest'ultimo da rappresentante volontario – sia pure individuato dalla società, ma riguardo l'utilizzo del quale in capo al socio permane comunque la libera scelta se avvalersi o meno del servizio – a rappresentante in qualche modo necessario, se non nell'*an*²², certamente nel *quis*. Ora, il mutamento di prospettiva sul tipo di rappresentanza costituito dall'ipotesi in esame rende necessario interrogarsi sulla persistenza di un requisito essenziale del mandato, ossia il rapporto fiduciario intercorrente tra rappresentato e rappresentante. Nel caso di specie, essendo il mandatario individuato dalla società, è impensabile che egli possa essere ritenuto persona di fiducia da tutti i soci, indipendentemente dall'entità e dal tipo di pacchetto azionario in loro possesso. L'istituto del rappresentante designato, nella variante dell'intervento assembleare unipersonale, mostra in maniera palese come la tutela del profilo fiduciario – e dunque si potrebbe giungere a sostenere del pieno affidamento del socio delegante²³ – assuma carattere recessivo sia nei confronti delle

²¹ Peraltro, nulla impedisce che vi sia un cumulo di previsioni nel caso di specie, con il rappresentante designato che prende parte ad una assemblea telematica. E anche, il che è senz'altro più utile, assemblee in cui si consenta al socio l'intervento, in alternativa, attraverso modalità telematica o il conferimento di una delega al rappresentante designato: [Notari-]C. Marchetti, *op. cit.*, 450 s.

²² Fermo restando che il socio può decidere, anche in regime di assemblea svolta attraverso la forma della presenza esclusiva del solo rappresentante designato, di non conferire la delega e dunque non intervenire alla riunione assembleare.

²³ Salva la considerazione che, per l'esercizio del diritto assembleare di maggiore rilievo, ossia il voto, resta comunque la tutela offerta dalla presenza della delega conferita dal socio contenente indicazioni di voto, ai sensi dell'art. 135*undecies* t.u.f., e que-

priorità generali del distanziamento sociale, sia delle esigenze societarie di bilanciamento di interessi tra soci diversi. E quanto a quest'ultimo aspetto, senza che tale prevalenza sia limitata agli adempimenti necessari, come quello di approvazione del bilancio di esercizio, essendo la possibilità di utilizzo dell'istituto estesa anche alle assemblee straordinarie. Il rischio è che l'istituto sia utilizzato in questa fase emergenziale per consentire una più agevole approvazione di decisioni che potrebbero altrimenti arenarsi per eccessiva conflittualità in una sede assembleare pienamente collegiale.

In relazione al secondo rilievo, si pongono problemi in particolare con riferimento al diritto del socio di porre domande *in assemblea*²⁴, e più in generale al contraddittorio assembleare come metodo di formazione di un convincimento da esprimere poi attraverso l'esercizio consapevole del voto²⁵. Il tema è di grande interesse rispetto a tutti i diritti assembleari "minori", e rafforza la percezione di un possibile uso strumentale dell'istituto in danno delle minoranze. Da un punto di vista empirico, l'unico in questa concitata fase adottabile, non resta che augurarsi che il ricorso all'istituto in parola sia il più ridotto possibile, preferendosi altre modalità di intervento in assemblea.

2.2.1.4. *Il rappresentante designato nelle banche popolari e di credito cooperativo, nelle società cooperative e nelle mutue assicuratrici*

Il ricorso al rappresentante designato, come si ha già avuto modo di anticipare, è stato esteso non già ai soli regimi societari che, sia pure con dimensioni inferiori, si situavano nell'ambito – l'accesso al merca-

sto invariabilmente, in ragione del conflitto di interessi naturale che permea la figura del rappresentante designato, come meglio si vedrà tra breve. Conformemente: [Notari-]C. Marchetti, *op. cit.*, 451 s.

²⁴ Mentre non pare conculcato *in nuce* il diritto di porre domande *prima* dell'assemblea, con il problema tuttavia che la società può fornire risposte durante l'assemblea (cfr. art. 127^{ter}, c. 1, t.u.f., peraltro limitato alle sole società quotate, e quindi senza estensione agli altri regimi societari cui si applica la disposizione in commento), privando nei fatti di significato la previsione, non essendo il socio presente in assemblea.

²⁵ Ipotizzano comunque una possibilità di porre domande per interposta persona, attraverso il rappresentante designato [Notari-]C. Marchetti, *op. cit.*, 453.

to del capitale di rischio – proprio dell'*habitat* naturale dell'istituto, ossia le società con azioni quotate; ma anche a banche popolari, banche di credito cooperativo, società cooperative e mutue assicuratrici. Evidentemente, in questo caso ci si trova ben al di fuori della zona di applicazione normale della disciplina dell'art. 135*undecies* t.u.f., e si ripropongono anche qui le medesime criticità appena sollevate, peraltro con una forza ora accentuata dalla specifica natura delle società qui in discorso.

L'estensione soggettiva di cui si discorre, infatti, riguarda modelli organizzativi che, in ragione della loro omogenea riconduzione allo scopo mutualistico, vedono di regola una particolare rilevanza del profilo partecipativo dei soci. La circostanza è evidente allo stesso legislatore nel momento in cui consente il ricorso alle già citate assemblee separate di cui all'art. 2540 c.c., la funzione di queste ultime essendo proprio di consentire l'accesso ai soci ad una sorta di "assemblea di prossimità", in cui le loro istanze possano essere più adeguatamente considerate, e portate all'attenzione dell'assemblea generale attraverso un metodo rappresentativo proporzionale. A ciò si potrebbe obiettare che, nei fatti, il rappresentante designato non fa che replicare, in forma unitaria, il meccanismo rappresentativo di cui all'art. 2540. Si deve però replicare come la scelta dei delegati in assemblea generale, ai sensi della norma da ultimo citata, compete nuovamente ai soci, mentre non altrettanto può dirsi del rappresentante designato.

Le deroghe ulteriori presenti al primo periodo del c. 6, art. 106, "Cura Italia" (e cioè rispetto ai precetti di cui all'art. 150*bis*, c. 2*bis*, t.u.b.; all'art. 135*duodecies* t.u.f.; all'art. 2539 c.c.) sono volte essenzialmente alla rimozione dei vincoli numerici massimi rispetto alle deleghe conferibili al singolo rappresentante, evidentemente in funzione della necessità di massimizzare il numero di deleganti in grado di avvalersi del rappresentante designato, a beneficio della riduzione degli assembramenti.

Vi sono peraltro deroghe ulteriori in chiusura di articolo, funzionali a rendere da un lato inapplicabile la disposizione di cui al c. 5, art. 135*undecies*, che richiede un intervento regolamentare della Consob, che ben si è dato con riferimento alle società quotate nel cui ambito si sviluppa l'utilizzo del rappresentante designato di cui all'art. 135*undecies* t.u.f., ma che naturalmente non ha avuto luogo in relazio-

ne alle forme, societarie e non, cui lo estende ulteriormente il c.6 dell'art. 106; e il richiamo alle disposizioni statutarie di cui al c. 1 della medesima norma, inutile per le medesime ragioni appena osservate. Da ciò discende che, per espressa previsione normativa, la delega può essere conferita dal socio al rappresentante designato al più tardi con un anticipo di due giorni sulla data di prima convocazione dell'assemblea; la questione relativa al c. 5, invece, sarà oggetto di attenzione nel momento in cui esamineremo l'esercizio del diritto di voto.

La restante disciplina applicabile è la medesima già osservata per società quotate, ad azionariato diffuso e ammesse alla negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione, compresa la possibilità di intervento in assemblea esclusivamente attraverso il rappresentante designato. Le medesime criticità già in quella sede riscontrate sono quindi da ritenersi qui confermate, ed anzi accentuate dalla maggiore valenza che nelle organizzazioni qui in discorso assume, anche storicamente, la partecipazione dei soci ai meccanismi di democrazia assembleare.

2.2.2. Il diritto di voto

Chiarito il profilo dell'intervento, si può ora passare assai brevemente a quello, intimamente connesso, del diritto di voto.

La situazione "ordinaria" è quella già descritta in apertura di questo lavoro, con il voto in modalità non presenziale ammesso solamente previa clausola statutaria abilitativa di tale facoltà

Analogamente a quanto previsto per il diritto di intervento, il legislatore emergenziale ha ribaltato l'intera prospettiva, consentendo il voto in forma elettronica o per corrispondenza anche ove ciò si ponga in contrarietà ad una indicazione statutaria inequivocabilmente in senso contrario.

Ora, tralasciando per il momento le questioni relative al voto espresso dal rappresentante designato, si deve osservare che il voto potrebbe essere espresso sia in sede assembleare, sia in sede extraassembleare, prima che la riunione si tenga; questo il senso, in qualche modo "storico", del voto per corrispondenza. Le modalità di esercizio del voto per corrispondenza, tuttavia, sono oggi da reputarsi ben meno legate a carta, penna e calamaio, e con maggiore attinenza a posta elet-

tronica e specifici programmi informatici²⁶. Il punto essenziale, come già ricordato, è quello della certezza rispetto alla identificazione del socio e l'esercizio del diritto: i sistemi utilizzati per il voto, cartacei o digitali, dovranno comunque garantire in maniera assoluta che il voto provenga da chi è legittimato ad esprimerlo, e che sia computato correttamente ai fini della formazione della volontà sociale.

Inoltre, come la forma assembleare telematica può coesistere con quella presenziale, così si deve ritenere che il debba essere anche per i voti espressi, in maniera sincrona, durante l'assemblea, e quelli invece espressi in qualunque maniera in fase preassembleare. Al momento della chiusura delle votazioni, tutti i voti espressi dovranno essere oggetto di computo.

Non pare creare particolari problemi il voto nelle s.r.l., nel momento in cui sia stato espresso a seguito di una consultazione scritta o tramite un consenso prestato per iscritto: la richiesta di chiarezza su argomento della decisione e consenso prestato, di cui all'art. 2479, c. 3, c.c. appare risolutiva della questione, anche ove consultazione e consenso siano espressi mediante mezzi di telecomunicazione telematici.

Complicazioni possono sorgere con riferimento alle indicazioni di voto che devono essere fornite al rappresentante designato, nelle ipotesi considerate dai c. 4 e 6 dell'art. 106 "Cura Italia".

In primo luogo, con riferimento alle istruzioni di voto, esse devono ritenersi necessarie *sempre* nel momento in cui ci si avvalga dell'istituto. Il tema è trattato, in via generale, dal c. 1, art. 135 *undecies*, che all'ultimo periodo sottolinea come la delega sia efficace solamente per le proposte in relazione alle quali il socio delegante abbia espresso istruzioni di voto, ed escludendo così la delega in bianco. Il c. 4, tuttavia, prevede – limitatamente alle società quotate, ad azionariato diffuso e ammesse alla negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione, e dunque senza estensione a cooperative, mutue assicurati-

²⁶ Ci si è nella prassi posto il problema se sia possibile stabilire facilitazioni per l'esercizio del voto per corrispondenza in fase preassembleare senza che alcuna misura sia invece adottata per agevolare la partecipazione dei soci all'assemblea, ad esempio attraverso riunioni in forma telematica; ciò parrebbe infatti ledere il diritto di partecipazione dei soci ai lavori assembleari.

ci, banche popolari e di credito cooperativo – che al rappresentante designato possano essere conferite anche deleghe o subdeleghe rilasciate ai sensi dell'art. 135^{novies} t.u.f., che in quanto tali potrebbero non essere accompagnate da istruzioni di voto. Ove in sede interpretativa si desse maggiore rilievo a tale ultima disposizione, essa sovvertirebbe la necessità di istruzioni di cui al c. 1, art. 135 *undecies*.

Così, come già anticipato *per incidens*, non pare possa essere: la natura del rappresentante designato ed il suo rapporto con la società (*rectius*: con gli amministratori che provvedono alla sua designazione, si v. *infra* il prossimo paragrafo) ne fanno un soggetto non solo non necessariamente di fiducia dei soci, ma potenzialmente portatore di un conflitto di interessi, per cui appare assolutamente necessario che ogni delega ad esso rilasciata sia accompagnata da specifiche istruzioni di voto²⁷. La soluzione, peraltro, riequipara almeno parzialmente il rappresentante designato nelle società di cui al c.4 e quello delle organizzazioni di cui al c. 6, ove pure non si faceva riferimento – correttamente – alle deleghe e subdeleghe di cui all'art. 135^{novies}.

Un secondo profilo di difformità normativa tra i rappresentanti designati di cui al c. 4 e al c. 6 riguarda l'aspetto, del tutto peculiare dell'istituto, legato all'avvento di nuove circostanze sopravvenute, ignote al delegante al momento del rilascio della delega e delle istruzioni di voto.

Mentre infatti alle società di cui al c. 4 si applicano tutte le norme usuali, comprese quelle contenute nel Regolamento emittenti all'art. 134, ciò è esplicitamente escluso (art. 106, c. 6, "Cura Italia") ove il rappresentante designato svolga la propria funzione nell'ambito delle banche popolari e di credito cooperativo, delle cooperative e delle mutue assicuratrici. Ora, il Regolamento emittenti, nel dare attuazione all'art. 135 *undecies*, c.5. t.u.f., stabilisce che il rappresentante designato che non si trovi in condizioni di conflitto di interessi, in caso di esplicita autorizzazione in tale senso da parte del delegante, può esprimere un voto difforme da quello previsto dalla indicazione di voto ricevuta "nel caso si verificino circostanze di rilievo, ignote all'atto del rilascio della delega e che non possono essere comunicate al delegante, tali da far ragionevolmente ritenere che questi, se le avesse co-

²⁷ [Notari-]C. Marchetti, *op. cit.*, 451 s.

nosciute, avrebbe dato la sua approvazione, ovvero in caso di modifiche o integrazioni delle proposte di deliberazione sottoposte all'assemblea". Ove ciò si verifici, è il rappresentante designato che deve dichiarare in assemblea le motivazioni che lo hanno condotto ad esprimere il voto in maniera difforme dalle indicazioni originali, e dettagliare nel corso dell'assemblea stessa – pur non essendo esplicitato, ai fini della verbalizzazione – i voti espressi in assenza (per le modifiche e integrazioni) o difformemente (per le altre circostanze sopravvenute).

Ora, la possibilità dell'esercizio del voto da parte del delegato in maniera difforme dalla volontà esplicitata dal delegante è, evidentemente, un profilo di estrema delicatezza. Pare a chi scrive assai discutibile che ciò possa darsi in una situazione in cui il rappresentante designato sia, legittimamente, mandatario di tutti i soci. Certo, la *ratio* dell'istituto, che consiste nel tentativo di rispettare la volontà sostanziale del delegante più di quella formalizzata nelle istruzioni di voto, fa sì che l'accento sia posto proprio sulla volontà "reale" del socio, di cui il rappresentante designato diviene in qualche modo il custode attraverso l'esercizio della discrezionalità necessaria per intendere se, ove l'originario legittimato al voto delegante fosse stato nelle condizioni di sapere della circostanza sopravvenuta, avrebbe rilasciato istruzioni diverse da quelle in realtà comunicate al delegato.

La presenza di tale discrezionalità, se è sostanzialmente da salutarsi con favore in un sistema plurale, in cui al soggetto originariamente legittimato al voto restano a disposizione una serie di possibilità diverse per l'esercizio dello stesso, essendo il rappresentante designato solo una tra esse, potrebbe non essere altrettanto foriera di conseguenze positive nel modello a partecipazione assembleare monistica prefigurato dal d.l. "Cura Italia". Infatti, in una situazione ordinaria il delegante potrebbe autorizzare il delegato all'esercizio del voto in maniera difforme in ragione della fiducia in esso riposta; mentre nella situazione emergenziale l'unica tutela per il delegante rispetto ad un esercizio indebito del voto da parte del delegato è data dal negare l'autorizzazione, anche se ciò potrebbe avere come conseguenza, in caso di circostanze sopravvenute, l'esercizio del voto da parte del delegato in maniera formalmente conforme, ma sostanzialmente difforme dai *desiderata* del delegante. In altri termini, si può sostenere che il delegante

si trova a gestire un *trade-off* tra fiducia nelle capacità discrezionali del rappresentante designato e rispondenza sostanziale del voto esercitato da questi al proprio interesse. Il problema, nella situazione emergenziale, è che vi è la possibilità che questa situazione si riproponga per *tutti i soci*, e con il rischio che, essendo il rappresentante designato scelto dagli amministratori della società, l'esercizio della discrezionalità di quest'ultimo possa essere inquinato da questa circostanza.

Questa considerazione lascia una volta di più propendere per l'utilizzo dello strumento del rappresentante designato solamente in casi estremi, in cui non sia possibile utilizzare efficacemente alcuno degli altri istituti messi a disposizione dal legislatore nell'emergenza pandemica. Ove il ricorso al rappresentante designato sia effettivamente indispensabile, in ragione di quanto sin qui esposto, pare del tutto opportuno che le istruzioni di voto rilasciate dal delegante contengano non già solo le indicazioni su come esprimere il voto, ma anche informazioni utili al delegato per individuare con ragionevole certezza, e l'esercizio del minor possibile grado di discrezionalità, il contenuto della volontà sostanziale del delegante²⁸.

