



Il diritto nella pandemia

Temi, problemi, domande

a cura di

Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli,
Stefano Pollastrelli



Il diritto nella pandemia

Temi, problemi, domande

a cura di Ermanno Calzolaio, Massimo
Meccarelli, Stefano Pollastrelli

eum

Studi Superiori

6

Collana della Scuola di Studi Superiori “Giacomo Leopardi” dell’Università di Macerata

ISBN 978-88-6056-661-4 (print)
ISBN 978-88-6056-662-1 (on-line)
DOI 10.13138/ss-60566621

Prima edizione: luglio 2020
©2020 eum edizioni università di macerata
Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata
info.ceum@unimc.it
<http://eum.unimc.it>

Impaginazione: Carla Moreschini
Copertina: +studiocrocevia

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Indice

- 9 Premessa
di Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli, Stefano Pollastrelli

La lente dei diritti

- Massimo Meccarelli
15 Il tempo della pandemia e le opportunità della storia
- Giovanni Di Cosimo
29 Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza
- Angela Cossiri
35 Le norme di contrasto al contagio tra funzione sociale ed efficacia giuridica
- Monica Stronati
45 Il diritto di riunione e associazione in tempi di emergenza
- Andrea Francesco Tripodi
55 Il controllo del contagio nella prospettiva penalistica ovvero il diritto penale emergenziale in assenza di un nemico visibile
- Romolo Donzelli
65 Emergenza pandemica e tutela giurisdizionale dei diritti
- Simone Calzolaio
75 Sistema di allerta Covid-19. Osservazioni sull'art. 6, d.l. 28/2020

- Ninfa Contigiani
 91 I soggetti socialmente ‘sensibili’ nel rigore delle ordinanze per il coronavirus (fase 1): l’eccezione necessaria nell’eccezionalità del contesto pandemico
- Stefano Pollastrelli
 105 Trasporti e turismo nell’emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri
- Il prisma dell’interazione
- Ermanno Calzolaio
 121 Il Covid-19 quale ‘sopravvenienza contrattuale’ nella prospettiva comparatistica
- Tommaso Febbrajo
 137 Emergenza pandemica e pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori
- Laura Vagni
 149 Consenso informato e diritto di autodeterminazione del paziente durante l’emergenza pandemica da coronavirus
- Mariano Cingolani
 163 La medicina ai tempi del coronavirus: relazione medico-paziente, diagnosi, terapia e responsabilità nell’emergenza Covid-19
- Alessio Bartolacelli
 173 Il diritto commerciale nel tempo della pandemia. Tra neoprotezionismo, zone franche ed emergenza portata a sistema
- Gabriele Franza
 193 Tecniche e modelli di gestione dei rapporti di lavoro nel diritto dell’emergenza sanitaria
- Guido Canavesi
 207 Dall’emergenza un nuovo modello di tutela?
 Gli ammortizzatori sociali al tempo del Covid-19
- Gianluca Contaldi
 221 Le misure poste in essere dall’Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia Covid-19

- Fabrizio Marongiu Buonaiuti
- 235 Le disposizioni adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus come norme di applicazione necessaria
- 257 Notizie sugli Autori

Premessa

Il coronavirus (Covid-19) ha fatto irruzione in modo improvviso, diffondendosi velocemente in tutto il mondo. Non solo ha colpito direttamente la vita e la salute di un alto numero di persone, ma ha anche imposto a tutti un cambiamento che nessuno avrebbe mai immaginato: il confinamento, per limitare al massimo le possibilità di contagio.

La situazione inedita che ne è conseguita e che ancora stiamo attraversando costituisce una sfida per il giurista sotto molteplici profili. I provvedimenti adottati dai singoli Stati, sovente senza alcuna concertazione tra loro, hanno limitato fortemente l'esercizio dei diritti e l'adempimento degli obblighi più elementari, hanno sconvolto l'organizzazione sanitaria, oltre a quella scolastica ed accademica, hanno sospeso i trasporti (fatta eccezione per quelli connessi a beni e servizi essenziali), hanno fortemente ridotto o addirittura sospeso le attività lavorative, hanno imposto nuovi obblighi, anche sanzionati penalmente, hanno modificato i canoni tradizionali del rispetto della privacy, hanno inciso pesantemente sulla tutela giurisdizionale dei diritti.

Storicamente non è certo la prima volta in cui si verificano epidemie di tale portata, che anzi hanno cagionato in passato un numero ben maggiore di morti. Mai però esse erano avvenute in un contesto paragonabile a quello attuale, il cui tratto distintivo è forse proprio l'interdipendenza, favorita dalla facilità negli spostamenti e dalla diffusione della rete. Sicché, l'interruzione delle attività mette alla prova in modo profondo la tenuta stessa della vita sociale ed economica e determina conseguenze anche difficilmente prevedibili nella loro estensione. La portata della attuale pandemia, quindi, richiederà anni prima di poter essere analizzata in profondità in tutti i suoi effetti e risvolti giuridici.

Eppure, essa ha richiesto risposte immediate e probabilmente ne richiederà ancora.

Quando si è iniziato a dialogare nell'ambito dei Collegi dei docenti dei Corsi di dottorato in 'Scienze giuridiche' e in 'Diritto e innovazione' del nostro Ateneo, ci si è subito avveduti che, paradossalmente, proprio la situazione emergenziale, nell'accumularsi dei tentativi di risposta, ha in realtà suscitato tante domande e acuito l'esigenza di un confronto e anche di ascolto reciproco, piuttosto che rinchiudersi entro gli angusti confini dei rispettivi settori disciplinari.

Il tema, per altro, costituisce oggetto di interesse anche per il progetto di Dipartimento di eccellenza 'Diritto e Innovazione. Europa e Cina di fronte alle sfide della globalizzazione', in seno al Dipartimento di Giurisprudenza e la stessa idea di svolgere ricerche su base interdisciplinare rappresenta un obiettivo strategico del Dipartimento.

Per questo si è pensato di avviare un percorso di ricerca che potesse coinvolgere, nel suo insieme, la nostra comunità scientifica, proponendo, per cominciare, un seminario di discussione (che si è svolto in videoconferenza il 14 e 15 maggio 2020) al fine di offrire primi spunti di riflessione, ciascuno dal proprio ambito di ricerca, con riferimento a temi e problemi che l'emergenza sanitaria stava già delineando nitidamente. L'ampia partecipazione e l'arricchimento reciproco che ne è scaturito hanno suggerito di raccogliere in un *instant book*, quasi per fissarle con uno 'scatto fotografico', queste riflessioni iniziali, che ovviamente potranno poi arricchirsi di una più compiuta e approfondita analisi. Gli scenari che si dischiuderanno nei prossimi mesi serviranno per stabilire anche gli sviluppi che potrà avere questo confronto interdisciplinare sul tema del diritto nella pandemia.

I contributi che qui raccogliamo spaziano dalla storia del diritto al diritto costituzionale, dal diritto comparato al diritto dell'Unione Europea e al diritto internazionale privato, dal diritto dei trasporti al diritto del lavoro, dal diritto penale al diritto commerciale, dalla medicina legale al diritto processuale, in un dialogo a più voci che, lo si auspica, potrà contribuire a raccogliere la sfida che una crisi come quella attuale pone ad ogni uomo e, quindi, al giurista.

I saggi sono ordinati seguendo due principali angolazioni: la prospettiva dei diritti, che ruota principalmente intorno al problema della ridefinizione dello spazio delle libertà per il soggetto di diritti; la prospettiva dell'interazione, che prende in considerazione alcuni mutamenti nel campo delle relazioni, intersoggettive, collettive, istituzionali che il diritto regola.

In realtà, il catalogo dei temi e i problemi toccati dalle pagine che seguono è molto più ricco e facilmente si sarebbe potuta scegliere una diversa articolazione; tuttavia, al fine di conservare la 'istantanea' che il volume intende restituire, si è pensato di rinunciare a strutturazioni più analitiche. Lo sviluppo di una trama tra i diversi saggi resta un compito possibile, potrà essere colta in potenza dal lettore, negli itinerari che vorrà costruire dialogando con questo volume; essa inoltre potrà essere svolta, più avanti, con lavori più mirati e con il sostegno delle opportune ponderazioni, che la persistente instabilità della fase attuale non rende ancora possibili.

Macerata, 30 giugno 2020

Ermanno Calzolaio
Massimo Meccarelli
Stefano Pollastrelli

La lente dei diritti

Massimo Meccarelli

Il tempo della pandemia e le opportunità della storia

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L’eccezione come tempo ascrivito – 3. L’ultrattività dell’eccezione – 4. I paradigmi dell’eccezione – 5. Conclusioni

1. *Premessa*

Quale rapporto ha il presente con la storia? La domanda risulta tanto attuale quanto problematica, mentre il mondo è alle prese con l’emergenza della pandemia. I fatti e gli eventi che fin ora hanno marcato lo svolgimento di questo tormentato ventunesimo secolo, sembrano aver già segnalato una percezione del tempo storico nel quale il presente, nel progettare le proprie prospettive di senso, si affranca dalle grandi narrazioni del passato, cioè dalla storia. L’esperienza pandemica – che in modo repentino ha coinvolto intere popolazioni, in una vicenda di portata globale capace di produrre i suoi effetti, radicalmente, immediatamente, capillarmente, sincronicamente, in tutto il Pianeta – sembra aver prodotto aggiornamenti nel regime di storicità sottostante a questa comprensione del tempo. Parlo di un *regime di storicità* nel senso indicato da François Hartog [Hartog 2015]: «un certo modo di collegare il passato, il presente e il futuro», una «esperienza del tempo» alla quale viene attribuito significato e ordine proprio dal modo di plasmare i piani temporali. In particolare, il tratto caratteristico sembra consistere nel fatto che il presente sia costretto a vivere in funzione di sé stesso, essendo impossibilitato ad esprimere una capacità *prognostica*, mentre mantiene una funzione meramente *predittiva*, del futuro. Il futuro è, quindi, compromesso da un’eccedenza di presente,

di un presente che non può liberarsi di sé stesso. Allo stesso tempo, il rapporto del presente con il *passato* è segnato da una rottura non solo per la sua irripetibilità, ma anche per la sua *inservibilità*.

Il tempo storico attuale era già caratterizzato da un'eccedenza di presente e da un tramonto del futuro in quanto aspettativa; tale configurazione temporale sembrava, però, contemplare ancora un ruolo per il passato, seppure in modo distorto; esso, qui, veniva, infatti, considerato in chiave retrotopica [Baumann 2017], cioè come il destinatario delle aspettative negate al futuro. Il passato, insomma, rilevava come idea nostalgica e artificiale, indotta dal presente. Nel regime della pandemia e nella storicità post-pandemica, l'eccedenza del presente sembra riuscire ad affrancarsi anche da questo simulacro di passato.

La conseguenza più impegnativa di tale consolidamento nel *presentismo* è nella negazione di un carattere dinamico del tempo storico e quindi nella *stasis* [Agamben 2018] che sembra poter favorire. Occorre infatti domandarsi in che misura una società bloccata, priva di una proiezione nella possibilità di un altro da sé, riesca a rinnovare le ragioni dell'interesse a coesistere. Basti pensare alle dispute sui simboli della memoria, che sempre più spesso vediamo manifestarsi (da ultimo in occasione delle rivendicazioni contro il razzismo *black lives matter*, che si stanno moltiplicando con una rapidità sorprendente, ora, proprio mentre scriviamo queste pagine). Fare memoria è un momento costitutivo della società: essa consiste in una forma di narrazione volta a stabilire una relazione tra passato presente e futuro che si basa su operazioni aperte di ricordo/oblio per fondare e legittimare il presente. I monumenti e le manifestazioni artistiche celebrative, così come anche la toponomastica delle strade, sono momenti di produzione di una *memoria culturale* [Assmann 2016; Paixão 2019], svolgono una funzione politica nel senso di contribuire alla direzione e all'organizzazione della società. Se la produzione di memoria costruisce l'identità collettiva, il conflitto intorno alla memoria mette sotto scacco la sintesi identitaria che ha saldato, fino a quel momento, la coesione sociale. Non possiamo approfondire il discorso, ma ci basti questo accenno per ribadire che l'eccedenza di presente e

la problematica inservibilità del passato in rapporto alle operazioni di rinnovo dell'interesse a coesistere, sembrano rafforzarsi nel tempo pandemico.

Se, però, il problema è la stasi del regime di storicità, il corto-circuito che cattura il tempo storico, proprio la storia può rappresentare una opportunità, nella misura in cui sappia offrire una posizione privilegiata di osservazione della realtà 'dall'esterno'. Con la storia, in effetti, si compie un'operazione culturale diversa da quella che possiamo fare con la memoria [Ricoeur 2000]. La storia non è orientata, come la memoria a svolgere politiche di soggettivazione del passato, al contrario intende storicizzare il passato, dunque, porta ad oggettivare il presente. Questo per sottolineare che con la storia possiamo riappropriarci di una prospettiva di senso per il passato e, in questo modo, produrre un pensiero critico che metta in moto lo sguardo sulla realtà.

La prospettiva storica e, più in particolare, quella storico-giuridica, potrebbe sostenere questo compito da due versanti: quello della riflessione sulla relazione tra tempo e diritto (e dunque sui tempi del diritto); quello della ricostruzione di una fenomenologia dell'eccezione basata sulla dimensione dell'esperienza. Nel seguito ci soffermeremo su questi due aspetti.

2. *L'eccezione come tempo ascrittivo*

La relazione tra tempo e diritto è, in effetti, un tema che ha accompagnato spesso gli svolgimenti della scienza giuridica. Si può considerare il *tempo in senso descrittivo*, per osservare l'accadere della dimensione giuridica. Qui il tempo funge da strumento analitico, individua una fase, un quadro temporale, una cronologia del diritto; resta all'esterno al fenomeno giuridico.

C'è però, anche una diversa relazione tra diritto e tempo, nella quale quest'ultimo svolge una funzione *ascrittiva*. Qui intendo riferirmi all'idea di una condizione temporale che, per le sue caratteristiche attribuisce contenuti specifici e caratteri al diritto. Il tempo è qui considerato come una componente interna al diritto, che contribuisce al processo della sua determinazione.

Se il tempo descrittivo contiene l'accadimento del diritto, il tempo ascrivito, al contrario, definisce un regime del diritto.

Diverse sono le figure giuridiche che presuppongono tale funzione del tempo; sono sovente quelle che servono a individuare *condizioni di permanenza* del diritto. Si pensi alla consuetudine, al potere costituente, all'abrogazione normativa. Per il nostro problema però risulta di particolare interesse un'altra tipologia di tempo ascrivito, quello che attribuisce caratteri e contenuti al diritto in ragione della *condizione di impermanenza* di cui è portatore.

L'eccezione è proprio un esempio di questo tipo di temporalità attributiva. L'eccezione non ha fin ora assunto un rilievo nella teoria generale del diritto, se non come categoria negativa, quella che serve a indicare regimi del diritto non riconducibili all'ordine giuridico (e dunque fuori dall'ambito della teoria generale) se non addirittura, nelle definizioni più radicali dello stato d'eccezione, uno spazio vuoto di diritto [Agamben 2003]. La storia, però, offre numerosi esempi che mostrano l'incidenza ascrivita dell'eccezione e ciò con riferimento sia alle emergenze dovute a fattori sociali o politici (si pensi al 'pericolo' anarchico in Europa alla fine dell'Ottocento) sia a quelle dovute alle catastrofi naturali (la vicenda del terremoto di Messina del 1908 è emblematica in questo).

3. *L'ultrattività dell'eccezione*

Il profilo di interesse che si può ricavare da questa prospettiva attiene soprattutto alla possibilità di ricostruire una fenomenologia dell'eccezione a partire dalle esperienze del passato. Anzitutto con questo sguardo si può apprezzare quel carattere dell'eccezione che la filosofia ha definito *evenemenziale* [Romano 2010]. L'eccezione è un evento che produce i suoi effetti un modo ultrattivo occupando lo spazio che va ben oltre la transitorietà. Questo condizionamento del presente sul futuro deriva dal fatto che l'eccezione costringe a riscritture dell'ordine, poiché costituisce il nuovo *a priori* a partire dal quale diventa possibile pensare lo *a posteriori*.

Il fatto di trovarci ancora nel pieno dell'evento, ci impedisce di definire con chiarezza quale impatto l'attuale condizione ec-

cezionale avrà avuto sulla nuova normalità giuridica; i prossimi mesi saranno in questo una base utile per cogliere la linea. Intento di questo breve scritto, dunque, non è certo quello di fare bilanci o fornire una ricognizione esaustiva dei fatti normativi dell'eccezione (che, del resto, in questo volume vengono descritti dai vari articoli con riferimento a diversi campi disciplinari).