La questione, invece, non si pone per le organizzazioni di cui al c. 6, per cui esplicitamente si esclude l'applicazione dell'art. 135*undecies*, c. 5, t.u.f. Attesa questa situazione, pare da ritenersi che non vi sia la possibilità per il rappresentante designato che operi in contesto mutualistico o di banche popolari di discostarsi dalle istruzioni di voto ricevute anche nel caso in cui si diano circostanze di rilievo atte a modificare potenzialmente il convincimento del delegante rispetto al proprio voto, o modifiche o integrazioni delle proposte di deliberazione. È pure vero che l'espunzione esplicita di cui si è testé detto potrebbe ragionevolmente essere motivata dal riferimento nell'art. 135*undecies*, c. 5, t.u.f. alla regolamentazione Consob, non applicabile agli enti in parola, e dunque risiedere in ragioni formali più che sostanziali; ma altrettanto potrebbe obiettarsi che la norma emergenziale, ove avesse inteso consentire la possibilità del voto difforme, avrebbe potuto fare

²⁸ L'art. 134, c. 1, Regolamento emittenti prevede che il modulo di delega contenga *almeno* le informazioni previste dallo schema di cui all'allegato 5A del Regolamento stesso, di fatto liberalizzando la possibilità che siano fornite informazioni ulteriori, quali quelle immaginate nel testo.

esplicito richiamo all'applicazione della norma generale sul punto in materia di mandato, l'art. 1711, c. 2, c.c. che, avendo contenuto perlomeno parzialmente coincidente con quello dell'art. 135 *undecies*, c. 5, t.u.f. pare piuttosto essere stata oggetto di voluta disapplicazione alla pari di questo nella disciplina che qui ci occupa.

2.3. La legittimazione all'adozione delle misure

Per concludere l'analisi dell'art. 106, "Cura Italia", con riferimento alle disposizioni relative al diritto societario²⁹, resta da trattare il tema del soggetto legittimato all'adozione delle misure emergenziali che si sono sin qui analizzate, con riferimento sia alla ritardata convocazione dell'assemblea ordinaria, sia all'intervento, sia al voto.

Il testo dell'art. 106 non crea a riguardo particolari problemi, nonostante l'assenza di una esplicita identificazione dei legittimati. Ad essi si può agevolmente risalire attraverso l'analisi delle competenze associate alla funzione esplicita, che in ogni caso conduce, perlomeno in via ordinaria, all'organo amministrativo.

In tali termini, infatti, deve leggersi al primo comma la previsione per cui "l'assemblea ordinaria è convocata", spettando all'organo amministrativo – amministratore unico, consiglio di amministrazione, consiglio di gestione – *ex art. 2366 c.c.*, la competenza primaria con riferimento alla convocazione dell'assemblea, anche ove questa avvenga su richiesta dei soci.

Appena un accenno merita una questione relativa in particolare al dovere di convocazione dell'assemblea ordinaria per l'approvazione del bilancio. Come già si è sottolineato, si tratterebbe, di norma, di una regola sfornita di una reale sanzione diretta se non la possibile azione di responsabilità che sarebbe stata difficilmente azionabile in assenza delle previsioni qui commentate, in ragione della forza maggiore costi-

²⁹ L'art. 106 "Cura Italia" considera, oltre ai profili qui trattati, anche un ulteriore aspetto, previsto al c. 8, relativo alle società a controllo pubblico, per cui l'applicazione di quanto previsto dall'art. 106 è soggetta alla consueta clausola di invarianza finanziaria. Inoltre, la legge di conversione ha disposto l'introduzione di un c. *8bis* che estende l'applicabilità delle norme di cui all'art. 106 anche "alle associazioni e alle fondazioni diverse dagli enti di cui all'art. 104, comma 1" del Codice del Terzo Settore.

tuita dalla pandemia. Invece, proprio la presenza dell'art. 106 e la previsione delle diverse modalità di svolgimento dell'assemblea ivi contenuta determina, in concreto, una imposizione in capo agli amministratori rispetto alla convocazione dell'assemblea. Si ribaltano quindi i termini della questione, facendo sì che l'omessa convocazione esponga gli amministratori ad azioni di responsabilità, che saranno ora giustificate, promosse dai soci più digitalizzati che possono lamentare l'inerzia degli amministratori rispetto alla assemblea telematica³⁰. Nessun rimedio, invece, resta esperibile ai soci non dotati di sufficiente competenza informatica, la cui volontà di non avere assise assembleari in forma telematica – in ipotesi maggioritaria all'interno della società e persino consacrata nel testo di una apposita clausola statutaria – viene ad essere legittimamente – ed anzi iperativamente – obliterata dagli amministratori, *ope legis*.

Passando alla legittimazione all'assunzione di misure con riferimento ad intervento attraverso mezzi di comunicazione e voto per corrispondenza o mediante mezzi elettronici, la norma è chiara nel prevedere che la scelta deve essere operata all'atto dell'avviso di convocazione, che deve essere emanato, ancora, dall'organo amministrativo.

Nel caso della s.r.l., la competenza decisionale è meno evidente, in quanto il dato normativo si limita a dichiarare che “[l]e società a responsabilità limitata possono” consentire l'utilizzo dei metodi a collegialità non contestuale. Nella sostanza, anche in questo caso, la “personificazione” della volontà sociale avviene di norma mediante l'organo amministrativo. In questo caso, tuttavia, si pone l'ulteriore questione della possibile competenza gestoria dei soci ai sensi dell'art.

³⁰ Oltre al mancato ricorso all'istituto del rappresentante designato, nei casi in cui ciò sia legittimo Vale peraltro la pena, ancora con riferimento alla convocazione dell'assemblea, di ribadire esplicitamente il fatto che, in caso di inerzia degli amministratori, le consuete norme sulla competenza in via suppletiva del collegio sindacale (art. 2406, c. 1, c.c.) e del consiglio di sorveglianza (art. 2409 *quaterdecies*, c. 1, c.c.) sono pienamente operative. Così come del tutto impregiudicata mi pare la facoltà dei soci di richiedere la convocazione ai sensi dell'art. 2367 c. 1, c.c. Anzi, atteso il tenore delle norme qui osservate, un eventuale rifiuto di provvedere alla convocazione da parte degli organi a ciò deputati motivato unicamente sulla base della inopportunità di convocazione in una situazione di emergenza pandemica non dovrebbe essere ritenuto giustificato dall'autorità giudiziaria.

2479, c.1, c.c., i quali comunque potrebbero assumere la decisione dell'utilizzo delle modalità collegiali non contestuali in luogo dell'assemblea attraverso il meccanismo di avocazione previsto dalla norma appena citata³¹.

Infine, con riferimento al rappresentante di cui ai commi 4 e 6, la norma nuovamente prevede che le società e gli enti interessati "possono designare [...] il rappresentante". Anche in questo caso, pare trattarsi di una competenza di tipo gestorio, ed in quanto tale di spettanza dell'organo amministrativo.

3. La disciplina emergenziale per gli altri organi societari

L'ultimo profilo da accennare riguarda la disciplina applicabile agli organi diversi da quello assembleare. Il tema si pone con una certa urgenza in particolare per le società che abbiano adottato il sistema dualistico di amministrazione e controllo, in cui il consiglio di sorveglianza ha una competenza specifica sull'approvazione del bilancio di esercizio.

Della regolamentazione delle modalità di riunioni degli organi collegiali si occupa l'art. 73, c. 4, d.l. "Cura Italia", invero con maggiore chiarezza solo a partire dalla conversione in legge del decreto. Nella versione originaria, infatti, l'ambito applicativo esplicito era limitato ad associazioni private anche non riconosciute e fondazioni; con la conversione in legge, vengono menzionate anche "le società, comprese le società cooperative ed i consorzi". Il periodo di applicazione delle regole di cui all'art. 73 coincide, nei fatti, con quello dell'art. 106³².

La norma brilla una volta di più per imperizia redazionale, per quanto, fortunatamente, le fattispecie considerate sono nel complesso meno articolate di quelle previste dall'art. 106. La scarsa qualità nella

³¹ Il procedimento sarebbe, in questo caso, che tanti soci che rappresentino perlomeno un terzo del capitale sociale potrebbero richiedere che sulla questione si pronuncino i soci stessi, evidentemente in assemblea.

³² Compresa l'estensione al termine dell'emergenza epidemiologica e comunque non oltre il 31 marzo 2021, sempre ad opera del d.l. 183/2020 (art. 19, c.1). Sul tema, da ultimo, si veda A. Rosa, *Partecipazione a distanza agli organi di amministrazione e controllo delle s.p.a. e governo dei rischi d'impresa*, in *RivistaODC*, 1/2020, 161 ss.

formulazione normativa è evidente sotto vari profili (“le società, comprese le società cooperative e i consorzi”, con inciso a includere ciò che nel concetto è già presente – le cooperative – e ciò che invece non appartiene a quel regno – i consorzi; “le società [...] possono riunirsi”, senza esplicitazione di quali siano gli organi cui ci si riferisce, posta l'impossibilità di riunione di una società di per sé considerata; e via dicendo), ma ove si tenti di dare un significato alle previsioni ivi contenute, la norma in discorso – nella sua versione post-conversione – asurge addirittura al rango di norma generale, in rapporto alla quale l'art. 106 si atteggia in termini di specialità.

Infatti, mi pare da intendersi che l'ambito applicativo oggettivo dell'art. 73, in ragione della formulazione completamente ambigua, sia esteso a tutti gli organi societari, ivi incluse le assemblee, la cui disciplina di dettaglio è invece offerta dall'art. 106, come osservato.

L'intento della norma è, evidentemente, quello di consentire, in periodo di necessario distanziamento sociale, lo svolgimento di riunioni in forma di videoconferenza³³, anche ove tale possibilità non sia contemplata dallo statuto, o da altri documenti societari³⁴.

Ora, è vero che il riferimento generico alle “società” potrebbe essere interpretato, come si è fatto *supra* in relazione alla legittimazione all'assunzione delle decisioni sulle modalità non presenziali di svolgimento dell'assemblea o di votazione per corrispondenza o attraverso mezzi elettronici, come riferito al solo organo amministrativo; anche in quel caso, infatti, l'art. 106 si riferisce genericamente alle “società” e non ad un organo specifico. Una simile conclusione, tuttavia, non risulta convincente nel caso di specie. In particolare, anche utilizzando una interpretazione storica, l'estensione esplicita alle società del precepto di cui all'art. 73 c. 4 è stata operata solamente in sede di conversione del d.l. “Cura Italia”, quando nel periodo di vigenza ante-conversione del decreto diverse voci si erano levate lamentando come la disposizione di cui all'art. 106 necessitasse di essere sostanzialmente

³³ E non già solamente in ambito societario, essendo la norma che ci occupa dedicata anche alle riunioni di enti pubblici e scolastici, sistema camerale, conferenze metropolitane e così via dicendo.

³⁴ Questo il significato che darei alla locuzione, generica “che non abbiano regolamentato”, senza indicazione dell'*ubi* di tale (non) regolamentazione.

estesa anche agli altri organi societari, e non solamente a quello di amministrazione, altrimenti paralizzati in caso di mancanza di disposizioni statutarie in materia di riunioni in forma non presenziale³⁵.

Vero è che lo sblocco della situazione per le assemblee avrebbe potuto comunque consentire di superare il problema delle riunioni a distanza degli altri organi attraverso l'approvazione di specifiche modifiche statutarie in tale senso, a quel punto rese possibili dall'art. 106; ma si deve al contempo rilevare come una simile soluzione avrebbe comportato una dilatazione dei tempi, non auspicabile soprattutto in una situazione emergenziale in cui la tempestività delle decisioni gestorie interne all'impresa è un valore da perseguire in maniera assolutamente prioritaria. E questo a tacere del problema, da ritenersi apicale, che ove non si dia la possibilità di riunire fisicamente il consiglio di amministrazione, e non sia consentita dallo statuto una riunione in forma telematica, vi sarebbe pure un impedimento ad una regolare convocazione dell'assemblea sulla base di quanto previsto dall'art. 2366, c. 1, c.c.³⁶.

³⁵ E d'altra parte, anche considerando unicamente la questione che pare stare maggiormente a cuore al legislatore emergenziale, ossia la possibilità di approvazione del bilancio di esercizio, si deve ricordare come questo debba essere dagli amministratori comunicato al collegio sindacale e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti, ai sensi dell'art. 2429, c. 1, c.c. In caso di mancata previsione statutaria per modalità di riunione alternative a quella presenziale, e in assenza di una estensione della possibilità di cui all'art. 73 anche a questi soggetti, evidentemente non si darebbe la possibilità di adempiere al precetto di cui all'art. 2429 c.c.

³⁶ Dovendosi tuttavia rilevare pure che, ai sensi dell'art. 2379 c.c., la convocazione non si può reputare mancante, e quindi la delibera assembleare non è da ritenersi nulla, nel caso in cui l'avviso provenga comunque da un membro dell'organo amministrativo o di controllo e fornisca le informazioni adeguate a consentire la partecipazione ai legittimati all'intervento.

Tuttavia, nel sistema emergenziale sin qui osservato, questa circostanza potrebbe risultare problematica, in quanto consentirebbe in concreto a qualunque membro del consiglio di amministrazione – o dell'organo di controllo – di assumere in proprio la decisione sull'adozione delle forme alternative per la celebrazione dell'assemblea senza alcun previo confronto in sede collegiale. La previsione di cui all'art. 73, c. 4, "Cura Italia" post conversione minimizza – pur senza poterlo escludere *in nuce* – tale rischio, consentendo la riunione del *plenum* dell'organo di amministrazione, al fine di procedere, tra l'altro, alla convocazione dell'assemblea secondo le forme ritenute più idonee.

L'ambito soggettivo ribadisce l'impressione della correttezza di una interpretazione improntata alla massima flessibilità, essendo la norma di applicazione per qualunque società, e dunque pure quelle personali, di fatto non considerate specificamente dall'art. 106. Un problema potrebbe in realtà porsi non già con riferimento alle società, ma agli imprenditori collettivi non societari che siano costituiti in forma diversa dal consorzio (che è invece esplicitamente citato dalla norma) i quali non trovano una copertura esplicita. Mi pare tuttavia che lo spirito della norma autorizzi una estensione della medesima anche, ad esempio, agli organi dei GEIE di diritto italiano e a quelli delle reti d'impresa.

Il punto cui dedicare attenzione in maniera peculiare è quello relativo al requisito per l'applicazione della norma, ossia che gli enti in discorso "non abbiano regolamentato modalità di svolgimento delle sedute in videoconferenza". Evidentemente, la fattispecie, volta a favorire modalità di riunione a distanza al fine di garantire il rispetto delle norme antiassembramento, copre solamente una parte delle possibilità di adunanza non presenziali. Infatti, anche solamente riflettendo sulle diverse declinazioni assunte dalle modalità decisionali dei soci presenti all'art. 106 "Cura Italia" si potrebbero dare, in particolare nella s.r.l., anche nell'organo amministrativo modalità decisionali non presenziali (consultazione scritta e consenso prestato per iscritto, *ex art. 2475, c. 4, c.c.*), alternative a quella applicabile in via dispositiva (il consiglio di amministrazione in modalità pienamente presenziale) che non rientrano certo nell'ambito della videoconferenza. Non pare tuttavia che si possa dare alla norma ora in commento una interpretazione così anti-letterale da ritenere che essa consenta nelle s.r.l. che già non lo prevedano di adottare modalità decisionali del consiglio di amministrazione secondo consultazione scritta e consenso prestato per iscritto; semplicemente, la norma consente che le riunioni del consiglio possano tenersi in forma di videoconferenza³⁷. Analogamente, nel medesimo tipo

³⁷ È vero che si potrebbe ritenere che consultazione scritta e consenso prestato per iscritto siano qualcosa "di meno" rispetto alla videoconferenza, e che quindi l'ammissione della videoconferenza dovrebbe in qualche modo consentire anche tutto ciò che, appartenendo al suo medesimo genere, impatta in misura inferiore sulle situazioni soggettive, in questo caso degli amministratori. In realtà non pare potersi ragio-

societario, ove sia già stata statutariamente effettuata una opzione per la modalità amministrativa congiuntiva (e forse pure per la disgiuntiva, con riferimento all'opposizione e direi pure necessariamente alla decisione sulla stessa), la norma in esame consente che le comunicazioni tra gli amministratori volte all'assunzione della decisione si tengano in forma di videoconferenza³⁸.

D'altra parte, un ultimo problema interpretativo si pone per quelle società o quegli enti che, invece di non avere regolamentato le sedute in videoconferenza, in realtà lo abbiano fatto escludendo recisamente nell'atto costitutivo tale modalità di riunione. Pare tuttavia che, attesa la *ratio* dell'istituto e l'importanza sistematica per le società che le riunioni in parola possano essere ugualmente tenute nonostante l'emergenza sanitaria in atto, si debba interpretare la norma nel senso che essa travolge, analogamente a quanto previsto per le assemblee dall'art. 106, anche le eventuali previsioni statutarie esplicitamente contrarie.