Piuttosto qui interessa considerare, tra le numerose novità che erano impensabili fino a poche settimane fa, qualche esempio per tentare una risposta, seppure provvisoria, alle domande sull'ultrattività dell'esperienza attuale dell'eccezione e, come vedremo nel paragrafo successivo, sul paradigma a partire dal quale rappresentare le relazioni tra ordine giuridico ed eccezione.

Intendo riferirmi, in particolare, alla materia dei diritti fondamentali per considerare quattro aspetti: le limitazioni che le libertà fondamentali hanno sopportato e stanno soffrendo; il problema della concorrenza tra diritti fondamentali; i processi decisionali che sfuggono al formato democratico della decisione politica; il consenso diffuso che è corrisposto all'introduzione di queste misure, almeno a giudicare dai comportamenti di massa riscontrabili in tutte le Democrazie europee, che hanno sperimentato misure di restrizione invasive.

Riguardo al primo punto: abbiamo dunque accettato la possibilità di una limitazione delle libertà fondamentali come la libertà di riunione, la libertà di movimento, il diritto alla privacy, il diritto all'istruzione, in alcuni casi il diritto al voto; eppure si tratta di libertà e diritti che avevamo posto in una posizione normativa privilegiata (la Costituzione) e sotto la protezione di speciali poteri di garanzia giurisdizionale (le Corti costituzionali e le Corti internazionali di giustizia), proprio per impedire una loro relativizzazione da parte di qualsivoglia autorità politica. Da un punto di vista storico, oltre che teorico, la collocazione costituzionale di questa materia è stata determinante rispetto all'effettività che tali diritti e libertà hanno potuto produrre nei decenni scorsi. L'esperienza dell'eccezione ci pone di fronte a un inedito *spazio governamentale* [Foucault 2004], sulla cui natura occorrerà interrogarsi, che mostra già piena operatività, richiamando la materia dei diritti nello spazio della normatività

ordinaria, fuori dallo spazio costituzionale protetto in cui era stata messa.

Tale constatazione ci porta a considerare il secondo aspetto, quello relativo al ripensamento dei regimi atti a rendere effettivi i diritti e le libertà fondamentali, che sostanzialmente girava intorno alla centralità del principio di bilanciamento. Stiamo, infatti, sperimentando una gerarchizzazione dei diritti fondamentali, nel momento in cui – per via di norme positive – viene stabilita una prevalenza del diritto collettivo alla salute su tutti gli altri. E tale gerarchizzazione è ancora in atto, perché il ritorno alla normalità viene assicurato *sub condicione* del mantenimento dei livelli epidemiologici, di modo che eventuali loro alterazioni potranno autorizzare in ogni momento un ripristino delle misure restrittive. Questo fa pensare che non stiamo, dunque, tornando al regime ordinario precedente, ma ne stiamo inaugurando uno nuovo.

Il problema non è di poco momento, poiché sappiamo bene che l'effettività dei diritti e libertà fondamentali, secondo il modello emerso dal secondo dopoguerra, riposa sul presupposto che siano tutti sullo stesso piano. Secondo questo modello, infatti, l'eventuale prevalenza di un diritto sugli altri può emergere solo per via *giurisprudenziale*, cioè solo in relazione a casi concreti e a partire da concreti problemi di giustizia sostanziale, in cui due diversi diritti fondamentali entrano in contrasto. Il principio di bilanciamento costituzionale ha senso se esercitato a livello giurisprudenziale; nel momento in cui una regolazione del rapporto di coesistenza di diversi diritti viene stabilita tramite norme positive generali e astratte (per quanto riferite ad una specifica congiuntura, non si basano su fatti concreti che assumono il rilievo di fatti normativi, ma individuano fattispecie generali e si affidano alla dinamica della sussunzione), è evidente che stiamo sostituendo all'idea di bilanciamento un'idea di gerarchizzazione dei diritti fondamentali. Il problema è, che se consideriamo la storia recente, quella svoltasi negli anni di vigenza delle Costituzioni e dell'operatività di istituzioni come le Corti Costituzionali, è stato proprio il meccanismo 'paritario' di coesistenza dei diritti regolato tramite il bilanciamento, ad aver garantito la possibilità di implementare nella società,

l'esercizio di una pluralità di diritti fondamentali individuali e collettivi. Il pluralismo di valori e interessi che questa pluralità di diritti fondamentali assicura, del resto, è uno dei fondamenti dei regimi democratici. Per questo la possibilità di un superamento dell'idea di un equilibrio dinamico tra i diversi diritti, tutti fondamentali e sullo stesso piano, richiede una riflessione sulle conseguenze rispetto ai regimi della democrazia.

Ciò appare quanto più urgente se consideriamo il terzo aspetto collegato a questa vicenda e che concerne la natura delle norme eccezionali, introdotte in forza del potere di decretazione e attraverso la inconsueta tipologia del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; questo è uno strumento di solito impiegato per la regolamentazione di attività amministrativa, che si differenzia dalle altre forme più tradizionali di esercizio di un potere di normazione da parte del governo, inquadrate in un regime di sindacato e controllo da parte del Parlamento e dei poteri di garanzia. Ciò, se da un lato conferma il fatto della dislocazione dei diritti fondamentali in uno *spazio governamentale* basato su norme positive dettate dal potere politico, dall'altro indica che tali norme non nascono dall'ambito legislativo, dove il potere politico sarebbe più direttamente esposto al controllo democratico.

Ragionando in termini di impatto del tempo storico della pandemia sui diritti fondamentali, c'è un ulteriore tema a cui appare opportuno accennare: quello relativo ai caratteri della coesione sociale e della comunità. È un tema di confine, che le scienze giuridiche possono solo marginalmente illuminare e che potrebbe giovare di una riflessione interdisciplinare, che sappia raccogliere il contributo di altre scienze sociali e umane.

In questa sede possiamo, però, accennare ad alcuni aspetti che interrogano le forme giuridiche fin ora messe a disposizione per inquadrare le dinamiche della coesione sociale e i meccanismi di appartenenza alla comunità. Un aspetto, che colpisce di questa vicenda, è la attiva collaborazione dei cittadini degli Stati europei nella attuazione delle misure restrittive legate al *lockdown*. Insieme a questo è stato possibile riscontrare anche una riscoperta del valore aggiunto derivante dall'appartenenza ad un gruppo, una sorta di presa di coscienza dell'imperfezione

del singolo. Non è solo la riscoperta della funzione tutelare dello Stato, che pure è un dato interessante. È di più. Riguarda il rilievo delle diverse comunità a cui apparteniamo, che tornano a diventare importanti punti di riferimento, mentre la nostra vita viene costretta a gravitare nello spazio della *casa*. Visto dalla storia e dalla teoria del diritto tutto questo appare di grande interesse, almeno per due aspetti.

Anzitutto segnala una riscoperta, in chiave inedita, del valore dei corpi intermedi, oltre che per il loro collegamento funzionale ai dispositivi normativi per la produzione di tutela giuridica e alle istituzioni dello Stato, anche come strumento organizzativo del sociale e come rete per l'esercizio dei diritti fondamentali. Certo, in questa fase non sappiamo ancora se tale nuova attitudine comunitaria finirà per tradursi in un dato strutturale o se gli scenari che si apriranno con la nuova normalità (ad esempio a seguito della già annunciata crisi economica) cambieranno ulteriormente il quadro. Pur tuttavia questa esperienza in ogni caso meriterà di essere tenuta presente nella considerazione degli effetti ultrattivi dell'eccezione.

Inoltre, considerando il quadro più generale, sarebbe opportuno riflettere sul valore della localizzazione come forma di attuazione della tutela giuridica. Locale e globale costituivano due poli rilevanti nello sviluppo e nello svolgimento del diritto contemporaneo. Si è interrotto questo circuito? Che resta della dimensione globale, mentre ci affidiamo alle dinamiche di localizzazione per proteggerci dalla pandemia? Alcuni passaggi mancano per effettuare una valutazione in questo senso. La dimensione globale però non sembra aver cessato di essere presente. Lo scenario (ancora in movimento) sembra infatti suggerire che il livello delle reti inter e ultrastatali stia iniziando a rivestire un rilievo strategico nella individuazione delle soluzioni alle conseguenze economiche e sociali della pandemia. Le istituzioni internazionali, si pensi all'Unione Europea, sono ora fortemente interpellate e stanno iniziando a fornire risposte, che mostrano di poter avere un certo impatto sia in termini di risorse messe a disposizione, sia in termini di rafforzamento e estensione (ora anche al campo del sociale e della salute) dello spazio giuridico comune.