Un ulteriore problema si pone per il fatto che l'art. 73, a differenza dell'art. 106, non menziona in alcun modo il voto, che pure è profilo assolutamente centrale del sistema collegiale. A tale riguardo, si può sostenere che il richiamo alla sola videoconferenza possa significare la volontà del legislatore di lasciare invariato il profilo delle modalità di svolgimento della riunione, ammettendo semplicemente un *medium* differente dalla compresenzialità dei membri del consiglio nello stesso luogo fisico. Il voto, quindi, così come il computo dei numeri legali, la discussione e la verbalizzazione, avrà luogo secondo le modalità usuali.

Appena un cenno, infine, ai criteri cui la videoconferenza dovrà at-

nare in questi termini: consultazione scritta e consenso prestato per iscritto sono intrinsecamente diversi dalla videoconferenza in quanto solo quest'ultima è dotata del requisito della sincronia della riunione per tutti i partecipanti. Nel momento in cui i soci abbiano optato – anche solamente tacendo sul punto – per non consentire l'assunzione di decisioni attraverso consultazione scritta e consenso prestato per iscritto, la *ratio* della decisione ben potrebbe risiedere nella volontà di preservare la decisione in forma sincrona, il che è comunque garantito dalla forma di riunione in videoconferenza. Per le medesime ragioni, e previo rispetto dei requisiti previsti dalla norma in analisi, deve ritenersi invece ammessa la riunione in teleconferenza, senza video.

³⁸ E la medesima soluzione è naturalmente applicabile alle società personali, anche con riferimento alla decisione dei soci sull'opposizione da parte di un amministratore, ove si versi in regime di amministrazione disgiuntiva.

tenersi. La norma cita la trasparenza e la tracciabilità, peritandosi di rimarcare come i criteri debbano essere “previamente fissati” e “purché siano individuati sistemi che consentano di identificare con certezza i partecipanti nonché adeguata pubblicità delle sedute, ove previsto, secondo le modalità individuate da ciascun ente”.

Ora, con riferimento alla pubblicità delle sedute, pare che essa sia soddisfatta dall'avviso di convocazione dell'organo, il quale – di emanazione del presidente dell'organo convocando – pure dovrà contenere le indicazioni previste sui criteri di trasparenza (il cui significato nel caso di specie sfugge francamente alla comprensione) e di tracciabilità (che pare fare riferimento sia alla possibilità di identificazione dei partecipanti, sia alla loro permanenza in connessione durante la videoconferenza, sia alla riferibilità di ciascun voto al membro del collegio che lo ha espresso).

DIRITTO DEL LAVORO

Prime osservazioni sulla disciplina speciale dei rapporti di lavoro all'epoca del Covid-19¹

Gabriele Franza

1. Oltre alle ingenti misure economiche di sostegno del reddito, per le quali si rinvia ad altro intervento, tra le regole emergenziali che interessano il diritto del lavoro spicca senz'altro quella sui licenziamenti, peraltro in un contesto normativo che ha visto di recente ed a più riprese modificata la disciplina ordinaria.

L'art. 46 del decreto legge c.d. Cura Italia (17 marzo 2020, n. 18) era rubricato "Sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti". La rubrica era però ingannevole ed è stata modificata dalla legge di conversione (24 aprile 2020, n. 27). Infatti la disposizione interessa esclusivamente il recesso datoriale dal rapporto di lavoro, senza alcuna diretta incidenza sul regime delle impugnazioni dei licenziamenti, che quindi continua a trovare applicazione per quelli intimati prima del periodo di interdizione del potere di recesso, per quelli ancora consentiti e, ovviamente, anche per i licenziamenti che vengono temporaneamente vietati.

In realtà, quanto ai termini decadenziali relativi all'impugnazione, occorre comunque distinguere tra quella stragiudiziale e quella giudiziale, secondo il sistema del doppio termine consequenziale introdotto dall'art. 32 della legge n. 183/2010. Per l'onere di impugnazione stragiudiziale non c'è infatti alcuna sospensione, né è possibile ricavare diverse indicazioni dall'art. 91 del decreto Cura Italia, che si riferisce soltanto alla responsabilità del debitore per ritardi o inadempimenti contrattuali (artt. 1218 e 1223 cod. civ.). La generale sospensione del termine di impugnazione giudiziale può, invece, essere desunta dall'art.

¹ Il contributo riproduce, con alcuni adattamenti resi necessari dalle modifiche normative sopravvenute nel corso dell'emergenza epidemiologica, i contenuti dell'intervento al Webinar su *L'impatto del Coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive*, Macerata, 7 maggio 2020.

83 del medesimo decreto, il cui secondo comma dispone la sospensione, dal 9 marzo al 15 aprile (poi 11 maggio) 2020, dei termini “per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio”. Tra di essi dovrebbe infatti annoverarsi anche il deposito del ricorso per l’impugnazione del licenziamento. Quest’ultimo, del resto, non è riconducibile agli strumenti cautelari, dato che anche il c.d. rito Fornero è considerato un procedimento sommario; mentre per i procedimenti che riguardano la tutela di diritti fondamentali della persona, tra cui va ricompreso quello al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.), la legge di conversione del decreto n. 18/2020 deroga, in generale, solo per le ipotesi di tutela urgente e indifferibile, in sostanza ammettendo l’esperimento della procedura d’urgenza ex art. 700 cod. proc. civ.

Sempre in relazione ai licenziamenti già intimati, resta invece dubbio se debba considerarsi sospeso, rispetto al decorso del secondo termine decadenziale, anche l’avvio del procedimento facoltativo di conciliazione stragiudiziale dinanzi l’Ispettorato Nazionale del lavoro, come noto alternativo all’immediata impugnazione giudiziale. La soluzione favorevole alla sospensione dovrebbe derivare, in questo caso, dalla generale sospensione, ma solo fino al 15 aprile 2020, delle procedure amministrative disposta dall’art. 103 del decreto Cura Italia.

2. Passando al contenuto della disposizione in esame, l’art. 46 preclude per 60 giorni, decorrenti dal 17 marzo 2020 (entrata in vigore del decreto n. 18) l’avvio delle procedure di licenziamento collettivo (consistente nella comunicazione di apertura della procedura di riduzione del personale), ed inoltre sospende nel “medesimo periodo” le medesime “procedure” se pendenti al 17 marzo, purché avviate dopo il 23 febbraio 2020. Riferendosi integralmente alle procedure degli articoli 4, 5 e 24 della legge n. 223/91, la disposizione mostra di concepire il termine procedure in senso ampio, includendovi anche la fase finale di adozione dei singoli atti estintivi del rapporto.

La legge di conversione del decreto Cura Italia ha introdotto, plausibilmente con effetti retroattivi, una deroga per il caso di passaggio di appalto, nel caso in cui il personale sia stato riassunto per clausola d’appalto o sociale. In questo caso è dunque consentito attivare e completare la procedura di licenziamento, da intendersi come colletti-

vo vista la collocazione del nuovo inciso. Senonché, resta aperto il problema dei lavoratori non riassunti, pure se in violazione delle ricordate clausole, e quindi della validità e degli effetti di un licenziamento, anche solo individuale, necessariamente adottato in via preventiva dal datore di lavoro che cessi l'appalto.

Sino alla scadenza del termine di 60 giorni, sempre decorrente dal 17 marzo 2020, il datore di lavoro non può inoltre recedere dal contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/66. In questo caso, pertanto, la norma vieta i licenziamenti individuali per ragioni "economiche", anche se nel concetto di g.m.o. vengono tradizionalmente incluse ipotesi non riconducibili a modifiche dell'organizzazione aziendale ed invece attinenti alle qualità personali del dipendente, come la perdita di licenze o autorizzazioni necessarie per lo svolgimento dell'attività.

Restano invece estranei al divieto, oltre alle ipotesi legali di recesso *ad nutum* (i lavoratori domestici e, con alcune perplessità, i dirigenti), non solo i licenziamenti disciplinari (per giusta causa o notevole inadempimento), ma anche quei licenziamenti che sono tradizionalmente esclusi dall'ambito del g.m.o., come quelli intimati per superamento del comportamento, per scarso rendimento e, nonostante opinioni contrarie, per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore. Da qui anche il pericolo di elusioni della disciplina emergenziale, mediante diverse motivazioni del recesso, almeno quando individuale, contrastabili solo con l'istituto della frode alla legge.

3. Sia per i licenziamenti individuali che per quelli collettivi si è dubitato che la norma disponga, piuttosto che un divieto, una semplice sospensione degli effetti prodotti da atti di estinzione del rapporto adottati nel periodo temporale 17 marzo – 16 maggio 2020. Dubbio alimentato dall'art. 23, co. 6, del decreto Cura Italia, che per la fruizione dei congedi per i figli tra 12 e 16 anni prevede, a determinate condizioni, il diritto all'astensione dal lavoro di un genitore con esplicito "divieto di licenziamento".

Sul piano applicativo la differenza pratica sarebbe rilevante, perché solo nel caso del divieto l'atto estintivo posto in essere nel periodo di interdizione sarebbe nullo, con conseguente necessità di ripetere il

licenziamento individuale dopo la scadenza del periodo di divieto (peraltro a condizione che la ragione economica costitutiva dell'originario g.m.o. sia ancora attuale), ovvero di riavviare la procedura di riduzione collettiva del personale.

Tuttavia può dirsi certo che la disposizione abbia introdotto un vero e proprio divieto, non solo per l'esplicito utilizzo del termine "preclusione", ma anche perché la sospensione a cui si riferisce per i licenziamenti collettivi riguarda le procedure già avviate, e non l'efficacia dell'atto estintivo. In effetti, la norma si qualifica di ordine pubblico e si fonda sull'esigenza prioritaria della tutela dell'occupazione e dell'economia del Paese, con contestuale sostegno statale mediante gli ammortizzatori sociali. Nel senso della nullità depono inoltre, almeno in senso finalistico, l'esplicita estensione della preclusione ai datori di lavoro di piccole dimensioni, per i quali la tutela reintegratoria piena è esclusa rispetto alla normale ipotesi di ingiustificatezza del recesso.

Trattandosi di norma di ordine pubblico, la sua violazione determina una sicura nullità dell'atto contrario. Il che peraltro consente di evitare ogni problematica rispetto ai lavoratori assunti dal 7 marzo 2015, per i quali, altrimenti, si sarebbe potuto discutere sulla mancanza di una nullità espressa ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015².

² Senonché, come anticipato dai tavoli istituzionali e dalla circolazione delle prime bozze, col decreto legge c.d. Rilancio (19 maggio 2020, n. 34) la durata del divieto è stata elevata a 5 mesi, con contestuale sospensione delle procedure dell'art. 7, l. n. 604/66, e con la eccezionale possibilità di revocare licenziamenti intimati tra il 23 febbraio e il 17 marzo 2020, senza oneri e sanzioni per il datore di lavoro a condizione dell'accesso al trattamento di integrazione salariale. Nonostante i dubbi di legittimità costituzionale, esacerbati dal differimento della scadenza del divieto, l'art. 14 del decreto legge n. 104 del 14 agosto 2020 ne ha infine ulteriormente prolungato la durata; anche se, diversamente dalla disciplina originaria, il divieto è adesso flessibile e di durata "mobile", in quanto agganciato alla mancata completa fruizione dei nuovi trattamenti di integrazione salariale o, in alternativa, ad un particolare esonero contributivo. Peraltro, è attualmente discusso se il "nuovo" divieto operi anche nei confronti dei datori di lavoro che non accedano a questi strumenti di sostegno economico.

4. Date le interazioni della speciale disciplina della cassa integrazione guadagni con altri istituti che regolano i rapporti di lavoro, la legge di conversione del decreto Cura Italia ha anche introdotto, all'art. 19-*bis*, una agevolazione nell'utilizzo di contratti di lavoro a termine, "anche a scopo di somministrazione" (cioè per i contratti a tempo determinato stipulati dalle relative agenzie a fronte dell'invio in missione presso le imprese utilizzatrici). Infatti l'utilizzo di questi strumenti contrattuali sarebbe precluso, in via ordinaria, nell'ipotesi di ricorso alla integrazione salariale per mansioni corrispondenti e nelle unità produttive interessate dall'ammortizzatore sociale.

Senonché la disposizione si limita a derogare – oltretutto rispetto ai soli profili dei rinnovi e delle proroghe, non incidendo sulla stipula del primo contratto – a questo regime di divieti nonché ai c.d. intervalli di non lavoro, previsti dall'art. 21, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, dimenticando invece che le condizioni di accesso ai rinnovi e alle proroghe oltre i dodici mesi, introdotte dal c.d. decreto dignità, sono previste dall'art. 21, co. 1, d.lgs. cit. che rinvia espressamente al precedente art. 19. Sicché la previsione normativa rischia di risultare inutile soprattutto per i rinnovi o le proroghe di contratti già da tempo in corso, dato lo scarso interesse delle imprese verso strumenti che richiedono, quali presupposti di legittimità, la sussistenza di giustificazioni particolarmente restrittive e anche di complessa interpretazione.

Stando alle bozze già in circolazione, a questo problema intende porre rimedio il decreto Rilancio, il cui art. 93 consente di derogare, per rinnovi e proroghe di contratti a termine in vigore al 23 febbraio 2020 e fino al 30 agosto 2020, all'intera disciplina dell'art. 21 ed espressamente alle condizioni dell'art. 19, d.lgs. n. 81/2015. Resta peraltro dubbio se il termine del 30 agosto debba intendersi quale data di scadenza del rapporto prorogato o rinnovato oppure, come sembra più ragionevole, come data entro cui stipulare la proroga o il rinnovo del contratto³.

³ La legge di conversione del decreto n. 34/2020 ha poi introdotto nell'art. 93 un comma 1-*bis*, in forza del quale il termine di scadenza dei contratti a tempo determinato, come quelli di apprendistato, sembra essere prorogato *de iure* per una durata pari al periodo di sospensione dell'attività lavorativa, prestata in forza dei medesimi contratti, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Questa lettura della

5. Il divieto di allontanamento dal domicilio imposto con la quarantena è inevitabilmente coinciso con un ampio ricorso alla modalità di lavoro conosciuta come *smart working* ma che, nell'ambito del lavoro subordinato, è regolata per via legislativa sotto il nome di lavoro agile (art. 18 ss., l. n. 81/2017).

Nelle more dell'epidemia, vari interventi hanno regolato la materia. In particolare l'art. 1, punto 6, d.P.C.M. 11 marzo 2020, ha qualificato il lavoro agile come modalità ordinaria di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, con obbligo poi ribadito dall'art. 87 del decreto Cura Italia. Invece l'art. 1, punto 7, del medesimo decreto dell'11 marzo 2020 raccomanda l'utilizzo del lavoro agile per i datori di lavoro privati, mentre l'art. 1, lett. *ii*), d.P.C.M. 10 aprile 2020, estende analogo invito anche all'esercizio delle attività professionali.

Tuttavia, tenuto conto del semi-obbligo imposto nel pubblico impiego, ed osservato che il lavoro autonomo può essere ricondotto solo latamente ad una modalità di lavoro diffusasi nella contrattazione collettiva e poi tipizzata espressamente per il lavoro dipendente, le principali questioni si pongono proprio in relazione al lavoro subordinato privato, per il quale il lavoro agile risulta regolato in via di raccomandazione.

Per consentire la prosecuzione della produzione, quando possibile, l'attuazione di tale raccomandazione viene intanto favorita dal governo dell'emergenza derogando la disciplina generale del lavoro agile, segnatamente nella parte in cui prevede che questa modalità di lavoro debba essere attivata mediante la stipula di un accordo individuale (art. 19, l. n. 81/2017).

disposizione, plausibilmente incostituzionale poiché introduce un imponente coatto e generalizzato di manodopera, ne ha determinato la rapida abrogazione ad opera del decreto n. 104/2020 (art. 8, lett. *b*), che peraltro non chiarisce la sorte della disciplina applicabile al periodo antecedente. In ogni caso, l'ultimo provvedimento legislativo ha contestualmente rielaborato la formula dell'art. 93 del decreto Rilancio, prevedendo una generale facoltà di proroga o rinnovo acausale dei contratti in vigore, qui certamente con scadenza entro il 31 dicembre 2020, fermo il limite legale di durata complessiva di 24 mesi.

L'originaria deroga alla necessità dell'accordo individuale è stata disposta, per il settore privato, da una fonte secondaria, cioè dal d.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 2, lett. *r*), peraltro in alternativa alla fruizione delle ferie e dei congedi ordinari secondo quanto previsto dall'art. 1, lett. *e*). Tuttavia tale provvedimento interviene in forza di una generica delega della fonte primaria (d.l. n. 6/2020, art. 2, lett. *o*), dalla quale dunque può ricavarsi la legittimità della sospensione della disciplina legale ordinaria. La deroga è poi confermata, benché senza effetti retroattivi, dalla stessa fonte legale mediante il decreto legge n. 19/2020, art. 1, lett. *ff*).

La prima e immediata conseguenza della deroga è quella di consentire ai datori di lavoro di ricorrere unilateralmente a questa modalità di esecuzione della prestazione, ovviamente nella cornice delle ulteriori limitazioni personali imposte dalla disciplina dell'emergenza. Senza l'accordo, la scelta del lavoro agile diviene quindi un diritto potestativo del datore di lavoro, a cui corrisponde una posizione passiva di soggezione in capo al lavoratore⁴.

6. In senso opposto, ma temporalmente specularmente, alla imposizione del lavoro agile, da intendersi come modalità ordinaria di lavoro per il pubblico impiego nella logica del diritto oggettivo, ovvero come modalità obbligatoria di lavoro secondo la scelta unilaterale del datore di lavoro nella prospettiva delle situazioni giuridiche soggettive (benché raccomandata dal diritto oggettivo), si è inoltre posta la questione di un diritto del lavoratore a svolgere la prestazione di lavoro in tale modalità.

In realtà, il decreto legge n. 18/2020 prevede questo diritto soltanto a tutela dei disabili e di coloro che assistono il disabile ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. n. 104/92 (art. 39). Peraltro neanche questo diritto può dirsi perfetto, dipendendo dalla compatibilità del lavoro agile con

⁴ Peraltro, questa deroga è stata in seguito confermata dall'art. 90 del decreto Rilancio "limitatamente al periodo di tempo di cui al comma 1", vale a dire fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, e "comunque non oltre il 31 dicembre 2020". L'ambiguità dell'alternativa indicata dalla disposizione in commento è di fatto superata con la protrazione dello stesso stato di emergenza.

le caratteristiche della singola prestazione, e quindi permettendo in qualche modo di recuperare il parametro delle esigenze organizzative aziendali, seppur con incidenza circoscritta non potendo infatti rilevare, in senso ostativo, circostanze diverse dalle caratteristiche della prestazione individuale come il fatto che altri dipendenti siano in malattia o in ferie.

Una conferma sistematica dell'inesistenza di un generale diritto potestativo a lavorare in modalità agile è poi ravvisabile, stando alle bozze in circolazione, nella disposizione del decreto Rilancio che, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica, riconosce tale diritto anche ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato, con almeno un figlio minore di anni 14 ed a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa, o che non vi sia genitore non lavoratore (art. 90, co. 1).

Per altro verso, la constatata assenza di un generale diritto a svolgere lavoro in forma agile consente di apprezzare ulteriormente l'importanza che, nella disciplina ordinaria, riveste l'accordo individuale a tutela del lavoratore. Infatti nel diritto dell'emergenza senza tale accordo la volontà datoriale si manifesta comunque attraverso l'esercizio di un potere organizzativo, mentre quella del lavoratore resta del tutto irrilevante in difetto di una corrispondente disponibilità del datore di lavoro.

Si è però sostenuto che un generale diritto a lavorare in forma agile può essere configurato per altra via, cioè attraverso gli obblighi di sicurezza sul lavoro. Secondo questa impostazione, il modello organizzativo del lavoro agile andrebbe valorizzato su un piano distinto da quello ordinario della produttività/redditività, in particolare ricorrendo ai c.d. accomodamenti ragionevoli dell'organizzazione del lavoro, appunto ritenuti ricavabili dalla generale tutela dell'integrità psico-fisica del dipendente. In questa prospettiva è infatti evidente che, per prevenire il pericolo da contagio sul luogo di lavoro, la misura di sicurezza più efficace consiste nell'evitare che i dipendenti accedano in azienda, anche se non va trascurato che la legge n. 81/2017 non esonera i datori di lavoro dall'approntare le misure di sicurezza necessarie in favore degli stessi lavoratori agili.

Tuttavia, prescindendo dai primi interventi giurisprudenziali

d'urgenza, la ricostruzione in esame non convince nella misura in cui, oltre a generalizzare il rimedio degli accomodamenti ragionevoli, sembra confondere un preteso diritto allo svolgimento del lavoro in forma agile con la normale eccezione di inadempimento. Infatti il lavoratore che contesti l'esistenza nei luoghi di lavoro di adeguate misure di sicurezza anti-contagio può legittimamente rifiutare l'esecuzione delle prestazioni. Del resto, sul piano del diritto positivo il criterio della ragionevolezza non è stato esplicitato soltanto nelle ricordate specifiche fattispecie costitutive di un diritto soggettivo al lavoro agile, ma anche attraverso la declinazione dei complessivi obblighi di sicurezza sui luoghi di lavoro rispetto alla problematica del Covid-19.

7. In effetti, sul piano giuslavoristico la materia della sicurezza è quella che presenta maggiori complicazioni, sia per l'ovvio collegamento con la generale tutela della salute pubblica, sia per il groviglio di fonti *lato sensu* normative che si sono accavallate sulla questione (decreti legge, decreti governativi, circolari Inail e INL, Protocolli sociali, pareri del Garante della privacy).

Il primo aspetto da considerare è che il rischio da contagio Covid-19 andrebbe considerato, secondo le regole ordinarie e salvo settori direttamente interessati dal fenomeno quale quello sanitario, come rischio generico e non specifico-professionale, con sua riconduzione nell'ambito delle tutele apprestate per la malattia comune. Senonché, in considerazione della gravità dell'epidemia e delle sue implicazioni sociali, il governo si è subito orientato in senso opposto, riconoscendo espressamente, ai fini della tutela indennitaria dell'Inail, che il contagio da Covid-19 costituisce un infortunio quando contratto in occasione del lavoro (art. 42, d.l. n.18/2020).

Si tratta allora di capire come questa scelta, indubbiamente improntata da una concezione solidaristica di socializzazione del rischio, si combini sia con la possibilità di accertamento della contrazione del contagio almeno in occasione del lavoro, secondo le competenze attribuite ai medici di base e rispettivamente all'istituto previdenziale, sia con l'estensione del perimetro della responsabilità datoriale, che rileva non solo nella fondamentale ottica prevenzionistica ma anche, sul piano rimediale, per l'accesso del lavoratore alla tutela risarcitoria riferita

al c.d. danno differenziale (e connessa azione di regresso riconosciuta all'Inail nei confronti dell'impresa "colpevole").

In altri termini, una volta che il contagio da Covid-19 viene attratto *ex lege* nell'area del potenziale infortunio sul lavoro, la questione si sposta sulla prova, che interessa sia le imprese che l'assicurazione sociale, della verifica dell'evento contagio in occasione del lavoro, nonché, in caso di accertamento positivo, sulla individuazione dell'oggetto dell'obbligazione di sicurezza gravante sulle imprese.

8. Quanto al primo aspetto, la complessità dell'accertamento probatorio rispetto ad un rischio comunque generico ha indotto l'Inail a richiamare il meccanismo della presunzione di origine professionale non solo per il contagio nelle strutture sanitarie, in cui può senz'altro parlarsi di aggravamento del rischio, ma anche (in misura meno convincente) per ogni altra attività che comporti un "costante" contatto col pubblico o con l'utenza. In difetto di tali condizioni operano invece le ordinarie circostanze indiziarie, anche se, proprio a causa della peculiarità dell'accertamento, si esclude la possibilità di riconoscere quale infortunio *in itinere* la contrazione del contagio sui mezzi pubblici.

Altrettanto problematica appare la individuazione dell'obbligazione datoriale, che ovviamente non coincide con l'ambito di operatività della tutela previdenziale. I dubbi non si riferiscono tanto alla sua funzione integrativa della disciplina di tutela della salute pubblica, che peraltro si presta ad una agevole declinazione nell'ambito dei rapporti contrattuali mediante misure di informazione, distanziamento e utilizzo dei canonici strumenti di protezione individuale, quanto nell'ipotizzata applicazione della norma di chiusura del sistema antinfortunistico (art. 2087 cod. civ.), con conseguente pretesa adozione, da parte dei datori di lavoro, di ogni misura utile, incluse quelle innominate, per la prevenzione del rischio da contagio.

L'immediato dibattito sorto in materia, dato l'impatto pratico delle diverse impostazioni teoriche, ha condotto all'elaborazione di due protocolli in cui il governo e le parti sociali hanno condiviso l'individuazione delle misure di sicurezza ritenute utili a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Tuttavia, persistendo i dubbi sull'efficacia normativa di tali pattuizioni e comunque sulla natura ipoteticamente esemplificativa delle misure ivi indicate, il legislatore sembra deciso ad intervenire sul punto, per cercare di dirimere le perplessità⁵.

⁵ Nella legge di conversione del decreto legge n. 23/2020 è stato infatti introdotto un art. 29-*bis*, rubricato "Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19", in forza del quale si stabilisce che i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, co. 14, d.l. n. 33/2020. Con disposizione meno cristallina ma dal significato indubbiamente rafforzativo, si precisa inoltre che l'adempimento dell'obbligazione generale di sicurezza richiede anche l'adozione e soprattutto il mantenimento delle misure ivi previste. Più dubbio appare il riferimento alle ipotesi in cui "non trovino applicazione le predette prescrizioni", qui operando le misure contenute in protocolli o accordi sindacali di settore. Invero, non solo l'esistenza di tali fonti resta eventuale, ma neppure è chiaro in che modo tale disciplina residuale interferisca, sul piano dell'efficacia, con il rinvio effettuato dalla disciplina generale a delle regolamentazioni già esistenti ed espressamente nominate nel primo periodo della disposizione.

La disciplina degli ammortizzatori sociali nel corso dell'emergenza Covid-19¹

Martina Bassotti

1. Uno dei principali ambiti di intervento del governo nella gestione dell'emergenza sanitaria ha riguardato la tutela del reddito dei lavoratori occupati in aziende interessate, per ragioni connesse alla diffusione del virus, da una sospensione e/o riduzione dell'attività lavorativa. Si è scelto di predisporre, mediante decretazione d'urgenza, un sistema di "ammortizzatori sociali" coerente con la polivalente funzione tali strumenti, vale a dire la tutela economica per situazioni di bisogno (art. 38 Cost.), la garanzia dell'occupazione e dei livelli occupazionali (art. 4 Cost.) e, quantomeno in via indiretta, il sostegno alla stessa attività di impresa².

Il complesso di misure speciali, introdotte dapprima con il decreto legge n. 9 del 2 marzo 2020, inerente ai soli comuni della zona rossa e alle regioni della zona gialla³, e poi esteso dal decreto legge n. 18 del

¹ Il contributo analizza la disciplina vigente alla data dell'intervento. Sono successivamente intervenuti, modificando in modo rilevante il quadro normativo descritto ed introducendo nuove disposizioni, i seguenti provvedimenti: d.l. n. 34 de 19 maggio 2020 (c.d. "Decreto rilancio") convertito con legge n. 77 del 17 luglio 2020; d.l. n. 52 del 16 giugno 2020, non convertito e abrogato dall'art. 1, co. 2, legge n. 17 luglio 2020, n. 77; d.l. n. 104 del 2020 (c.d. "Decreto agosto"), convertito in legge n. 126 del 13 ottobre 2020.

² Tale profilo emerge con particolare evidenza se letto insieme al contestuale divieto di licenziamento di cui all'art. 46 del decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020, per il quale si rinvia ad altro intervento.

³ Le misure speciali previste agli articoli da 13 a 15 del decreto n. 9 del 2 marzo 2020 sono destinate ai datori di lavoro con "unità produttive site nei comuni individuati nell'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° marzo 2020", nonché ai "datori di lavoro che non hanno sede legale o unità produttiva od operativa nei comuni suddetti, limitatamente ai lavoratori in forza residenti o domiciliati nei predetti comuni". L'art. 17 consente, invece, il ricorso a trattamenti di cassa integrazione in deroga ai datori di lavoro aventi sede legale e/o unità produttive nelle

17 marzo 2020 (c.d. “Cura Italia”) a “tutto il territorio nazionale”⁴, è caratterizzato da due tipologie di strumenti: da un lato quelli “ordinari”, previsti e disciplinati dal decreto legislativo n. 148 del 2015 (“testo unico” in materia), ossia il trattamento ordinario di integrazione salariale e l’assegno ordinario (quest’ultimo operante per quelle aziende che non rientrano nei settori della cassa ordinaria ma applicano un fondo di solidarietà bilaterale ovvero, in via residuale, sono iscritte al fondo di integrazione salariale); dall’altro la cassa integrazione in deroga che, con finalità di chiusura del sistema, consente la copertura di settori o contesti aziendali i quali – anche in ragione di requisiti dimensionali – sarebbero risultati sprovvisti di tutele. Pertanto, sebbene lo strumento della cassa integrazione in deroga fosse destinato a scomparire secondo l’assetto dato dal legislatore nel 2015⁵, il carattere intrinsecamente eccezionale dell’emergenza ha giustificato il dispendio di ingenti risorse per sostenere il ricorso a tale misura.

Occorre peraltro chiarire che, in questo contesto, anche gli strumenti ordinari sono oggetto di una regolamentazione specifica, che deve quindi essere coordinata con la disciplina generale e la relativa prassi applicativa. L’esigenza di celerità e comunque le peculiarità del contesto emergenziale hanno infatti richiesto, almeno in parte, una deroga ai requisiti e alle procedure altrimenti operanti in via ordinaria.

2. In primo luogo, ciò emerge in relazione alla causale dell’intervento delle integrazioni salariali ordinarie. Infatti l’art. 19 del decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 dispone che la domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale o di accesso all’assegno ordinario può essere presentata, per una durata massima di nove settimane, dai datori di lavoro che nell’anno 2020, in periodi de-

regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, “limitatamente ai casi di accertato pregiudizio, in conseguenza delle ordinanze emanate dal Ministero della salute” e di intesa con le regioni.

⁴ In sede di conversione, la legge n. 27 del 24 aprile 2020 ha previsto l’introduzione di una disciplina che consente di coordinare le misure garantite dai due decreti.

⁵ Tuttavia va ricordato che anche dopo il 2015 diverse leggi di stabilità hanno finanziato lo strumento, in particolare per casi di crisi industriale c.d. “*complessa*”.

correnti dal 23 febbraio al 31 agosto, sospendono o riducono l'attività lavorativa in ragione di "eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19". Si è scelto, quindi, di introdurre una specifica causale "*emergenza COVID-19*" in luogo di quelle ordinarie previste dall'art. 11, d.lgs. n. 148/2015, delle quali non è pertanto richiesto l'accertamento.

Peraltro, il peculiare requisito causale deve ritenersi sussistere non solo quando le imprese siano state costrette ad interrompere lo svolgimento delle attività produttive poiché operanti in settori i cui codici ATECO non risultano nell'elenco allegato al d.p.c.m. del 22 marzo 2020 sul contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica, ma anche in caso di sospensioni e/o riduzioni dell'orario di lavoro che siano connesse anche solo indirettamente all'emergenza, quale, ad esempio, un drastico calo della domanda.

È inoltre previsto che i datori di lavoro che presentano la domanda siano dispensati dall'osservanza dell'articolo 14, d.lgs. n. 148/2015, restando fermi "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". La procedura riprende, in parte, quanto previsto in via ordinaria per i casi di "eventi oggettivamente non evitabili", tenendo conto del carattere emergenziale della causale all'origine della sospensione e della conseguente esigenza di celerità.

La legge di conversione del decreto Cura Italia (l. n. 27/2020) ha poi eliminato il riferimento a tali fasi concertative, che non erano comunque previste dal decreto n. 9/2020, ma la bozza circolante del decreto di aprile sembrerebbe reintrodurle. In ogni caso il confronto in sede sindacale si giustifica, plausibilmente, in relazione alla necessità di verificare le modalità della sospensione e i lavoratori coinvolti, piuttosto che l'effettiva sussistenza di un'esigenza di sospensione⁶.

Sempre da un punto di vista procedurale, occorre tenere conto che per la fruizione dell'integrazione salariale secondo la causale emergenziale non si applicano i termini del procedimento ordinario (art. 15,

⁶ Salvo per quelle aziende che, non rientrando nel fermo delle attività disposto dai vari d.p.c.m., possono giustificare la sospensione solo per aver risentito delle conseguenze sul mercato (c.d. calo della domanda).

co. 2; art. 30, co. 2, d.lgs. n. 148/2015), essendo invece richiesto che la domanda sia inoltrata all'INPS "entro la fine del quarto mese successivo a quello in cui ha avuto inizio il periodo di sospensione o di riduzione dell'attività lavorativa". Sul punto, tuttavia, la bozza del decreto aprile, allineandosi alla disciplina generale per gli "eventi oggettivamente non evitabili", sembra prevedere che la domanda debba essere presentata entro la fine del mese successivo a quello di inizio della sospensione. In questo caso occorrerà chiarire da quando decorra il nuovo termine decadenziale, al fine di evitare che incomba in scadenze chi aveva fatto affidamento sulla precedente disciplina.

Una disciplina peculiare è stata introdotta anche per la durata dell'integrazione salariale. Il periodo massimo richiedibile è pari a nove settimane, in un arco di tempo circoscritto che va dal 23 febbraio 2020 (data di approvazione del decreto legge n. 6/2020) al 31 agosto 2020, che dunque costituisce una data "limite" per sospendere l'attività ricorrendo alla causale "*emergenza Covid-19*".