C'è poi un profilo soggettivo che fa pensare che lo spazio globale o ultra-statale sia destinato ad essere, anch'esso, uno spazio di occorrenza degli *a posteriori* dell'emergenza pandemica. Esso riguarda un aspetto che ha caratterizzato l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali nei decenni del nuovo secolo: mi riferisco alla attitudine cosmopolitica che ha caratterizzato l'esserci del soggetto di diritti. La capacità di relazionarsi e di muoversi su scala immediatamente mondiale, favorita dallo sviluppo delle tecnologie a tutti i livelli, ha rappresentato un rilevante luogo di accadimento dei diritti fondamentali. Possiamo domandarci cosa resti di tutto questo e, alla luce di quanto abbiamo potuto fin ora considerare, possiamo formulare una prima ipotesi circa il fatto che la tensione/esigenza cosmopolitica non abbia ancora cessato di rappresentare un modo di esserci del soggetto di diritti contemporaneo, che il nuovo senso di comunità che sta nascendo includa la dimensione cosmopolitica, che l'attitudine e forse anche la possibilità, di cercare le soluzioni ai problemi (non solo quelli economici) continui a dipendere da un circuito globale.

Qui il giurista avverte una volta di più la necessità di un dialogo con le altre scienze sociali e umane, per comprendere fino a che punto l'esperienza dell'eccezione abbia inibito o invece accentuato la propensione alla socialità senza confini. Si tratta dunque di un terreno sul quale occorrerà svolgere studi e approfondimenti, per fornire una risposta scientificamente fondata.

4. *I paradigmi dell'eccezione*

La portata delle criticità che l'esperienza dell'eccezione sta evidenziando sui sistemi in atto, oltre che per la loro proiezione sulla dimensione giuridica della nuova normalità, suggerisce di spingere a considerare anche un ulteriore livello di indagine, quello sistematico, che descrive la relazione tra ordine giuridico ed eccezione. Anche in questo la storia offre indicazioni preziose.

La dimensione dell'esperienza, infatti, mette in luce i paradigmi culturali e scientifici, che stanno alla base dell'inquadramento dell'eccezione nell'ordine giuridico. A questo riguardo appare

chiaro che un punto di svolta sia stato rappresentato dall'avvento della modernità giuridica. La storiografia [Hespanha 2012; Grossi 2003] individua nella 'modernità giuridica' quella svolta culturale e scientifica nella concezione del diritto, che segna il distacco dalle forme e le strutture dell'esperienza giuridica medievale (basata su dinamiche giurisprudenziali di produzione e costruzione dell'ordine giuridico), per dare spazio ad una concezione potestativa del diritto, fondata sull'idea del primato del potere politico e, dunque, sulla centralità della legge come fonte del diritto. Ebbene, questa svolta, che sul piano cronologico si è consumata definitivamente nel Diciannovesimo secolo con l'edificazione dei sistemi a diritto codificato, ha segnato l'abbandono di una concezione *inclusiva* dell'eccezione a favore di una concezione *escludente* della stessa [Meccarelli 2009; Meccarelli, Palchetti, Sotis 2011].

Il paradigma *inclusivo*, che ha caratterizzato l'esperienza giuridica medievale e dell'età moderna, spiega l'eccezione come momento interno alla vita dell'ordine giuridico. Percepisce l'eccezione come manifestazione di straordinarietà e la include nell'ordinamento ponendo la questione di una correlazione (da costruire) tra *ordinarium* ed *extraordinarium*. In tal modo vengono individuati due piani interdipendenti costitutivi dell'eccezione: quello necessitante dell'autoevidenza oggettiva della misura straordinaria e quello legittimante della sua funzionalità sistematica, cioè della idoneità, anche della misura straordinaria, a contribuire allo sviluppo del sistema. Questo modello si riferisce ad un ordine giuridico flessibile e se vogliamo incerto, poiché sempre sollecitato dalla possibilità della variante straordinaria; allo stesso tempo concepisce l'eccezione solo se regolata e coerente con i principi fondamentali dell'ordine giuridico esistente. Si tratta di un modo di organizzare i regimi dell'eccezione per un mondo giuridico fondato sul pluralismo e sulla multinormatività come spazio di accadimento del diritto e sul diritto giurisprudenziale come principale ambito di differenziazione del giuridico.

Il paradigma *escludente*, proprio dell'età contemporanea, spiega l'eccezione come ciò che è irriducibile all'ordine, uno stato del diritto imposto dalla necessità e per questo estraneo

all'ordine giuridico. Esso mette in rapporto l'eccezione con l'emergenza e la esclude dal campo dei processi costitutivi del sistema, ponendo l'esigenza di una contrapposizione (da mantenere) tra ordinario ed eccezionale. Il valore della certezza formale, essenziale per i sistemi nati nel Diciannovesimo secolo, ha imposto di rendere intangibile l'ordine giuridico dall'eccezione, ma allo stesso tempo ha reso imprescindibile accettare l'eccezione come uno *stato* del diritto sottratto all'insieme di regole, principi e orientamenti assiologici dell'ordine giuridico stesso.

Appare importante evidenziare che una tale ri-configurazione dell'eccezione ha corrisposto al prodursi di un orizzonte sistematico fondato sulla forza ordinante del monismo giuridico e sul diritto positivo come principale forma di definizione dello spazio giuridico. È inoltre importante rilevare, con la storia, che le esperienze dell'eccezione basate su un paradigma escludente, hanno segnato un momento di sospensione dell'ordine giuridico garantito e di superamento dei suoi principi fondamentali; la forza attributiva dell'eccezione, il suo carattere evenemenziale, hanno anche prodotto inevitabili riflessi strutturali sul nuovo regime ordinario modificandone assetti essenziali. Un simile modello – mentre ha una sua ragion d'essere in ordinamento, come quelli dominati dal primato del potere politico sul diritto grazie alla riduzione del diritto nel formato della norma positiva – rivela un difetto di sostenibilità in contesti come quelli europei attuali, che sono stati fondati sul primato della Costituzione, proprio nel tentativo di sottrarre al potere politico la possibilità di disporre liberamente su principi e valori considerati fondamentali per la coesione sociale.

Le esperienze di eccezione che pure hanno segnato gli ultimi decenni – si pensi da ultimo all'emergenza rappresentata dal terrorismo internazionale, seguita ai fatti dell'undici settembre 2001 [Donini, Papa 2007; Bartoli 2008] – ogni volta di più hanno evidenziato questa criticità. Di nuovo, oggi, torna a porsi il problema della sostenibilità di un regime dell'eccezione concepito in base ad un paradigma escludente. Ci sono, del resto, profili strutturali che caratterizzano oramai i sistemi giuridici europei contemporanei (a partire dalla configurazione monistica, che è stata superata proprio dal regime del primato della

Costituzione e dalla costruzione di uno spazio multinormativo tra ambito nazionale e internazionale), che evidenziano come il problema non sia solo quello di controllare l'effetto ultrattivo dell'eccezione, ma anche quello di riconsiderare il suo regime sul piano sistematico. Sono aspetti complessi che richiederanno una riflessione, quando il quadro del mutamento giuridico, ora ancora in movimento, si sarà consolidato.

5. Conclusioni

Abbiamo iniziato il nostro percorso interrogandoci sul nuovo tempo storico della pandemia, in particolare sul regime di storicità fondato sulla eccedenza del presente. Come conseguenza abbiamo considerato la possibilità di guadagnare, tramite la storia, un punto di vista critico, che ci permettesse di acquisire maggiore consapevolezza sulla fenomenologia dell'eccezione. A questo proposito abbiamo valutato che essa ci induce ad interrogarci sugli *a priori* che la fase attuale sta introducendo, e su come ciò, alla sua conclusione, condizionerà le nostre possibilità di pensare un *a posteriori*. La storia, allo stesso tempo, ci invita anche a chiederci dentro quale paradigma si colloca l'esperienza attuale dell'eccezione, se, cioè, possiamo affrancarci dalla dimensione del moderno, che ci impedisce di includere il momento eccezionale per regolarlo nell'ordine (accettando al contempo che esso costituisca un momento di inveramento dell'ordine).