Sempre tenendo conto del carattere eccezionale alla base della sospensione e/o della riduzione delle attività produttive, è peraltro escluso che i periodi di trattamento ordinario o di assegno ordinario siano conteggiati ai fini del calcolo dei limiti temporali previsti in caso di ricorso a tali strumenti sulla base della disciplina generale. Si può dunque parlare, in questo senso, di "neutralizzazione" di tali periodi rispetto alle successive domande. Pertanto, anche ove siano terminate le settimane disponibili nel c.d. biennio mobile, è possibile procedere con la richiesta di sospensione delle attività in forza della causale "emergenza COVID-19".

La bozza del decreto aprile prevede una proroga della durata (non più nove settimane, ma diciotto) e una estensione del periodo di riferimento (a copertura di periodi sino al 31 ottobre 2020). Se confermato, occorrerà verificare se sarà necessario presentare una semplice integrazione delle domande già presentate.

L'assegno ordinario è concesso alle stesse condizioni anche ai lavoratori dipendenti presso datori di lavoro iscritti al Fondo di integrazione salariale (FIS) che occupano mediamente più di cinque dipendenti, i quali, nel regime ordinario, possono ricorrere esclusivamente all'assegno di solidarietà.

Per quanto concerne l'individuazione dei lavoratori destinatari del

trattamento di integrazione salariale, non è richiesto il requisito dei novanta giorni di anzianità di effettivo lavoro, essendo esclusa l'applicazione dell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 148/2015. Del resto, tale requisito non è comunque considerato necessario nei casi in cui la domanda di integrazione dipenda da "eventi oggettivamente non evitabili". Tuttavia è richiesto, in linea con la *ratio* della disciplina emergenziale e sempre in funzione antielusiva, che i lavoratori risultino "alle dipendenze dei datori di lavoro richiedenti la prestazione alla data del 23 febbraio 2020". Il successivo decreto legge n. 23 dell'8 aprile 2020 (c.d. "Liquidità"), ha poi modificato questa disciplina dei requisiti soggettivi, estendendo le integrazioni salariali (ordinarie e in deroga) ai lavoratori assunti dal 23 febbraio al 18 marzo 2020, data di pubblicazione del decreto "Cura Italia", evidentemente supponendo che le assunzioni intercorse in tale arco temporale non possano essere ricondotte a pratiche fraudolente.

Caratteristiche e *quantum* dell'integrazione salariale restano invariati rispetto alle condizioni ordinarie. Da un lato, quindi, la prestazione, equiparata alla retribuzione, è corrisposta nella misura dell'80% della retribuzione globale di fatto per le ore non lavorate, nel rispetto del massimale annuo⁷; dall'altro, sono garantiti la contribuzione figurativa e gli oneri accessori. Gli assegni per il nucleo familiare non si applicano, tuttavia, in caso di assegno ordinario mediante fondo di integrazione salariale, come chiarito dalla circolare INPS n. 130 del 2017. Tale esclusione si fonda sul rilievo della mancanza di espresso rinvio alla prestazione da parte del decreto interministeriale n. 94343 del 3 febbraio 2016, istitutivo del Fondo, in attuazione del d.lgs. n. 148 del 2015.

In termini di maggior favore per i datori di lavoro, limitatamente ai periodi di integrazione concessi ai sensi dell'art. 19, è previsto che non si applichi il contributo addizionale di cui agli artt. 5, 29, co. 8 e 33, co. 2, d.lgs. ult. cit.

Infine, sempre in una prospettiva di maggior favore, è consentito ai datori di lavoro di richiedere il pagamento diretto della prestazione da

⁷ La circolare INPS n. 20/2020 ha definito i massimali per le integrazioni salariali per il 2020 nelle misure di: 998,18 euro lordi per retribuzioni fino a 2.159,48 euro lordi; 1.199,72 euro lordi per retribuzioni superiori a 2.159,48 euro lordi.

parte dell'INPS senza la necessità di dimostrare la sussistenza di “serie” difficoltà finanziarie dell'impresa⁸. A tal fine, è stato sottoscritto un protocollo tra INPS, ABI e parti sociali volto a consentire l'anticipazione dell'accredito del trattamento economico ai lavoratori interessati⁹.

3. Il carattere eccezionale della crisi in atto è all'origine della decisione di consentire il ricorso alla cassa integrazione ordinaria e all'assegno ordinario con causale “emergenza covid-19” anche ai datori di lavoro che alla data del 23 febbraio 2020 hanno in corso, rispettivamente, trattamenti di cassa integrazione straordinaria (art. 20 d.l. n. 18/2020), o di assegno di solidarietà (art. 21 d.l. n. 18/2020). L'intervento delle misure speciali implica la sospensione e sostituzione dell'ammortizzatore sociale in precedenza concesso, con la conseguenza – espressamente prevista – che ai fini della sua durata massima (definita dal d.lgs. n. 148/2015) il periodo coperto dalla misura speciale covid non viene conteggiato.

Riguardo all'ipotesi di ricorso alla cassa integrazione ordinaria ai sensi dell'art. 20 del decreto legge n.18/2020, occorre precisare che, poiché la cassa integrazione ordinaria per emergenza covid presuppone, comunque, l'appartenenza del datore di lavoro ad uno dei settori di cui all'art. 10, d.lgs. n. 148/2015, in caso di aziende con in corso trattamenti di cassa integrazione straordinaria al 23 febbraio 2020, ma non appartenenti a settori rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione ordinaria, sarà possibile ricorrere alla cassa integrazione in deroga di cui all'art. 22, d.l. n. 18/2020¹⁰.

4. La cassa integrazione in deroga – si è detto – è la terza delle misure predisposte per fronteggiare le conseguenze economiche della crisi sanitaria mediante garanzia del reddito dei lavoratori in corso di

⁸ Come previsto dall'art. 7, co. 4, d.lgs. n. 148/2015.

⁹ L'accordo è valido anche per la cassa in deroga, che prevede la sola modalità del pagamento diretto.

¹⁰ Secondo quanto chiarito dalla circolare INPS n. 47 del 2020.

rapporto. Il carattere residuale di tale strumento è evidente nell'ambito di applicazione, che l'art. 22 riferisce ai "datori di lavoro del settore privato [...] per i quali non trovino applicazione le tutele previste dalle vigenti disposizioni in materia di sospensione o riduzione di orario, in costanza di rapporto di lavoro", inclusi i datori di lavoro dei settori agricolo, della pesca e del terzo settore (mentre è esclusa la possibilità di ricorso alla cassa in deroga per il datore di lavoro domestico)¹¹.

La disciplina della cassa integrazione in deroga è analoga, sotto diversi profili, a quella analizzata con riferimento agli strumenti ordinari: la domanda deve essere presentata entro la fine del quarto mese successivo a quello in cui ha avuto inizio il periodo di sospensione o di riduzione dell'attività lavorativa"; la durata massima della sospensione e/o riduzione dell'orario coperto dal trattamento non è superiore a nove settimane (sempre nel periodo di riferimento dal 23 febbraio al 31 agosto); i lavoratori beneficiari sono quelli alle dipendenze del datore di lavoro al 23 febbraio 2020; la prestazione presenta medesime caratteristiche e vengono riconosciuti sia la contribuzione figurativa, sia gli oneri accessori; non è dovuto alcun contributo addizionale da parte dei datori di lavoro¹².

La differenza di maggiore rilievo si rinviene nel fatto che ad autorizzare il trattamento sono le regioni (alle quali, pertanto, deve essere presentata la domanda¹³) "previo accordo", per i datori di lavoro che occupino più di cinque dipendenti, che "può essere concluso anche in via telematica con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro".

Un'interpretazione letterale della disposizione suggeriva che col termine accordo ci si riferisse ad un "accordo-quadro" sottoscritto tra regioni e parti sociali, contenente la regolamentazione da applicarsi alle domande. Di conseguenza, i datori di lavoro sino a cinque dipen-

¹¹ La stessa formula è stata utilizzata nel decreto n. 9 del 2 marzo 2020 (art. 15).

¹² Il trattamento può essere concesso esclusivamente con la modalità di pagamento diretto della prestazione da parte dell'INPS, applicando la disciplina di cui all'articolo 44, co. 6-ter, d.lgs. n. 148/2015.

¹³ Per i datori di lavoro con unità produttive site in più regioni o province autonome il trattamento è riconosciuto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Le modalità di presentazione sono previste dalla circolare del Ministero del lavoro n. 8 dell'8 aprile 2020.

denti, per i quali è esclusa la necessità di tale accordo, avrebbero potuto procedere con la presentazione delle domande anche in assenza di una siffatta regolamentazione sindacale, mentre le altre imprese avrebbero dovuto attenersi alle indicazioni concertate in quella sede.

Tuttavia, la disposizione è stata interpretata in modo differente. Infatti gli stessi accordi-quadro regionali (sottoscritti nelle diverse regioni) hanno concepito l'accordo previsto dalla norma in esame come un necessario accordo tra organizzazioni sindacali e singolo datore di lavoro, che è di conseguenza tenuto, ove occupi più di cinque dipendenti, ad espletare le procedure sindacali di informazione e consultazione definite in sede regionale (generalmente finalizzate al raggiungimento di un accordo).

Si pone, sotto tale profilo, un problema di raccordo con la circolare INPS n. 47 del 2020. Infatti l'ente previdenziale, pur concordando con la tesi per cui l'accordo previsto dall'art. 22, d.l. n. 18/2020, debba considerarsi un vincolo procedurale gravante sul singolo datore di lavoro¹⁴, ha tuttavia chiarito che al fine di un suo esatto adempimento può ritenersi sufficiente l'esperimento della procedura prevista dall'art. 19, d.l.cit. Ciò nonostante, nel caso in cui le discipline quadro predisposte in ambito regionale prevedano un *iter* differente rispetto a quanto richiesto dal ricordato art. 19, sembra opportuno fare riferimento a questa disciplina più analitica, considerando che sono le stesse regioni ad autorizzare il trattamento, mentre l'INPS monitora il rispetto dei limiti di spesa e autorizza al pagamento¹⁵.

¹⁴ Secondo la circolare INPS n. 47 del 2020 *“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”*.

¹⁵ Le risorse complessivamente previste sono state ripartite tra le regioni e province autonome col decreto interministeriale del 24 marzo 2020 (1,3 miliardi euro).

5. Il sistema di ammortizzatori sociali analizzato in questa sede ha sicuramente il pregio di aspirare ad una copertura universale delle situazioni di bisogno connesse alla sospensione e/o riduzione dell'attività produttiva. Evidente è anche la volontà di agevolare la fruizione delle integrazioni salariali tramite procedure semplificate e un minore rigore dei requisiti richiesti, che dovrebbe snellire la fase di istruttoria. Tuttavia, in fase di prima applicazione sono stati riscontrati alcuni profili critici, tra i quali particolare rilievo assume il ritardo nella concessione dei pagamenti da parte dell'ente previdenziale. I dati forniti dall'INPS¹⁶ evidenziano che è lo strumento della cassa integrazione in deroga a risentire maggiormente di tale ritardo, plausibilmente in forza della ripartizione di competenze tra regioni (destinatario della domanda) ed ente previdenziale (che sulla base delle autorizzazioni trasmesse monitora la spesa e procede, poi, con il pagamento della prestazione) che grava sui tempi dell'*iter* di concessione del pagamento.

Uno dei principali problemi resta, inoltre, l'ingente impegno economico per il finanziamento di tali misure, soprattutto in vista del protrarsi dell'emergenza. In merito, anche alla luce del carattere sovranazionale dell'emergenza sanitaria, è opportuno menzionare l'iniziativa dalla Commissione Europea, che ha presentato una proposta di regolamento del Consiglio per l'istituzione di uno "strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19"¹⁷. Tale strumento, denominato "Sure" ("*Support to mitigate Unemployment risk in an emergency*"), costituisce un regime di prestiti su un sistema di garanzie degli Stati membri dell'Unione europea.

¹⁶ Consultabili sul sito <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=53629#:~:text=Al%2023%20aprile%202020%2C%20il,693%20con%20pagamento%20diretto%20INPS.>

¹⁷ Cfr. COM(2020) 139 final, consultabile sul sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0139&from=EN>.

DIRITTO PENALE

Il volto punitivo della disciplina anti Covid-19. Il controllo penale sulla diffusione del contagio¹

Andrea Francesco Tripodi

Premessa

Sono due, a mio giudizio, i piani – correlati – da mettere a fuoco nella prospettiva penalistica e, più in generale, del diritto punitivo: quello dell’incidenza del diritto punitivo sulle situazioni giuridiche soggettive intese come diritti/libertà fondamentali; quello della protezione offerta attraverso il diritto punitivo a situazioni giuridiche soggettive corrispondenti a diritti altrettanto fondamentali, qual è quello alla salute.

Il rischio di violazione dei diritti fondamentali

Di pericolo per i diritti fondamentali oggi si parla, nonostante si abbia ben chiaro per quali fini venga attivata la loro compressione. Di modo che si avrebbe pure la tentazione di relegare il diritto altrove, tenerlo fuori dalla scena, spiegare che questi non sono tempi per problematizzare le scelte su questo piano, che il diritto non dovrebbe prendersi troppo sul serio in questa tragica situazione. Ma il diritto, anche lo *ius terribile*, è ponderazione di interessi e, dunque, in questa specifica prospettiva, *di diritto* è necessario continuare a parlare, avendo ben chiari i pesi della bilancia: da un lato, la salute, che in questo caso può significare la stessa vita di tutti noi; dall’altro, la limitazione delle nostre libertà presidiata dalla sanzione.

¹ L’articolo riproduce il testo della relazione tenuta al convegno-webinar “*L’impatto del Coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive*” del 7 maggio 2020-Università di Macerata, con l’aggiunta delle indicazioni bibliografiche essenziali riferite a quel periodo.

Le norme punitive del d.l. n.19/2020 assistono le misure di contenimento ossia i divieti limitativi dell'esercizio delle libertà. La fattispecie incriminatrice è posta a tutela del bene-salute, di cui sono titolari tutti i consociati, ma i soggetti destinatari dell'incriminazione non sono dei particolari "nemici" – *come tali, autori del fatto emergenziale* –, bensì sono gli stessi e tutti i consociati – *(solo) veicoli del fatto emergenziale* –: dello stesso "genere", dunque, ovvero dalla stessa "parte", di quelli che si vuole proteggere. Ciò inevitabilmente acuisce la sensibilità nei confronti del rischio che dall'opzione punitiva derivi una violazione dei diritti fondamentali. Rischio, invero, più tollerato quando il "cattivo" è *altro da noi*, è il nemico ovvero l'autore dello stesso fatto emergenziale, piuttosto che *uno di noi* colpevolmente *irresponsabile*.

Viene allora in rilievo la gamma di requisiti di compatibilità costituzionale/convenzionale che consentono invero di giustiziare la scelta politico-criminale e che, semplificando, culminano nel giudizio di proporzione in senso *materiale* (declinato nei tre sotto-criteri dell'*idoneità* al perseguimento dello scopo, della *necessarietà* della tipologia del mezzo prescelto e dell'*adeguatezza* o *proporzione in senso stretto* della norma penale), e si specificano attraverso il riconoscimento nelle Carte di restrizioni giustificate a determinate libertà in ragione della tutela della salute (penso all'art. 16 Cost., all'art. 2 Prot. 4 CEDU in materia di libertà di circolazione, all'art. 5 CEDU, dove si richiama proprio l'ipotesi della quarantena in relazione alla privazione della propria libertà).

Giustificazioni, queste, che tuttavia non possono prescindere dal vaglio di proporzione, quale copertura comunque necessaria per la legittimità della scelta. La dottrina più moderna dei diritti fondamentali adotta infatti un approccio bifasico: ai fini della legittimità della scelta politico-criminale limitativa della libertà, non basta la ricorrenza della situazione tipizzata nella norma giustificatrice, ma occorre comunque il riscontro positivo in termini di proporzionalità².

Semplificando, si deve innanzitutto porre un problema di proporzione tra il progetto di tutela penale dell'interesse incorporato nella norma incriminatrice (*id est*, la salute pubblica, la vita) e la compres-

² Sul tema si rinvia al lavoro monografico di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 77 ss.

sione del diritto conseguente alla scelta di penalizzazione (determinate libertà costituzionali comprese dall'incriminazione della trasgressione delle misure di contenimento che ne vietano l'esercizio). Problema in qualche modo acuitizzato dal dato, a cui sopra si è fatto cenno, per cui i titolari di questi diritti-libertà, vale a dire i destinatari dell'incriminazione, sono gli stessi soggetti titolari del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e non, secondo quanto avviene per altre tipologie di legislazioni emergenziali, pericolosi nemici dell'ordine pubblico.

Al riguardo, si può ritenere che la ponderazione tra interessi pur sempre di rilievo costituzionale (il cd. *balancing test*, per dirla col linguaggio delle Corti europee, insito nella scelta legislativa) sia probabilmente di per sé plausibile e dunque legittima: dovrebbe valere il *primum vivere*, che a dire il vero sembra qualcosa di più ampio della «nuda vita», intesa nell'accezione negativa di mera esistenza biologica³. Ma di certo la scelta risulta ammissibile nel momento in cui si tiene conto della rilevanza da riconoscere nella valutazione, da un lato, al paradigma *solidaristico*⁴, anch'esso di rilievo costituzionale, la cui interazione nella ponderazione, fa pendere decisamente l'ago della bilancia a favore della salute; dall'altro, e al contempo, alla graduazione della responsabilità che può apprezzarsi nella configurazione del sistema punitivo: non ogni trasgressione è *penale*, ma solo quella in cui si manifesta una maggiore pericolosità; e, peraltro, in forma contravvenzionale, ferma restando, in direzione progressiva dell'offesa, la configurabilità di reati-delitti più pregnanti.