Pensare quale *a posteriori* resta come conseguenza del nuovo *a priori*, domandarsi a partire da quale concezione dell'eccezione (e dunque attraverso quali meccanismi e regimi) pensiamo di poter dare delle risposte ai questi problemi, appare compito arduo, ma al contempo possibile e certamente utile. Quanto più attento sarà l'esercizio di una consapevolezza critica sugli effetti attributivi dell'eccezione, tanto maggiori saranno le possibilità di orientare il processo di ricomposizione dell'ordine, nella forma di un progetto.

Bibliografia essenziale

- G. Agamben, Stasis. *La guerra civile come paradigma politico*, Torino, Bollati Boringhieri, 2015;
- G. Agamben, *Stato d'eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003;
- A. Assmann, *Formen des Vergessens*, Göttingen, Wallstein, 2016;
- R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale: tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, Giappichelli, 2008;
- S. Baumann, *Retrotopia*, Cambridge, Polity Press, 2017;
- M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007;
- M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Seuil, 2004;
- F. Hartog, *Regimes of Historicity*, New York, Columbia University Press, 2015;
- P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003;
- A.M. Hespanha, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012;
- M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale*, «Quaderni storici», 131, 2, 2009, pp. 493-521;
- M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, eum, 2011;
- C. Paixão, *Memorial histórico y verdad ficcional en Incidente de Antares de Erico Verissimo*, in J. Calvo González (ed.), *La cultura literaria del derecho. Alianzas transatlánticas*, Granada, Comares, 2019 pp. 99-113;
- P. Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000;
- C. Romano, *Il possibile e l'evento. Introduzione all'ermeneutica evenemenziale*, Milano, Mimesis, 2010.

Giovanni Di Cosimo

Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza

SOMMARIO: 1. Emergenza e Costituzione – 2. Catena normativa – 3. E il Parlamento? – 4. Epilogo

1. *Emergenza e Costituzione*

In occasione dell'emergenza coronavirus il Governo ha adottato misure di contrasto all'epidemia che hanno limitato le libertà e i diritti dei cittadini. Una forte compressione ha subito in particolare la libertà di circolazione, per effetto dei divieti di allontanamento dal proprio comune e, addirittura, di spostamenti all'interno di esso (imposti con poche eccezioni: comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità, motivi di salute). Ma le misure governative hanno colpito anche altri diritti fondamentali, come la libertà di riunione, il diritto all'istruzione, la libertà religiosa, il diritto-dovere al lavoro, l'iniziativa economica privata.

Eppure la Costituzione italiana non contiene una disciplina dello stato d'eccezione come quella, per esempio, dell'art. 55 della Costituzione spagnola sulla sospensione dei diritti e delle libertà; sospensione che può essere decisa nel rispetto dei limiti stabiliti dal successivo art. 116 terzo comma secondo cui «L'autorizzazione e proclamazione dello stato di eccezione dovrà determinare espressamente gli effetti dello stesso, l'ambito territoriale cui si riferisce e la sua durata, che non potrà eccedere i trenta giorni, prorogabili per un altro periodo di uguale durata, con gli stessi requisiti».

Le misure adottate dal Governo non hanno determinato una vera e propria sospensione, ma le limitazioni al godimento delle libertà sono risultate così penetranti che l'effetto finale non è stato poi molto diverso. Ciò porta a domandarsi se la gestione governativa dell'emergenza abbia rispettato vincoli analoghi a quelli di cui parla l'art. 116 terzo comma della Costituzione spagnola e, comunque, se sia rimasta all'interno delle coordinate costituzionali. A questo riguardo paiono significative alcune circostanze.

In primo luogo, la Costituzione ammette circoscritte limitazioni delle libertà. Per esempio, l'art. 16 garantisce la libertà di circolazione «salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza»; e non sembra si possa dubitare del rilievo dei motivi di salute durante l'emergenza coronavirus. Analogamente l'art. 17 stabilisce che le autorità possono vietare le riunioni in luogo pubblico per «comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica». Ancora: secondo l'art. 41 l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

In secondo luogo, le misure limitative sono previste da una fonte primaria, il decreto legge che la Costituzione indica proprio per provvedere in casi straordinari di necessità e urgenza, quale pacificamente è la necessità di contenere l'epidemia da coronavirus. Si tratta dei decreti legge 6, 19 e 33 del 2020, i primi due già convertiti dalle Camere, segno che l'iniziativa del Governo ha trovato una sponda parlamentare, quanto meno sul lato della maggioranza. Il ricorso a una fonte primaria consente di rispettare le riserve di legge previste dalla Costituzione, come per esempio quella contenuta nella citata disposizione dell'art. 16. Infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale le riserve di legge sono soddisfatte anche da atti con forza di legge, come appunto il decreto legge.

In terzo luogo, le misure sono finalizzate alla tutela del diritto 'fondamentale' alla salute, l'unico per il quale il testo costituzionale spende quest'aggettivo, tenuto conto inoltre che il testo definisce la salute un «interesse della collettività».

In quarto luogo, le limitazioni hanno carattere temporaneo. Infatti, il Governo ha proclamato lo stato d'emergenza per sei

mesi, fino al 31 luglio 2020; e soprattutto, con il secondo decreto legge ha stabilito che le misure possono essere adottate «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni».

In quinto luogo, le misure governative non hanno alterato gli equilibri istituzionali; i poteri parlamentari non sono stati ridotti, e nemmeno quelli degli altri organi costituzionali che hanno continuato a funzionare regolarmente, sia pure operando a scartamento ridotto a causa dell'eccezionalità della situazione sanitaria. Ben diversamente, per intendersi, da quanto accaduto in un altro Paese dell'Unione europea, l'Ungheria, dove grazie ai pieni poteri che gli sono stati concessi, il capo del Governo può governare per decreto senza necessità di passare dal Parlamento.

Tutti questi dati fanno ritenere che le indubitabili tensioni a carico dell'impianto costituzionale non ne abbiano arrecato una lesione grave.

2. *Catena normativa*

Ciò non vuol dire che dal punto di vista costituzionale sia andato tutto liscio. Al contrario sono emerse rilevanti criticità per effetto dell'impostazione prescelta dal primo decreto legge del 23 febbraio 2020 che rinvia a un altro strumento, il decreto del Presidente del Consiglio (dPCM). In questo modo il Governo mette in campo una catena normativa che lega il decreto legge al dPCM: il primo ha il compito di enunciare le misure di contenimento dell'epidemia, il secondo di applicarle in concreto.

Il modello della catena normativa deroga senza un chiaro motivo al preesistente modello per la gestione delle emergenze delineato dal codice della protezione civile. A parte ciò, l'aspetto più controverso di quest'impostazione è che consente ad atti amministrativi, quali sono i dPCM, di limitare le libertà e i diritti. Vero è che la base legale di tali atti è costituita dal decreto legge, ossia da una fonte primaria. Ma ciò non basta a dissipare tutti i dubbi di legittimità ogni qual volta occorra rispettare riserve di legge previste dal testo costituzionale. Il problema nasce in particolare quando il decreto legge non circoscrive adeguatamente l'ambito d'azione del dPCM, come nell'esempio dell'art.

2 del d.l. 6/2020, una disposizione che attribuisce potere all'atto amministrativo senza delimitarlo né formalmente né sostanzialmente.

3. *E il Parlamento?*

Queste considerazioni concorrono a spiegare il ruolo assunto nella gestione dell'emergenza dal Presidente del Consiglio che, proprio grazie al ricorso sistematico e reiterato ai dPCM, ha finito con l'egemonizzare la scena. Il suo attivismo ha segnato la netta prevalenza rispetto alle altre componenti del Governo e, quel che più conta, ha messo in ombra le Camere, dato che i dPCM sono atti che non passano al controllo parlamentare. E così il Parlamento ha detto una parola sulle misure limitative soltanto il 5 marzo, al momento della conversione del primo decreto legge, andando sostanzialmente a rimorchio dell'Esecutivo.

Un tentativo di recuperare almeno in parte un ruolo parlamentare coincide con un emendamento sulla parlamentarizzazione dei dPCM, approvato in sede di conversione del secondo decreto legge. La disposizione prevede la previa illustrazione dei contenuti del provvedimento «al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi» delle Camere. Ma l'efficacia del meccanismo è tutta da dimostrare, dal momento che la sua attivazione è rimessa alla volontà del Governo che «per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare» può riferire a cose fatte.

4. *Epilogo*

Ad ogni modo, questi aspetti problematici caratterizzano la prima fase dell'emergenza. Le cose cambiano con il secondo decreto legge del 25 marzo che opportunamente fissa quel limite temporale di trenta giorni di cui dicevo, e contiene un'elencazione più precisa e puntuale delle misure di contenimento dell'epidemia, riducendo quindi il margine di manovra del dPCM.

Bibliografia essenziale

- G. Agamben, *Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata*, «Il manifesto», 26 febbraio 2020;
- A. Algostino, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, «Osservatorio costituzionale», 3, 2020, <<https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/alessandra-algostino/covid-19-primo-tracciato-per-una-riflessione-nel-nome-della-costituzione>>, giugno 2020;
- G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, «Costituzionalismo.it», 1, 2020, I, III, <<https://www.costituzionalismo.it/il-diritto-costituzionale-deccezione/>>, giugno 2020;
- A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, «Forum di Quaderni costituzionali», 1, 2020, <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2020/03/candido-covid.pdf>>, giugno 2020;
- P. Carrozzino, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza*, «Osservatorio costituzionale», 3, 2020, <<https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/paolo-carrozzino/liberta-di-circolazione-e-soggiorno-principio-di-legalita-e-gestione-dell-emergenza-sanitaria-da-covid-19>>, giugno 2020;
- M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, «federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19», <<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41287>>, marzo, 2020;
- A. D'Andrea, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, «Giustizia insieme», <<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/946-protezione-della-salute-pubblica-restrizioni-della-liberta-personale-e-caos-normativo-di-antonio-d-andrea>>, marzo 2020;
- G. Di Cosimo, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, «laCostituzione.info», <<http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/22/tra-decreti-e-decreti-limportanza-di-usare-lo-strumento-giusto>>, aprile 2020;
- G. Di Cosimo, G. Menegus, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, «BioLaw Journal», 1, 2020, <<https://www.biodiritto.org/content/download/3768/45243/version/1/file/03+Di+Cosimo+Menegus.pdf>>, giugno 2020;

- F. Filice, G.M. Locati, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, «Questione giustizia», <https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-democratico-di-diritto-alla-prova-del-contagio_27-03-2020.php>, marzo 2020;
- E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza da Coronavirus*, «BioLaw Journal», 1, 2020, <<https://www.biodiritto.org/Online-First-BLJ/Online-First-BLJ-2-20-Instant-Forum-Diritto-diritti-ed-emergenza-ai-tempi-del-Coronavirus>>, giugno 2020;
- G. Salvadori, *Il periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del COVID-19*, «Rivista Gruppo di Pisa», 1, 2020, <<https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/403-giacomo-salvadori-il-periplo-dell-isolato-la-liberta-di-passeggiare-al-tempo-del-covid-19>>, giugno 2020;
- G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, «Unicost», <<https://www.unicost.eu/covid-19-e-costituzione/>>, aprile 2020.

Angela Cossiri

Le norme di contrasto al contagio tra funzione sociale ed efficacia giuridica

SOMMARIO: 1. Premessa: la rilevanza costituzionalistica delle norme di contrasto al contagio – 2. In che misura si possono legittimamente limitare diritti e libertà fondamentali in una democrazia costituzionale? – 3. La natura delle norme di contrasto al contagio: funzione sociale o efficacia giuridica? – 4. Obbedienza *versus* responsabilità: una critica superabile

1. Premessa: la rilevanza costituzionalistica delle norme di contrasto al contagio

Le norme di contrasto al contagio del virus Covid-19 sono un complesso di minute norme regolative della vita individuale e collettiva che, in funzione della necessità di gestione e contenimento dell'emergenza sanitaria, hanno prodotto una fase di sospensione della normalità delle nostre vite e attività produttive, determinando anche una temporanea compressione delle libertà individuali fondamentali costituzionalmente protette. Il 'protocollo di emergenza' – diffuso piuttosto omogeneamente e con poche eccezioni in tutti i contesti democratici – consiste in più o meno drastiche misure di confinamento, per le quali è stato utilizzato globalmente il termine anglosassone *lockdown*.

L'impianto 'totalitario' della normativa emergenziale, che pervade i dettagli della vita quotidiana e delle azioni umane, non è nuovo nella storia del diritto; al contrario, esso è tipico del governo delle fasi epidemiche, di cui la peste rappresenta il più noto paradigma.

Questa disciplina è particolarmente interessante dal punto di vista del costituzionalismo moderno, perché rappresenta la

prima e più significativa compressione di libertà fondamentali mai sperimentata nella storia in una democrazia costituzionale contemporanea e, per quanto riguarda l'Italia, la più significativa mai avvenuta nella storia repubblicana.

Sono implicati immediatamente diritti fondamentali come la libertà di circolazione, la libertà di riunione, la libertà di culto, la libertà di iniziativa economica, la libertà di autodeterminazione nella cura; ma anche diritti sociali, quali lavoro, scuola, salute e accesso alla giustizia hanno subito compressioni e rimodulazioni non immaginabili solo qualche settimana prima della rapida diffusione della pandemia.

Un urto significativo e non trascurabile nell'analisi è anche sul principio di uguaglianza. L'Agenzia europea per la protezione dei diritti umani ha pubblicato l'8 aprile il primo dei tre Report previsti sull'impatto dell'emergenza Covid-19 in Ue, segnalando come le limitazioni dei diritti fondamentali adottate dai Governi degli Stati membri per tutelare la salute possano avere importanti ricadute sui diritti umani anche disomogenee o asimmetriche, cioè differentemente significative e particolarmente gravose per alcune categorie vulnerabili di individui. È una prospettiva questa che mette in primo piano, tra gli altri, gli anziani, i bambini e le donne; ma anche i malati, i disabili, gli *homeless*, i detenuti, i rifugiati politici, le minoranze che possono essere state oggetto di xenofobia o episodi razzistici (per esempio, in prima battuta, la comunità cinese stabilmente residente in Italia). E certamente non si può dimenticare la differenza di impatto delle misure – ma anche delle loro conseguenze economiche di medio e lungo periodo –, sulle classi sociali già in partenza economicamente svantaggiate, o su categorie vulnerabili di lavoratori, come 'i precari', non sufficientemente garantite nei diritti conseguenti alla dimensione lavorativa e talvolta anche alla sicurezza.

Si consideri, infine, quanto possa pesare il *digital divide*, tra chi ha accesso effettivo e adeguato alle tecnologie dell'informazione – in particolare, attraverso la disponibilità personale di strumenti elettronici e di una efficiente rete internet – e chi ne è escluso in modo totale o parziale, per ragioni economiche, geografiche, di disabilità o di *deficit* di competenze tecnologiche, in

un contesto in cui relazioni umane, attività sociali, diritto alla scuola e in alcuni casi anche diritto al lavoro (e corrispettivo dovere di rendere la prestazione lavorativa) passano integralmente dal *web*.

Ciò detto, anticipando le conclusioni cui si perverrà, non sembra che il governo della pandemia abbia stravolto i connotati fondamentali dei sistemi costituzionali contemporanei, nè che abbia prodotto nella generalità dei casi, anche embrionalmente e temporaneamente, uno Stato di eccezione. Al contrario, l'emergenziale esercizio del potere pubblico, giustificato dalla gravità della situazione, sembra essere rimasto entro il confine ammesso dal disegno costituzionale (ad eccezione forse di alcuni Stati già in crisi democratica), senza ingenerare danni al sistema di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Altrove sembrano continuare a risiedere i pericoli cui le democrazie liberali pluraliste sono esposte e fatale sarebbe sbagliare bersaglio proprio ora, nel momento in cui la crisi e la necessità di intervento statale, anche in termini di redistribuzione della ricchezza, costituiscono la più grande opportunità di correzione delle distorsioni delle odierne economie di mercato.

2. In che misura si possono legittimamente limitare diritti e libertà fondamentali in una democrazia costituzionale?

Lasciando da parte la questione dello strumento normativo utilizzato in Italia che apre alcune criticità costituzionali rilevate da parte della dottrina costituzionalistica (si rinvia all'intervento di Giovanni Di Cosimo in questo Volume), la prima cosa da chiedersi è se sia legittimo, in una democrazia costituzionale, comprimere le libertà fondamentali ed eventualmente entro quale misura.