Nel dettaglio. Siamo in presenza di un sistema piramidale così articolato.

Alla base, un illecito amministrativo che possiamo denominare di *inosservanza delle varie misure di contenimento* (art. 4, comma 1, d.l. n. 19/2020) indicate nel d.l. n. 19/2020 all'art. 1 comma 2 e adottate, come disposto dall'art. 2, comma 1 dello stesso decreto, attraverso d.p.c.m. (ovvero dal Presidente delle regioni nei casi d'urgenza di cui

³ Il richiamo è alla formula di G. Agamben, che ricorre anche nei suoi recenti interventi sul rapporto tra politica ed emergenza sanitaria. In particolare, si veda *Una voce. Chiarimenti*, in *quodlibet.it*, 17.3.2020.

⁴ Vi pone l'accento G. De Francesco, *Dimensioni giuridiche e implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in *lalegislazionepenale.eu*, 23.4.2020, 5 ss.

al comma 3) presidiato da una sanzione pecuniaria da 400 euro fino a 3000 euro o interdittiva in particolari ipotesi di esercizio di attività commerciali e con riserva di applicazione della sanzione penale nell'ipotesi in cui la violazione integri un reato, ciò che avviene per il reato contravvenzionale di seguito descritto (ma non per l'art. 650 c.p., espressamente escluso).

Quindi, un reato contravvenzionale, con arresto da 3 a 18 mesi e congiuntamente ammenda da 500 a 5000 euro (in ragione del rinvio *quoad poenam* all'art. 260 del t.u. leggi sanitarie del 1938, la cui cornice edittale è stata modificata) – dunque, non obblabile –, che possiamo chiamare di *inosservanza della quarantena* (art. 4, comma 6, d.l. n.19/2020), ossia della misura di contenimento indicata alla *lett. e* dell'art. 1, comma 2, del decreto, la quale pone *il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte a quarantena in quanto risultate positive al virus*. Da notarsi come, invece, in nome della scala di progressione offensiva del fatto, la diversa misura della quarantena precauzionale (*lett. d*), che riguarda i soggetti che hanno avuto stretti contatti con i malati o che provengono dall'estero, è assistita dalla sanzione amministrativa di cui sopra.

Infine, il vertice della piramide. Il reato contravvenzionale si apre con una clausola di riserva a favore dell'art. 452 c.p., che pone i riflettori sul delitto di epidemia colposa o comunque su altro più grave reato: si pensi alle lesioni colpose o allo stesso omicidio colposo (o eventualmente agli stessi reati, compreso quello di epidemia, in forma dolosa).

Sulla legittimità della misura della quarantena

Effettuato, pur con le indispensabili semplificazioni, il *test* di proporzionalità, verifichiamo ora, sempre nell'ottica della valutazione di legittimità – per vero “indiretta” – delle incriminazioni, se la singola misura di contenimento, la cui violazione è penalmente sanzionata, risulti compatibile con le norme delle Carte che giustificano, al ricorrere di determinate condizioni, la limitazione delle libertà.

Un problema può porsi rispetto al reato di *inosservanza della quarantena*, quando, seguendo la traccia di più voci, si concepisca la misu-

ra della quarantena come tipica misura restrittiva della libertà personale (in specie, rimarcando l'assolutezza del divieto di allontanamento in cui si sostanzia, che appunto, diversamente dal divieto di libertà di circolazione, non conosce nella disciplina alcuna deroga)⁵. Ne conseguirebbe, *ex art. 13 Cost.*, la necessità della previsione legislativa dei casi e dei modi in cui la misura può essere applicata (riserva di legge), nonché del provvedimento dell'autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione), quantomeno nella forma della successiva convalida.

Il sistema, in effetti, sembra in quest'ottica carente: non si rinviene una disciplina organica della misura – emergono dubbi su chi possa disporla e solo la normativa secondaria ne precisa la durata –, né la richiesta di un provvedimento dispositivo dell'autorità giudiziaria. Verrebbe allora meno un requisito implicito della fattispecie contravvenzionale: la legittimità della misura.

Sul piano della garanzia del controllo giurisdizionale del provvedimento, che trova risposta nella (sola) possibilità di ricorrere alla giustizia amministrativa contro il provvedimento dispositivo, ma non nella previsione di una procedura di convalida nei tempi e nei modi stabiliti dall'art. 13 Cost., se si tiene conto che l'orientamento più esigente muove dall'assimilazione della restrizione da quarantena a quella da trattamento sanitario obbligatorio (TSO), si deve comunque sottolineare come quel tipo di trattamento richieda l'intervento giudiziale in funzione di garanzia rispetto a possibili abusi che potrebbero essere favoriti da una valutazione di per sé discrezionale rispetto a campi altamente delicati (qual è la salute mentale del paziente). Nel nostro caso quest'ampia discrezionalità valutativa non sussiste: la positività al virus è tale *sic et simpliciter*⁶.

D'altra parte e in via generale, risalendo all'origine della questione e facendo leva sulla dottrina costituzionalistica, si può porre in discussione la stessa riconduzione della misura della quarantena nello spettro concettuale dell'art. 13 Cost. Soccorrono, infatti, argomenti che si ap-

⁵ Cfr. G. L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2.4.2020; M. Grimaldi, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giurisprudenza penale*, 4, 2020, 21 ss.

⁶ Così, M. Bignami, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Quest. giust.*, 7.4.2020.

puntano sul concetto di libertà – e correlativamente sul fenomeno della sua restrizione – rilevante ai sensi della richiamata disposizione costituzionale. Libertà, quella dell'art. 13 Cost., per taluni presupponente un giudizio moralmente negativo sul soggetto attinto dalla misura restrittiva⁷, ciò che non è dato rinvenire nella nostra ipotesi; per altri, significativa, nella sua essenza, della sottrazione alla coazione/coercizione fisica⁸, profilo anch'esso assente nella nostra situazione.

L'adeguatezza del sistema punitivo in relazione alla tutela del bene primario della salute

L'apparato punitivo che vede noi stessi come destinatari è efficace per la tutela della nostra medesima salute?

Partiamo dall'illecito amministrativo. Balza agli occhi una certa genericità nella definizione delle misure di contenimento – basti pensare, quanto agli spostamenti consentiti, ai riferimenti alla *prossimità della propria abitazione*, alle locuzioni *necessità* o *congiunti* –, la cui violazione integra la fattispecie. Noi penalisti la chiameremmo nota di indeterminatezza, tutto sommato tollerabile dato il modello normativo di tipo precauzionale prescelto, volto a dar ingresso a margini di flessibilità⁹. Ad ogni modo, tale connotato si presta ad abusi da un lato, ossia in senso autoritaristico, e dall'altro, ossia marcatamente *in bonam partem*, la cui composizione è rimessa soprattutto al buon senso.

Per rafforzare l'"amministrativo" dovrebbe comunque intervenire il diritto penale: quello delle falsità attinente alle ben note autodichiarazioni. Ma limiti strutturali ne dovrebbero condizionare e circoscrivere l'operatività. Al riguardo, in questo periodo, si riscontra una grande varietà di tesi, alimentate dalla nota complessità del sistema dei falsi.

Ad ogni modo, sono due/tre, fondamentalmente, le ipotesi prospettate. Innanzitutto, l'art. 483 c.p. (Falsità ideologica commessa dal

⁷ A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, 121.

⁸ M. Luciani, *Salute*, I, *Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 10.

⁹ Cfr. R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24.4.2020, 10.

privato in atto pubblico) nella sua interazione con i documenti di autocertificazione, e l'art. 495 (Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o qualità personali proprie o di altri).

Semplificando al massimo, invero, si direbbe, nulla v'è da autocertificare in sede di controllo, mancando a monte una certificazione da "sostituire" con la dichiarazione, la quale ha ad oggetto *sic et simpliciter* solo le ragioni giustificative dello spostamento: sicché non v'è alcuna possibilità di integrazione dell'art. 483 c.p., che è l'unica falsità ideologica riferibile nel codice al privato *sub specie* di reato comune. Potrebbe allora residuare l'applicabilità dell'art.495 c.p. nella misura in cui le indicate ragioni dello spostamento abbiano quale presupposto, indicato falsamente, un attributo che serva a individuare l'individualità del soggetto, secondo quanto selezionato nella fattispecie: vale a dire, *identità, stato o altre qualità della propria o altrui persona*; tenendo presente che nelle qualità personali rientra ad esempio la professione o il grado accademico. Posto ciò, non potendo ritenersi in questo senso tipiche tutte le possibili ragioni addotte a giustificazione dello spostamento, occorrerà effettuare un'analisi caso per caso¹⁰. E così, dovrebbe rilevare la dichiarazione afferente la sussistenza di esigenze lavorative collegate allo svolgimento di una professione in realtà non svolta. Mentre, forse, non dovrebbe rilevare una falsa dichiarazione afferente lo stato di salute della persona, in quanto non valutabile come qualità personale ai sensi della disposizione ovvero, e per le stesse ragioni, una falsa dichiarazione con la quale si adduca l'esigenza di acquistare beni di prima necessità.

Nega invece la configurabilità dell'art. 495 chi lo concepisce come ipotesi speciale dell'art. 483 c.p. quanto all'oggetto delle dichiarazioni, proponendo quella dell'art. 496 c.p. (False dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri) nell'ipotesi in cui si dichiara al pubblico ufficiale di non essere positivo al virus quando in realtà lo si è¹¹.

¹⁰ Per tale itinerario argomentativo, così come per le esemplificazioni che seguono nel testo, cfr. M. Grimaldi, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giurisprudenza penale*, 4, 2020, 25 ss.

¹¹ R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, cit., 11.

Resta fermo che il soggetto, in queste ipotesi, avendo violato la misura di contenimento si renderà comunque protagonista dell'illecito amministrativo, al quale eventualmente, ovvero nei limiti sopra descritti, si affiancherà in concorso il reato di falso.

Circa l'illecito penale contravvenzionale, se si ritengono superate le insidie legate alla presunta illegittimità della misura della quarantena, *nulla quaestio*. Sempre che non si voglia sottolineare l'impossibilità di disporre l'arresto in flagranza o di applicare misure cautelari personali.

Assai problematica è l'applicabilità degli altri reati – questa volta, delitti – quali l'epidemia, le lesioni, l'omicidio.

Innanzitutto, com'è intuibile, si pone un problema di accertamento del decorso causale, trattandosi fondamentalmente di reati d'evento.

Poi, con specifico riferimento al delitto di epidemia, si tenga presente che l'evento, di cui si contesta la realizzazione mediante la diffusione di germi patogeni, corrisponde a una *malattia contagiosa che si presenta in grado di infettare [rectius, infetta] nel medesimo luogo e nel medesimo tempo una moltitudine di destinatari, recando in sé la capacità di infettare una quota ancora più vasta della popolazione*¹².

Dunque, due requisiti essenziali: a) contestualità spazio-temporale del contagio riferito a una serie indeterminata di persone; b) ulteriore diffusibilità della malattia (in ragione della propria capacità propagatrice).

Restano, allora, fuori dall'area di prensione punitiva della figura i contagi colposi intra-familiari in ragione della ristretta cerchia di persone interessata, potendosi eventualmente qui configurare un'ipotesi di lesioni colpose, salva la necessità di dimostrare la sussistenza del nesso causale con l'insorgenza della malattia. Per il ricorrere della figura dell'epidemia – nell'ipotesi colposa, ci auguriamo – si dovrebbe invece immaginare che l'untore, proveniente da un luogo ricco di contagi e giunto in un luogo che ne è privo, così da ipotizzare la presenza del decorso causale, si sia recato, consapevole del proprio stato o ad assistere a un'affollata cerimonia e lì abbia diffuso i germi patogeni¹³.

La complessità che involge il fatto tipico epidemico non si arricchisce

¹² Cfr., per tutte, Cass. pen. 26.11.2019, n. 48014.

¹³ Cfr. M. Grimaldi, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, cit., 30.

sce, a nostro modo di vedere, dell'ulteriore requisito, talvolta richiesto, del possesso/disponibilità/dominio dei germi patogeni da parte del soggetto agente: ammesso che ciò, pur nel silenzio del testo normativo, debba ritenersi rilevante, non si vede perché tale nota vada esclusa quando i germi patogeni si trovino all'interno del proprio organismo.

In definitiva, dalla nostra analisi sortisce un sistema che, sul piano strettamente penalistico, se si parte dalla limitata capacità dissuasiva generalmente ascritta a un'ipotesi contravvenzionale (e non delittuosa) sia pure non oblabile, finisce per affidare – data la ritenuta marginalità delle falsità documentali e attesa la dimostrata residualità della fattispecie di epidemia – le sue *chances* operative alle figure classiche dei reati contro la persona: in un contesto, però, di estrema problematicità quanto alla dimostrazione della necessaria dinamica causale.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

**Emergenza coronavirus e giurisprudenza amministrativa.
Fra diritto alla salute ed altri diritti rilevanti.
Spunti a prima lettura**

Stefano Villamena

1. Premessa

Per fornire una prima sintesi dei profili sostanziali che emergono dalla giurisprudenza amministrativa nell'ambito della c.d. emergenza coronavirus è necessario rilevare che, la quasi totalità dei casi in cui il giudice amministrativo è stato chiamato a giudicare, hanno riguardato ordinanze (di Sindaci o di Presidenti di Regione) limitative di alcune situazioni giuridiche soggettive degli amministrati.

Tali provvedimenti spaziano dalla chiusura temporanea di una casa di cura¹, alle limitazioni per lo spostamento da una zona all'altra del Paese – il noto caso dell'ordinanza del Sindaco di Messina è sul punto emblematico² – fino all'ordine del Sindaco di quarantena/isolamento domiciliare a causa della violazione di un'ordinanza adottata dal Presidente della Regione³.

¹ Tar Campania n. 779/2020.

² Chiunque intende fare ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina (Rada San Francesco, Porto Storico), sia che viaggi a piedi sia che viaggi a bordo di un qualsiasi mezzo di trasporto” deve registrarsi, almeno 48 ore prima dell'orario previsto di partenza, nel sistema di registrazione on-line, fornendo una serie di dati identificativi personali e relativi alla località di provenienza, a quella di destinazione e ai motivi del trasferimento, e “Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina, e per esso della Polizia Municipale alla quale è demandata l'attuazione e la vigilanza sulla esecuzione della presente Ordinanza, del Nulla Osta allo spostamento. Provvedimento, questo, oggetto di annullamento straordinario da parte del Governo, in cui il giudice amministrativo ha fornito in base all'art. 138 TUEL il suo parere (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 735/2020).

³ Cons. Stato n. 1553/2020, caso di un «bracciante agricolo». Merita evidenziare che utilizzare la parola “quarantena” non è corretto in questi casi, poiché l'isolamento imposto nella propria residenza, domicilio ecc., non dura mai “almeno quaranta gior-

Non mancano però fattispecie in cui oggetto di contestazione sono provvedimenti ampliativi, come ad esempio l'assegnazione di «buoni spesa per generi alimentari Emergenza Covid-19» adottati dal Comune dell'Aquila⁴.

In questo caso, il problema riguardava la “riserva” a favore dei residenti (in particolare nuclei familiari) che avrebbe avuto l'effetto di discriminare potenziali beneficiari che, pur non avendo la residenza nel Comune indicato, vi soggiornano stabilmente e versano pur sempre «in evidente stato di altissima fragilità sociale». Merita ricordare sul punto che il giudice amministrativo ha deciso, seppure in fase cautelare, di accogliere l'istanza di sospensione degli atti impugnati, ammettendo così il ricorrente a partecipare al bando in relazione alle lamentate difficoltà economiche del suo nucleo familiare.

Quanto rassegnato da ultimo offre la misura dello scenario futuro in ordine al contenzioso in materia: si passerà probabilmente dall'impugnativa di provvedimenti limitativi della sfera soggettiva del privato, a quelli in cui oggetto della controversia sono le possibili discriminazioni derivanti da provvedimenti di sostegno da parte del pubblico potere.

Le pronunce del giudice amministrativo adottate finora sono state assunte in fase cautelare. Ciò sulla base dell'art. 84, d.l. n. 18/2020, che deroga a quanto previsto (normalmente) dagli art. 55 e 56 del c.p.a. del 2010 relativamente alla fase menzionata.

2. Individuazione di prime “massime-guida” estrapolate dalla giurisprudenza

A questo punto occorre dare conto di una serie di “massime”, appartenenti alla medesima giurisprudenza amministrativa, utili per sintetizzare il “metodo” seguito in questa prima fase emergenziale dal giudice.

Una prima e piuttosto ricorrente massima è quella in cui si afferma che: «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate

ni”, come invece accade letteralmente nella “quarantena”.

⁴ Tar Abruzzo n. 79/2020.

disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla *privacy* – in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo⁵».

Da essa è possibile cogliere anzitutto l'importanza che il giudice amministrativo riconosce alla prospettiva storica nell'applicazione del diritto, non disgiunta però da una serie di valori costituzionali in continua evoluzione e reciproco bilanciamento fra loro, nell'ambito del quale un ruolo rilevante è giocato dalla scienza e dalla tecnica. Tecnica e scienza che sono evolute incessantemente negli ultimi anni, consentendo all'uomo una *signoria sul mondo*⁶, senza però risolvere il problema fondamentale, come anche l'emergenza coronavirus dimostra, che *gli avvenimenti vengono sempre più a noi invece che noi ad andare verso di loro*⁷.

Circoscritte, ma non meno rilevanti, sono poi le massime che pongono al centro – o meglio *al di sopra* – del relativo bilanciamento l'interesse primario alla “salute pubblica”, ove si afferma che: «nell'attuale fase epidemica», nella «comparazione degli interessi in conflitto» deve darsi «prevalenza a quello pubblico inerente la tutela della salute della collettività e della necessità di arginare qualsiasi rischio di contagio⁸»; ovvero, ancora, quelle massime che, spingendosi all'individuazione degli obiettivi concreti cui le *discipline emergenziali* sono preordinate, affermano come loro fine prioritario «di scongiurare la possibilità di assembramenti fra le persone in qualsiasi forma possano essi concretizzarsi, in luoghi pubblici o aperti al pubblico⁹», ritenendo

⁵ Da ultimo, Cons. Stato, n. 1553/2020.

⁶ M. Heidegger, *Brief über den "Humanismus"* (1946); tr. it. *Lettura sull'umanesimo*, Milano, 1987.

⁷ Parafrasando G. Anders, *L'uomo è antiquato. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, I, Torino, 2007, p. 132.

⁸ Tar Calabria n. 165/2020.

⁹ Tar Calabria n. 270/2020.

prevalente «la funzione preventiva e precauzionale sottesa a tutte le misure disposte¹⁰».

Infine, merita considerare che l'emanazione di provvedimenti emergenziali, specie con riferimento ai vari decreti legge adottati in questo lasso di tempo, è volta ad assicurare, soprattutto a livello *organizzativo*, la «gestione unitaria» degli interventi medesimi: si tratta di evitare che altri livelli di governo (segnatamente regionale e locale) «possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui si limitano le libertà costituzionali¹¹».

Nel delicato rapporto fra livello centrale da un lato e livello regionale e locale dall'altro è rinvenibile il fondamento dei primi contrasti che caratterizzano la giurisprudenza in esame.

3. Scontro fra prevenzione (interesse alla salute pubblica) e altre posizioni giuridiche soggettive

In uno dei diversi decreti legge adottati per far fronte all'emergenza coronavirus¹² si prevede che: «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive (...) esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale¹³».

Pertanto, si ammette, a livello regionale, la possibilità di disporre misure più restrittive di quelle fissate con DPCM – e ciò vale del resto

¹⁰ Tar Campania n. 779/2020. Sul tema generale della prevenzione e della precauzione nell'attività amministrativa vedi F. de Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 413 ss.

¹¹ Tar Sicilia n. 458/2020.

¹² D.l. n. 19/2020, «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

¹³ In particolare, art. 3, comma 1.

anche a livello comunale¹⁴ – ma esclusivamente in relazione a specifiche situazioni di *aggravamento del rischio sanitario* verificatesi nel proprio territorio. Implicitamente si cerca così di evitare che i Presidenti di Regione o i Sindaci utilizzino il potere di ordinanza di cui dispongono istituzionalmente anche per allentare i *lacci* delle misure restrittive adottate a livello centrale.

Nonostante ciò può accadere che si adotti (a livello regionale) un'ordinanza che, dal titolo sembra introdurre misure più restrittive, ma che nel corpo dell'atto contiene invece previsioni esattamente opposte e segnatamente: «È consentita la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio per tutte le categorie merceologiche, anche se non comprese nell'allegato 1 del D.P.C.M. del 10 aprile 2020».

Questo esempio, tratto da una pronuncia del giudice amministrativo¹⁵, oltre a porsi in chiaro conflitto con quanto indicato dalla legge (*rectius* decreto legge), rappresenta un tipico caso di irragionevolezza fra *premesse e conclusioni*, sintomatiche di eccesso di potere, che difficilmente sfuggirà in fase di merito al giudice amministrativo¹⁶.

Ai contrasti fra diversi livelli di governo operanti all'interno della sfera dell'*autorità*, si aggiungono quelli, non meno importanti, che operano invece all'interno del rapporto fra *autorità e libertà*¹⁷, ossia fra potere pubblico e posizioni giuridiche soggettive incise di rango costituzionale.

¹⁴ Nel medesimo art. 3 già cit. si prevede, al comma 2, che «I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1». Sembra di poter dire, alla luce di tale previsione, che il regime valevole per i Presidenti di Regione possa valere anche per i Sindaci. A medesime conclusioni si giunge laddove i soggetti indicati adottano «atti posti in essere per ragioni di sanità», in base alle indicazioni contenute al comma 3, del medesimo articolo 3 più volte citato.

¹⁵ Tar Lombardia n. 754/2020.

¹⁶ Nella pronuncia di cui sopra il giudice amministrativo ha intanto sospeso, nelle more del giudizio di merito, l'efficacia dell'ordinanza regionale nella parte indicata.

¹⁷ Secondo la celebre espressione di Costantino Mortati, utilizzata al fine di indicare il «rapporto fra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati» (*Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, p. 135).

Nell'ambito del rapporto *autorità-libertà* si colloca ad esempio il ricorso di un operatore economico privato avverso l'ordinanza di un Presidente di Regione, nella parte in cui disponeva la conferma, nonché la possibilità di «nuova proroga», di tutte le misure restrittive di chiusura delle attività di «commercio al dettaglio di libri¹⁸».

Casi ulteriori sono poi quelli dell'ordinanza del Sindaco che dispone la «chiusura temporanea dei cimiteri cittadini¹⁹»; ovvero quello peculiare, poiché non si rilevano in esso problemi di prevenzione legati al rischio di contagio tramite assembramento di persone, in cui è stata inibita un'attività di laboratorio rivolta alla esecuzione di *test* diagnostici *coronavirus*, sulla base delle seguenti giustificazioni: «in assenza di sintomi» il *test* «non fornisce un'informazione indicativa ai fini clinici e potrebbe essere fuorviante per la popolazione»; «la negatività non è in grado di escludere l'infezione, pertanto questo dato porterebbe a far abbassare la guardia in un soggetto negativo, non facendo rispettare le disposizioni ministeriali con grave danno per la tutela della salute pubblica»²⁰.

Pertanto, il divieto indicato – pur temporaneo – è volto a scongiurare il rischio di ciò che potrebbe definirsi *affidamento illusorio* da parte del privato, sul presupposto che la medesima prestazione diagnostica potrebbe essere *sviante* per il paziente. In esso, paradossalmente, il diritto alla salute limita quello di impresa ma quest'ultimo risulta pur sempre collegato a favore di una attività sanitaria (diagnostica), determinandosi una sorta di circolo vizioso in cui è facile perdere il filo logico del ragionamento.

Ulteriore esempio di confliggente rapporto fra *autorità* e *libertà* per ragioni sanitarie legate all'emergenza *coronavirus* è quello offerto ancora dal giudice amministrativo, in cui un Sindaco ha disposto limitazioni alla circolazione delle persone stabilendo che «la spesa presso le strutture di vendita (...) a prevalenza alimentare presenti nel territorio comunale» fosse consentita solo fino ad «un massimo di due ingressi complessivi a settimana e per un massimo di un soggetto, o suo delegato, per nucleo familiare», ammettendosi poi «l'uscita da casa

¹⁸ Tar Sardegna n. 141/2020.

¹⁹ Tar Veneto n. 205/2020.

²⁰ Tar Sicilia n. 235/2020.

per una sola volta al giorno di un singolo componente del nucleo familiare» per la «spesa alimentare nei panifici, macellerie, pescherie, frutta e verdura, purché siano esercizi commerciali non ricompresi e non all'interno dei Market, Supermarket e Minimarket»²¹.

Infine, fra i diversi casi che si potrebbero menzionare vi è quello riguardante dei genitori che lamentavano l'illegittimità di un'ordinanza regionale nella parte in cui reiterava il divieto di «ogni attività motoria all'aperto (...) comprese quelle dei minori accompagnati dai genitori», inibendo anche ai minori ogni spostamento fuori dalla propria abitazione. I medesimi genitori-ricorrenti opinavano che si imponeva per questa via «una permanenza domiciliare assoluta tranne che non si abbia una disabilità intellettiva o relazionale (che per fortuna non si ha)», «consentendo anche agli animali di uscire (...) sia pure per esigenze fisiologiche, ritenute evidentemente prevalenti rispetto all'esigenza fisiologica di un bambino ad una breve camminata in prossimità dell'abitazione con accompagnamento di un genitore»²².

Nella maggior parte delle vicende sopra menzionate, così come in altre che qui non si è voluto richiamare per esigenze di economia espositiva, il giudice amministrativo respinge la richiesta cautelare della parte motivandola talvolta alla luce della complessità della vicenda, che pertanto richiede di essere affrontata in sede collegiale, in altri casi facendo prevalere aspetti di prudenza sanitaria e prevenzione epidemiologica.

In un caso, come elemento rafforzativo della *prudenza* indicata, si richiama addirittura la specificità territoriale della «realità siciliana» quale possibile propulsore di comportamenti elusivi in materia²³. Un richiamo che evidentemente pone non pochi dubbi sia sull'opportunità di inserirlo in una pronuncia giudiziaria, pur se in fase cautelare, sia sull'esattezza nel merito della relativa affermazione ove si consideri quanto accaduto in altre parti del Paese durante l'emergenza con riguardo al rispetto dei relativi divieti.

²¹ Tar Sardegna n. 122/2020.

²² Tar Sicilia n. 458/2020 (sembra una sorta di ritorno alla "Fattoria degli animali" di orweliana memoria, in cui gli animali godono di maggiori diritti rispetto agli uomini).

²³ Vedi la già menzionata pronuncia del Tar Sicilia n. 458/2020.

Naturalmente esistono ipotesi in grado di derogare, almeno parzialmente, al rigore dei divieti imposti dalla disciplina in esame. Si pensi ad esempio alle esigenze di assistenza di un'anziana²⁴, ovvero alla necessità di non discriminare un'attività commerciale (altrimenti esclusa dai divieti imposti dall'emergenza) per il fatto di offrire i propri prodotti attraverso distributori automatici²⁵.

Esistono poi ipotesi, concettualmente diverse da quelle appena indicate, in cui non si deroga ai divieti imposti dalla disciplina emergenziale, ma si attenua in prospettiva futura ed ipotetica l'incidenza degli stessi sulle posizioni giuridiche soggettive antagoniste richiamando, nella stessa fase cautelare, la tutela risarcitoria, che in tal modo entra nel relativo bilanciamento come elemento che riduce gli effetti svantaggiosi subiti dagli interessi sacrificati.

Ancora, in materia di appalti pubblici, l'ipotesi che il ricorrente possa subentrare all'aggiudicatario nella fase di merito del giudizio, trattandosi di un contratto pluriennale, riduce, allo stesso modo visto sopra, il sacrificio subito dal medesimo a causa del rigetto della sua richiesta cautelare, ove si consideri che l'immediata esecuzione del contratto è imposta da «esigenze imperative» come la «sanificazione e disinfezione degli ambienti ospedalieri» derivanti dall'emergenza coronavirus²⁶.

Infine, agli stessi effetti di mitigazione dell'interesse inciso in fase cautelare, il giudice amministrativo allude quando, in una vicenda che interessava «il sacrificio» della «esigenza di partecipare fisicamente alle cerimonie religiose», richiama la possibilità di soddisfare il proprio sentimento religioso usufruendo delle «alternative offerte mediante gli strumenti informatici»²⁷

4. Sintesi conclusiva

La giurisprudenza esaminata conferma che il bilanciamento fra le

²⁴ Tar Campania n. 436/2020.

²⁵ Tar Sardegna n. 133/2020.

²⁶ Tar Campania n. 754/2020.

²⁷ Tar Lazio n. 3453/2020.

diverse posizioni giuridiche soggettive, o meglio fra i vari interessi protetti che esse sottendono, va effettuato, non in generale, bensì in concreto, ossia considerando la specificità dei contesti fattuali e normativi che le particolari situazioni offrono.

Sembra qui applicarsi il metodo suggerito dalla Corte costituzionale nel famoso caso ILVA di Taranto²⁸, secondo cui non dovrebbero esistere nel nostro ordinamento “interessi tiranni”, ossia posizioni da far prevalere sempre e comunque in rapporto ad altre. Ed in effetti per la Corte «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». Ne consegue che la tutela deve essere costantemente «sistemica» e, se così non fosse, prosegue la medesima Corte, «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»²⁹.

Naturalmente nel contesto indicato è possibile scongiurare tale rischio di *tirannia* attraverso il principio di proporzionalità, da intendersi, soprattutto a livello di metodo da seguire, come obbligo a carico del decisore pubblico di ricerca della misura meno restrittiva possibile per gli interessi dei soggetti privati, pur nel miglior perseguimento del pubblico interesse³⁰.

A tal riguardo, il giudice amministrativo ha più volte ricordato che, proprio in ragione del principio di proporzionalità, «i diritti e le libertà dei cittadini (tra cui la libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.) *possono essere limitati solo nella misura in cui ciò risulti indispensabile per proteggere gli interessi pubblici*», con la conseguenza che, nel caso in cui l'azione coinvolga interessi diversi, «è doverosa una adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze al fine di trovare la soluzione che comporti *il minor sacrificio possibile*; in questo senso, tale principio rileva quale elemento sintomatico della correttezza

²⁸ Corte cost. n. 85/2013.

²⁹ Da ultimo, la Corte costituzionale è tornata ad utilizzare il metodo qui indicato nella sent. n. 58/2018.

³⁰ Sul punto sia consentito rinviare a S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, p. 97 ss.

dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi³¹» (corsivo nostro).

Pur se il principio indicato non viene enunciato con frequenza nella prima e nutrita giurisprudenza amministrativa in materia di coronavirus, si ritiene che, specie i primi due test della proporzionalità, ossia l'idoneità come «rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo avuto di mira» e la necessità, ossia «l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo, tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo»³², potranno rivestire un ruolo essenziale al fine di verificare prontamente la legittimità della misura anche emergenziale.

³¹ TAR Campania n. 5299/2017.

³² Per queste due classiche definizioni, almeno nella giurisprudenza amministrativa, da ultimo: TAR Puglia n. 276/2020.

Covid-19 ed appalti pubblici.
Spunti sul rapporto fra imparzialità ed efficienza amministrativa

*Alessandro Berrettini*¹

Il presente lavoro intende indagare la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica in materia emergenziale come regolate dal c.d. decreto “Cura Italia” (d.l. n. 18/2020)² con particolare riferimento al rapporto fra imparzialità ed efficienza dell’azione amministrativa.

In tal senso, dapprima si analizzerà in che modo il menzionato decreto abbia disciplinato gli appalti in fase emergenziale, successivamente si verificherà se le scelte del Legislatore abbiano bilanciato il principio di imparzialità ed integrità della gara con quello di efficienza dell’azione amministrativa.

Partendo dal primo punto, il decreto “Cura Italia” interviene sulla disciplina dei contratti pubblici in fase emergenziale confermando, con alcune deroghe, lo schema della gestione dell’emergenza prevista dal codice dei contratti pubblici sia sul versante della procedura da seguire, secondo quanto previsto dall’art. 63, d.lgs. n. 50/2016, sia sul versante dei controlli dei requisiti di partecipazione alla gara degli operatori economici, secondo quanto disposto dall’art. 163, d.lgs. n. 50/2016.

Passando in rassegna tali disposizioni di legge, l’art. 63 del codice dei contratti pubblici conferisce alle stazioni appaltanti la facoltà di indire una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando di gara, per contratti di appalto superiori o inferiori alle soglie europee, attraverso la consultazione di almeno cinque operatori economici, selezionando l’operatore che ha offerto le condizioni più vantaggiose *ex art. 95 d.lgs. n. 50/2016*³, «quando, per ragioni di estrema urgenza

¹ Testo dell’intervento presentato durante il Convegno “L’impatto del Corona virus sulle situazioni giuridiche soggettive” 7 maggio 2020.

² Convertito con l. n. 27/2020.

³ Così, l’art. 63 comma 6, d.lgs. n. 50/2016.

derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati», a patto che «Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici»⁴.

In merito alle deroghe accennate, il decreto "Cura Italia" riduce talvolta la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta degli operatori da consultare, imponendo la consultazione di *start up* innovative e di piccole e medie imprese innovative relativamente ad appalti di acquisto di sistemi informatici per potenziare lo *smartworking*⁵. Talvolta, invece, il decreto amplia tale discrezionalità, stabilendo sia la possibilità di un affidamento diretto senza la previa consultazione degli operatori economici, ma solamente per appalti sotto le soglie co-

⁴ Art. 63 comma 2, lett. c. Merita rilevare non soltanto in caso di emergenza è possibile ricorrere alla procedura appena indicata, ma anche nei casi previsti dalle lett. a) e b) del secondo comma.