Per rispondere alla domanda, occorre riferirsi anzitutto al primo postulato della teoria generale dei diritti fondamentali: nessun diritto è assoluto e tutti i diritti e le libertà fondamentali sono comprimibili, secondo la tecnica del bilanciamento, quando ciò sia richiesto dalla tutela di altri diritti fondamentali concorrenti. La limitazione dei diritti è conseguenza immediata e diretta del fatto che essi insistono nel medesimo spazio, che è

uno spazio ‘a somma zero’; continuamente diritti e libertà sono portati tra loro in conflitto dalle complesse dinamiche della vita umana. Ce lo ha rivelato con chiarezza l’esperienza dei giorni di *lockdown*, in cui ciascuno ha acquisito consapevolezza che la protezione individuale e collettiva è passata imprevedibilmente dalla opportunità di trattenersi nel proprio domicilio, rinunciando all’esercizio di altre libertà, *in primis* la circolazione.

Fondamento costituzionale ultimo di questo postulato sembra potersi rintracciare, nel quadro che ci riguarda, nell’art. 2 della Costituzione, ove si afferma che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo [...], e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Dei doveri di solidarietà è facile dimenticarsi, perché – obbligo tributario a parte – raramente si tratta di posizioni giuridiche che entrano in azione. Eppure i doveri di solidarietà sono l’altra faccia dei diritti e delle libertà fondamentali, rappresentando il loro costo vivo, economico e non. Rintraccio il fondamento nei doveri di solidarietà, perché la normativa di contenimento rappresenta anzitutto una tutela delle minoranze più vulnerabili al contagio e alle sue conseguenze messa in atto dalla totalità della comunità sociale: ci si riferisce a categorie quali anziani, immunodepressi, soggetti con differenti patologie cliniche in atto, etc., particolarmente esposte al rischio di maggiore gravità della patologia.

Più sofisticato è capire in quale misura tale limitazione sia compatibile con la Costituzione. A questa domanda, fornisce risposta l’ultimo passaggio dello schema del giudizio di bilanciamento tra diritti fondamentali, utilizzato dal giudice costituzionale per verificare la correttezza delle misure predisposte dai legislatori. Occorre, infatti, verificare che il legislatore abbia rispettato tre condizioni: 1) la legittimità del fine, per cui la compressione di uno o più diritti fondamentali deve risultare necessaria per la tutela di altri diritti fondamentali – e irrilevanti sono beni pubblici o pretesi interessi comuni superiori; 2) la congruità del mezzo prescelto rispetto al fine, in modo che la compressione delle libertà fondamentali sia effettivamente funzionale alla tutela di altre libertà fondamentali; 3) e il criterio della proporzionalità: la compressione del diritto fondamentale è ammessa,

infatti, entro la misura minima necessaria a tutelare il diritto concorrente e non oltre, quindi senza esorbitare quanto strettamente indispensabile. Da questo punto di vista, anche la temporaneità delle misure limitative delle libertà è condizione legittimante: con tutta evidenza, infatti, solo un termine ragionevole, comunque strettamente collegato all'andamento dell'emergenza sanitaria, può consentire a misure tanto compressive di superare il vaglio di costituzionalità. Ove la Corte costituzionale dovesse essere chiamata a scrutinare la legittimità delle sanzioni predisposte dal legislatore per la violazione dei divieti – ad esempio a seguito di impugnazione in via giudiziaria dei provvedimenti amministrativi –, si può presumere che si concentrerà sullo scrutinio di questo criterio.

3. La natura delle norme di contrasto al contagio: funzione sociale o efficacia giuridica?

Più che una tesi compiuta, l'analisi della vicenda giuridica in questione solleva uno spunto di riflessione o una suggestione che meriterebbe ulteriore approfondimento. Una situazione emergenziale e inedita quale quella affrontata nel 2020 in molti Paesi democratici sembra aver posto in primo piano una funzione 'primitiva' e antropologica delle regole, in genere fuori dall'orizzonte del giurista positivo moderno: quella di ingenerare un comportamento individuale e collettivo, una pratica di gruppo. In questo caso, si è trattato di passare molto rapidamente dal negazionismo (o dalla minimizzazione) del fenomeno, spiegabile in termini di psicologia sociale, ma alla quale hanno concorso anche ragioni economiche e prese di posizione pubbliche di alcuni scienziati, alla condivisione collettiva di una responsabilità. Più che qualificare i comportamenti come giuridici o antiggiuridici, dunque, il diritto è servito in questo caso a guidare l'azione di una comunità.

Era fondamentale, in questo particolare frangente temporale, che le Autorità pubbliche – chiamate a governare la situazione – garantissero, insieme alla tutela della salute, la coesione sociale e assicurassero il consenso, anche in un contesto nazionale come quello italiano, ricco di grandi differenze. Ove infatti fosse man-

cata la spontanea adesione a queste misure, l'emergenza sanitaria sarebbe divenuta molto probabilmente il secondo problema del Paese. In questo quadro, la questione dell'efficacia giuridica delle norme, ovvero della loro capacità di imporsi attraverso una sanzione coercibile dai poteri pubblici, appare totalmente secondaria. L'efficacia delle regole non poteva che essere rimessa anzitutto al controllo della stessa società, passando in secondo piano il controllo formale, ovviamente solo episodico, che ha certamente mantenuto una funzione preventiva, ma meno quella repressiva. La vicenda, così letta, rivela dunque un elemento ulteriore di complessità nel rapporto tra regole e regolarità, riproponendo l'antica questione di un *nomos* polisemantico in modo irrisolto.

Da questo punto di vista, tre elementi sono interessanti, perché, se letti in prospettiva strettamente positivista – come generalmente è stato fatto –, possono rappresentare difetti e criticità, mentre – se inseriti nella prospettiva interpretativa qui proposta, che include la maggiore complessità –, esprimono un *logos* coerente:

- la gradualità dell'introduzione dei divieti – certamente frutto anche di comprensibili incertezze dei decisori pubblici di fronte all'inedito – può essere stata utile alla maturazione progressiva di una consapevolezza collettiva;
- l'apertura delle maglie sanzionatorie dimostra la debolezza della prospettiva prescrittiva: già ad opera dello stesso legislatore, la sanzione penale, introdotta in prima battuta, è stata sostituita da quella amministrativa; la sanzione amministrativa è stata ridotta nella sua misura massima di ben un terzo, rispetto a quanto previsto originariamente, attraverso un emendamento approvato con voto unanime della Camera in sede di conversione del decreto legge istitutivo del divieto. Se tanto è già stato fatto dal legislatore pur perdurando l'emergenza, si può presumere che l'impianto sanzionatorio sarà indebolito ulteriormente sia in sede di applicazione amministrativa delle sanzioni, sia in sede giurisdizionale, qualora le sanzioni irrogate dovessero essere oggetto di contestazione;
- infine, la tecnica normativa che utilizza clausole generalissime come 'necessità' o concetti normativamente non definiti

come ‘congiunti’, se da un lato ha giustamente sollecitato critiche perché confusa, contraddittoria e tale da compromettere certezza e prevedibilità del diritto, dall’altra può essere letta come una scelta (più o meno consapevole) del legislatore, che rimette la valutazione del caso concreto all’apprrezzamento dell’interprete.

Il diritto moderno non si esaurisce, infatti, solo e semplicemente di atti di imperio, esercizio della funzione legislativa, ma consiste anche in interpretazioni, che non prescindono dalle situazioni particolari in cui essi si collocano e dai fatti specifici cui hanno riguardo. L’interpretazione costituisce un processo che, partendo dalla disposizione formulata dal legislatore in termini generali ed astratti (il segno o significante, utilizzando il linguaggio della semiotica), ricerca ed individua la norma adeguata alla fattispecie concreta, assegnando uno specifico significato all’enunciato linguistico, in modo tale che ‘fatto’ e ‘diritto’ risultano essere elementi inscindibili. Ciò vale a maggior ragione per i principi astratti e le clausole non circostanziate e ad elevato grado di genericità, cui andranno necessariamente attribuiti significati concreti, opportunamente contestualizzati.

4. *Obbedienza versus responsabilità: una critica superabile*

La tesi proposta non esime la normativa da una critica, benché ‘minore’ nel contesto complessivo, opportunamente formulata, ad esempio, da Gustavo Zagrebelsky [Zagrebelsky 2020]: nel complesso della disciplina di contrasto al contagio c’è una confusione di fondo tra dimensione giuridica e dimensione etica che uno Stato democratico difficilmente può sostenere al di fuori di una situazione straordinariamente eccezionale, in cui non vi sono alternative percorribili. Una cosa, infatti, è l’obbedienza, un’altra la responsabilità e differenti sono i mezzi per favorirle: se la prima si serve di atti di imperio sanzionati, la seconda non dovrebbe essere promossa attraverso l’uso della forza pubblica, sottesa al diritto dello Stato giustiziabile e corredato di sanzioni.