⁵ Ai sensi dell'art. 75, d.l. n. 18/2020, «Al fine di agevolare la diffusione del lavoro agile di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 2017, n. 8, favorire la diffusione di servizi in rete e agevolare l'accesso agli stessi da parte di cittadini e imprese, quali ulteriori misure di contrasto agli effetti dell'imprevedibile emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni aggiudicatrici, come definite dall'articolo 3 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché le autorità amministrative indipendenti, ivi comprese la Commissione nazionale per le società e la borsa e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, sono autorizzate, sino al 31 dicembre 2020, ad acquistare beni e servizi informatici, preferibilmente basati sul modello cloudSaaS (software as a service), nonché servizi di connettività, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lett. c), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, selezionando l'affidatario tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una «start-up innovativa» o un «piccola e media impresa innovativa», iscritta nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 25, comma 8, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 17 dicembre 2012, n. 221 e all'articolo 4, comma 2, del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 marzo 2015, n. 33».

munitarie finanziati da donazioni⁶, sia per gli acquisti di beni e servizi informatici necessari alla teledidattica⁷.

Il decreto “Cura Italia”, agli artt. 75, comma 3 e 86, comma 2, conferma il sistema dei controlli in fase emergenziale contemplato dall’art. 163 del codice dei contratti pubblici che, rispetto alle procedure ordinarie e allo stesso art. 63, comma 6⁸, rinvia ad un momento successivo alla stipulazione del contratto la verifica dei requisiti di partecipazione alla gara dell’operatore economico, con l’unica differenza che talora rimette ad una valutazione *ex post* i soli requisiti di idoneità professionale, di capacità tecniche e professionali e di capacità economica e finanziaria⁹, talaltra anche quelli generali¹⁰.

⁶ A mente dell’art. 99, comma 3, d.l.n. 18/2020, «Nella vigenza dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020 e, in ogni caso sino al 31 luglio 2020, l’acquisizione di forniture e servizi da parte delle aziende, agenzie e degli enti del Servizio sanitario nazionale da utilizzare nelle attività di contrasto dell’emergenza COVID-19, qualora sia finanziata in via esclusiva tramite donazioni di persone fisiche o giuridiche private, ai sensi dell’art. 793 c.c., avviene mediante affidamento diretto, senza previa consultazione di due o più operatori economici, per importi non superiori alle soglie di cui all’articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, a condizione che l’affidamento sia conforme al motivo delle liberalità».

⁷ Secondo l’art. 120, d.l.n. 18/2020, comma 3 e 4 «Le istituzioni scolastiche acquistano le piattaforme e i dispositivi di cui al comma 1, lettere a) e b), mediante ricorso agli strumenti di cui all’articolo 1, commi 449 e 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Qualora non sia possibile ricorrere ai predetti strumenti, le istituzioni scolastiche provvedono all’acquisto delle piattaforme e dei dispositivi di cui al comma 1, lettere a) e b), anche in deroga alle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

⁸ Il quale subordina l’affidamento «previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l’affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione».

⁹ Ai sensi dell’art. 75 comma 3, d.l.n. 18/2020, unicamente per gli «Acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per l’accesso di cittadini e imprese», «Le amministrazioni possono stipulare il contratto previa acquisizione di una autocertificazione dell’operatore economico aggiudicatario attestante il possesso dei requisiti generali, finanziari e tecnici, la regolarità del DURC e l’assenza di motivi di esclusione secondo segnalazioni rilevabili dal Casellario Informativo di Anac, nonché previa verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dalle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al *decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*. Al termine delle procedure di gara, le amministrazioni stipulano immediatamente il contratto ed avviano l’esecuzione degli stessi, anche in deroga ai termini di cui all’*articolo 32 del decreto legislativo n. 50 del 2016*».

Dunque, ai sensi dell'art. 163, comma 7¹¹, d.lgs. n. 50/2016, solo in caso di somma urgenza si richiede all'aggiudicatario, prima della stipulazione del contratto, una dichiarazione, ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, riguardante il possesso di tutti i requisiti di partecipazione alla gara richiesti all'operatore economico.

La procedura indicata prevede inoltre che, nei sessanta giorni successivi alla presentazione dell'autodichiarazione, la stazione appaltante è obbligata ad effettuare i controlli e, nel caso in cui quest'ultima dovesse ravvisare la mancanza dei requisiti appena ricordati, dovrà recedere dal contratto.

Quanto detto evidenzia che il Legislatore, confermando in sostanza la gestione dell'emergenza del codice dei contratti pubblici con alcune modifiche riguardo l'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, non sia sostanzialmente intervenuto sulla disciplina dei controlli della stazione appaltante in fase emergenziale, valorizzando una disciplina di controlli *ex post*

¹⁰ Ai sensi dell'a. 86, comma 2, d.l. n. 18/2020, «In considerazione della situazione emergenziale e al fine di consentire l'adeguata tempestività degli interventi di cui al comma precedente, fino al 31 dicembre 2020 è autorizzata l'esecuzione dei lavori di somma urgenza con le procedure di cui all'articolo 163 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, anche in deroga ai limiti di spesa ivi previsti, fatto salvo il limite della soglia europea, e ai termini di presentazione della perizia giustificativa dei lavori».

¹¹ «Qualora si adottino le procedure di affidamento in condizioni di somma urgenza previste dal presente articolo, nonché, limitatamente ad emergenze di protezione civile, le procedure di cui all'articolo 63, comma 2, lettera c), e vi sia l'esigenza impellente di assicurare la tempestiva esecuzione del contratto, gli affidatari dichiarano, mediante autocertificazione, resa ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, il possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura ordinaria, che l'amministrazione aggiudicatrice controlla in termine congruo, compatibile con la gestione della situazione di emergenza in atto, comunque non superiore a sessanta giorni dall'affidamento. L'amministrazione aggiudicatrice dà conto, con adeguata motivazione, nel primo atto successivo alle verifiche effettuate, della sussistenza dei relativi presupposti; in ogni caso non è possibile procedere al pagamento, anche parziale, in assenza delle relative verifiche positive. Qualora, a seguito del controllo, venga accertato l'affidamento ad un operatore privo dei predetti requisiti, le amministrazioni aggiudicatrici recedono dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese eventualmente già sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, e procedono alle segnalazioni alle competenti autorità».

dei requisiti economici, tecnici e generali dell'operatore economico (artt. 80 e 83 d.lgs. n. 50/2016).

Sebbene la scelta di confermare l'art. 163 del codice dei contratti pubblici durante l'emergenza Covid, spostando in un momento successivo all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto i controlli suddetti, sia volta a garantire il principio di efficienza dell'azione amministrativa, evitando lungaggini procedurali che fisiologicamente richiede la verifica *ex ante* dei requisiti dell'operatore economico mediante il sistema dell'AVCpass¹², tale scelta rischia di rendere irrealizzabile il fine legato all'efficienza che il Legislatore intende perseguire.

Difatti, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante dovesse ravvisare nei sessanta giorni successivi alla presentazione dell'autodichiarazione l'assenza dei requisiti di partecipazione alla gara sarà costretta a recedere dal contratto di appalto, bloccando anche appalti essenziali in piena emergenza Covid, con conseguente pregiudizio per l'efficienza stessa dell'azione amministrativa.

Stessa conseguenza si avrebbe nel caso in cui una Procura della Repubblica, nel medesimo lasso temporale, dovesse attivarsi e bloccare la consegna dei lavori, servizi o forniture verificando l'insussistenza dei requisiti stabiliti dalla legge, non verificati preliminarmente dall'amministrazione.

Emblematicamente alcuni recenti casi di cronaca hanno evidenziato questo problema¹³. Infatti, in una gara indetta da Consip per la fornitura di mascherine, il contratto di appalto è stato oggetto di risoluzione sia per inadempimento della prestazione, sia perché l'operatore economico aveva omesso nell'autodichiarazione presentata alla stazione appaltante precedenti violazioni tributarie per oltre centocinquanta mila euro che, se emerse, avrebbero escluso la ditta dalla gara.

Nella gestione dell'emergenza attraverso il ricorso alla disciplina dei contratti pubblici, il principio di efficienza dell'azione amministrativa risulta strettamente legato a quello di imparzialità ed integrità della gara, realizzato attraverso lo svolgimento di controlli *ex ante*, ossia precedenti alla formale aggiudicazione. Ove infatti venisse limitato il primo, il secondo non potrebbe che subirne un pregiudizio.

¹² Come indicato dall'art. 2, Delibera ANAC n. 157 del 17.2.2016.

¹³ Si tratta del caso noto a livello giornalistico come truffa delle mascherine.

Il complesso rapporto fra principio d'imparzialità e principio di efficienza amministrativa, come componente del «buon andamento», ai sensi dell'art. 97 Cost., non è certo nuovo. La dottrina¹⁴ si è più volte interrogata sulle differenze tra i due principi, definendo l'imparzialità come espressione di un'«amministrazione di autorità», mentre il buon andamento come un'«amministrazione d'erogazione». L'imparzialità pertanto entra in gioco mediante manifestazioni «caratterizzate da atti giuridici, provvedimentali», il buon andamento, invece, si manifesta attraverso «attività materiali e dall'attenzione al risultato concreto».

Sebbene i due principi non trovino «punti di contatto né sul piano dell'applicazione né sul piano dei contenuti», essendo l'imparzialità un principio statico e il buon andamento un principio dinamico, entrambi «insistono sull'esercizio dei poteri»¹⁵. Di conseguenza, «efficienza ed imparzialità vanno considerate [...] come esigenze strettamente connesse che si influenzano reciprocamente». Infatti, «Proprio perché l'azione amministrativa è elastica, sono necessarie garanzie formali che ne assicurino l'imparzialità, e non solo come difesa contro pericoli insiti nell'elasticità, ma per consentire a questa di spiegarsi utilmente»¹⁶. È naturale dunque come essi debbano trovare una sintesi, senza che l'uno necessariamente receda a favore dell'altro¹⁷.

La soluzione del Legislatore nel senso dell'adozione di controlli *ex post*, confermata recentemente dall'ANAC nell'Allegato alla Comunicazione del 22 aprile 2020 relativa alla fase 2¹⁸, non sembra dunque

¹⁴ G. Gardini, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003 p. 76.

¹⁵ *Ibis*, p. 86.

¹⁶ M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 91.

¹⁷ Il tema è sentito soprattutto in materia di anticorruzione, in cui la giurisprudenza talvolta pone i due principi in termini di incompatibilità, facendo recedere l'uno a favore dell'altro. Sul punto, A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018, pp. 179-184. Sul rapporto tra efficienza ed imparzialità in materia di conflitto di interessi, sia consentito rinviare a A. Berrettini, *Osservazioni su «conflitto di interessi» nel procedimento amministrativo alla luce di una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2017, pp. 357-373.

¹⁸ In cui a pagina 11 «Si evidenzia che, per effetto del combinato disposto degli artt. 63 e 163, co. 7, d.lgs. 50/2016, anche nelle ipotesi di affidamento d'urgenza ai sensi dell'art. 63 d.lgs. 50/2016, limitatamente alle esigenze di protezione civile, si ap-

coniugare al meglio i principi di imparzialità e di integrità della gara con il principio di efficienza dell'azione amministrativa. Il Legislatore, infatti, avrebbe dovuto introdurre un meccanismo per ridurre il tempo che richiede la verifica dei controlli *ex ante* piuttosto che spostarli in un momento successivo all'aggiudicazione. Ad esempio, oltre a creare un sistema informatico dei controlli legato alle moderne tecniche fondate sull'algoritmo, utile a garantire in maniera pressoché istantanea la relativa verifica, si sarebbe potuto istituire un meccanismo obbligatorio di invio, a richiesta della P.A., dei controlli già effettuati da altra amministrazione sui requisiti di partecipazione dell'operatore economico che ha ottenuto l'aggiudicazione, valorizzando il principio di leale collaborazione tra stazioni appaltanti.

Tale principio richiede però una specifica previsione, poiché le amministrazioni si mostrano, anche in fase emergenziale, restie a far circolare gli esiti dei propri controlli, dilatando così il tempo dell'azione amministrativa che risulta particolarmente prezioso in questa fase.

Del resto, al principio di leale collaborazione tra istituzioni è stata data particolare enfasi dalla Presidente della Corte costituzionale (Prof.ssa Marta Cartabia) nella relazione sull'attività della Corte nel 2019, che ha qualificato il principio appena menzionato come «il risvolto istituzionale della solidarietà»¹⁹, necessario affinché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergano verso un unico condiviso obiettivo.

In conclusione, l'emergenza Covid ha messo in luce la necessità di mutare dell'amministrazione *dietro* al codice dei contratti piuttosto che intervenire sul codice stesso. Ciò risulta evidente con particolare

plica la regola secondo la quale è sufficiente che l'aggiudicatario autodichiari il possesso dei requisiti, ai fini della stipulazione del contratto e dell'avvio dell'esecuzione, potendo la stazione appaltante effettuare i controlli in un termine successivo pari a 60 gg [...] qualora, a seguito del controllo, venga accertato l'affidamento ad un operatore privo dei predetti requisiti, le amministrazioni aggiudicatrici recedono dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese eventualmente già sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, e procedono alle segnalazioni alle competenti autorità»

¹⁹ M. Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in <https://www.cortecostituzionale.it>, p. 26.

riferimento alle modalità di svolgimento dei controlli dei requisiti di partecipazione degli operatori economici che richiedono una sostanziale modifica per meglio bilanciare i principi di integrità e di imparzialità della gara con quelli dell'efficienza dell'azione amministrativa, realizzando così un equilibrio tra amministrazione di garanzia²⁰ e di risultato²¹.

Questione centrale resta pur sempre la creazione di un'amministrazione che abbia adeguata cultura della solidarietà fra istituzioni, competente sia sul lato organizzativo che su quello dell'attività per la gestione dell'emergenza, rimettendo al centro del dibattito la nascita di un sistema affidabile di qualificazione delle stazioni appaltanti in grado di esercitare la discrezionalità amministrativa in direzione della *salute* del Paese²².

²⁰ Si intende un modello di amministrazione finalizzato a garantire il principio di legalità e di suoi corollari; sul punto vedi: L. R. Perfetti, *Le riforme della L. 7 agosto 1990, N. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Milano, 2008, *passim* e M. Immordino - A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

²¹ Come ricordato da M. Immordino - M. Cavallaro - N. Gullo, *artt. 4-6bis*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017 p. 533, «Nell'amministrazione di risultato ciò che rileva è il soddisfacimento e il rispetto dei beni della vita cui il privato aspira attraverso un'azione amministrativa realizzata con prontezza, semplicità ed economicità». Gli Autori riprendono sul punto L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 57.

²² La Commissione europea con la comunicazione dell'1 aprile 2020 ricorda la discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti dalle Direttive europee in tema di contratti pubblici nella scelta della procedura più adeguata al caso concreto, affermando che «Il quadro europeo in materia di appalti pubblici offre agli acquirenti pubblici tutta la *flessibilità* necessaria per acquistare il più rapidamente possibile beni e servizi direttamente collegati alla crisi della Covid-19».

Indice degli autori

- Alessio Bartolacelli, Professore associato di diritto commerciale, Università degli Studi di Macerata.
- Martina Bassotti, Assegnista di ricerca e Dottoressa di ricerca in diritto del lavoro, Università degli Studi di Macerata, Avvocato.
- Alessandro Berrettini, Dottorando di ricerca in diritto amministrativo, Università degli Studi di Camerino, Avvocato.
- Francesca Ferretti, Dottoranda di ricerca in diritto civile, Università degli Studi di Camerino.
- Gabriele Franza, Professore associato di diritto del lavoro, Università degli Studi di Macerata, Avvocato.
- Tommaso Dalla Massara, Professore ordinario di diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Verona, Avvocato.
- Enrico Damiani, Professore ordinario di diritto civile, Università degli Studi di Macerata, Direttore della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali delle Università di Macerata e Camerino, Notaio.
- Martina D'Onofrio, Assegnista di ricerca e Dottoressa di ricerca in diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Verona, Docente di diritto civile presso la Scuola di Specializzazione delle Università degli Studi di Macerata e Camerino, Avvocato.
- Romolo Donzelli, Professore associato di diritto processuale civile, Università degli Studi di Macerata, Avvocato.
- Chiara Iorio, Dottoranda di ricerca in diritto civile, Università degli Studi di Macerata, Docente di diritto civile presso la Scuola di Specializzazione delle Università degli Studi di Macerata e Camerino.

Andrea Francesco Tripodi, Professore associato di diritto penale,
Università degli Studi di Macerata.

Stefano Villamena, Professore associato di diritto amministrativo,
Università degli Studi di Macerata.

Giorgia Vulpiani, Assegnista di ricerca e Dottoressa di ricerca in
diritto civile, Università degli Studi di Macerata, Docente di diritto
civile presso la Scuola di Specializzazione delle Università degli
Studi di Macerata e Camerino, Docente di Transport and Tourism
Law, Università degli Studi di Macerata, Avvocato.