Non è possibile stabilire *ex post*, però, se strumenti meramente ‘pedagogici’ e di orientamento – ad esempio raccomandazioni formulate dalle pubbliche autorità, come l’invito a non

uscire dal proprio domicilio rivolto gli anziani, contenuto sempre nel medesimo atto normativo di livello primario – avrebbero avuto lo stesso impatto sui comportamenti dell'intera collettività, producendo quell'effetto di accrescimento della consapevolezza e di responsabilizzazione che la normativa introdotta ha invece efficacemente e meritoriamente realizzato. L'inedito per la democrazia costituzionale, l'eccezionalità straordinaria dell'evento, il suo carattere continuativo – cioè non puntuale, come una qualsiasi calamità naturale, ma capace di uno sviluppo non prevedibile durante il suo corso e durante le azioni da intraprendere per governarlo –, il suo ingestibile impatto e la potenziale minaccia diffusa su beni di primaria importanza per l'ordinamento costituzionale – anzitutto la vita umana dei consociati –, sembrano giustificare la linea adottata dal legislatore, fermo restando che, in sede di applicazione delle sanzioni, il tiro potrà (e probabilmente dovrebbe) essere corretto da interpretazioni opportunamente contestualizzate e mitigate *cum grano salis*, ove necessario, ricostruendo correttamente e con attenzione le *rationes* normative.

Bibliografia essenziale

- Agenzia europea per i diritti umani, *Coronavirus Pandemic in the EU. Fundamental Rights Implications, Bulletin 1*, fra.europa.eu, <<https://fra.europa.eu/en/publication/2020/covid19-rights-impact-april-1>>, aprile 2020;
- A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova, Cedam, pp. 80 s.;
- R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018;
- R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019;
- R. Bin, *Guardando a domani*, «laCostituzione.info», <<https://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/12/guardando-a-domani/>>, marzo 2020;
- C. Corradetti, *Stato di eccezione, stato di assedio o uso emergenziale del potere?*, «ilrasoiodioccam-micromega», 16 maggio 2020;
- G. Di Cosimo, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, «laCostituzione.info», <<http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/22/tra-decreti-e-decreti-limportanza-di-usare-lo-strumento-giusto/>>, aprile 2020;

- A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, «Forum di Quaderni costituzionali», <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/morelli.pdf>>, aprile 2015;
- A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014;
- G. Zagrebelsky, *Se non basta obbedire*, «Repubblica», 30 aprile 2020.

Monica Stronati

Il diritto di riunione e associazione in tempi di emergenza

SOMMARIO: 1. ‘La libertà è un bene necessario, o no?’ – 2. Necessità e urgenza nella storia costituzionale – 3. Il paradosso (del paradigma) dell’emergenza – 4. *Think outside the box*

1. ‘La libertà è un bene necessario, o no?’

Il contributo, destinato soprattutto a suggerire piste di ricerca e spunti di riflessione ai dottorandi, mantiene la forma colloquiale della presentazione al webinar interdisciplinare.

Il 29 marzo 2020, un uomo in bici viene fermato dai carabinieri e multato (102,50 euro), perché nella busta della spesa aveva solo tre bottiglie di vino e un pacco di pasta, cioè acquisti considerati dai carabinieri non di necessità [Palazzo 2020]. L’episodio è stato efficacemente raccontato dal Pojana, il personaggio eccessivo, politicamente scorretto, assolutamente straordinario creato da Andrea Pennacchi che interpreta in modo efficace la percezione comune dell’esperienza di ‘quarantena’ dovuta alla pandemia da Covid-19: smarrimento, paura e rabbia [<https://youtu.be/CUja8EQviDg>].

Il disorientamento di fronte alla farraginosità burocratica, l’eccesso ingestibile di informazioni, il disagio per una sorveglianza invadente e arbitraria, soprattutto l’astrattezza e la polisemia dei ‘comandi’ dell’autorità che fanno della libertà necessaria qualcosa di liberamente interpretabile. Il personaggio Pojana descrive ciò che è accaduto a molti cittadini, e cioè la paura di non capire cosa si può o non si può fare più che l’acquisizione di un consenso responsabile. Il confine tra lecito

e illecito diventa permeabile e il nemico invisibile scombina il classico approccio del penale emergenziale perché il ‘nemico’ stavolta è ambiguo, non è più il virus, invisibile, ma lo stesso cittadino che si vorrebbe tutelare (cfr., contributo di Andrea Francesco Tripodi). Come il tizio che compra ‘solo’ tre litri di vino e viene multato dai carabinieri che hanno valutato la condotta contraria al disposto dal Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM), e va scritto per esteso perché con gli acronimi si rischia di perdere il peso delle eccezioni. Chi valuta effettivamente quali siano le libertà necessarie e chi di fatto applica le gravi limitazioni alle libertà fondamentali? Come sempre accade, quando è il governo, o addirittura il Presidente del Consiglio, a dettare regole di comportamento e sanzioni emergenziali il primo filtro attuativo, e soprattutto interpretativo, delle norme ricade sulle forze dell’ordine. Perché prima di un eventuale ricorso alla giustizia, e alle garanzie del processo con il suo contraddittorio, è alle forze dell’ordine (dal vigile urbano alla guardia di finanza passando per polizia e carabinieri) che viene dato il peso interpretativo di ciò che è necessario, legittimo, congiunto o ‘disgiunto’.

Il diritto di riunione è tra i diritti fondamentali più compresi. Si potrebbe obiettare che in realtà i nostri diritti di riunione e di associazione sono solo sottoposti al limite del rispetto delle distanze fisiche, peraltro un limite temporaneo determinato da ragioni di emergenza sanitaria. In effetti ciò è vero, perché possiamo esercitare il diritto di riunione e di associazione in forma virtuale, grazie alle tecnologie informatiche, esattamente come stiamo facendo oggi con il webinar, con il ‘piccolo’ inconveniente, però, di essere esposti all’osservazione e forse anche al controllo degli stessi strumenti che ci permettono di esercitare un diritto fondamentale. Ciò che è indispensabile è vigilare che le gravi limitazioni ai diritti, giustificate dall’emergenza, non diventino permanenti. Al di là della contingenza, il diritto di formare associazioni, e di essere fisicamente compresenti per uno scopo, è un diritto fondamentale della persona previsto fin dalla Dichiarazione universale dei diritti umani (art. 20), dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 12). La libertà di riunione è un diritto fondamentale elevato a principio fonda-

mentale dell'ordinamento comunitario dalla Corte di giustizia della Comunità europea e tutelato con il Trattato di Lisbona (2009). Ovviamente anche per la nostra Costituzione (art. 17): «I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi». I costituenti hanno voluto dare rilevanza costituzionale al diritto di riunione perché non è una mera libertà individuale, per quanto fondamentale per lo sviluppo della personalità umana, ma è un momento vitale nella costruzione dello spazio pubblico democratico e partecipativo per la necessità di scambio e confronto, per la costruzione di sistemi di fiducia e di una capacità critica.

2. *Necessità e urgenza nella storia costituzionale*

Da dove viene questo potere, legittimo, di comprimere le libertà fondamentali? La prospettiva della storia costituzionale ci consente di dare una cornice giuridica al governo dell'emergenza. La rivoluzione francese del luglio del 1830 è per certi aspetti la presa di coscienza della necessità di limitare i poteri della decretazione d'urgenza. Simbolo di quella rivoluzione è “La Libertà che guida il Popolo”, il dipinto di Eugène Delacroix, che è anche il titolo del libro di Luigi Lacchè che affronta quelle appassionanti vicende [Lacchè 2002]. Le liberticide ordinanze d'urgenza di Carlo X in realtà trovano un fondamento costituzionale nell'art. 14 della Carta del 1814: il Re *fait les règlements nécessaires pour l'exécution des lois et pour la sûreté de l'Etat*. Dopo la rivoluzione di luglio, la Carta viene riformata e all'art. 13 si aggiunge una ‘postilla’: «Le Roi fait les règlements et les ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution». In realtà, oltre ad aggiungere il divieto di sospendere le leggi e dispensare dalla loro esecuzione, sparisce il riferimento alla sicurezza dello Stato. L'articolo, così riformato nella Carta francese del 1830, viene adottato dallo Statuto albertino, senza il *giammai*: «Il Re [...] fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne» (art. 6). Dunque viene vietata l'emanazione di atti aventi forza di legge

e pure la sospensione delle leggi mediante decreti reali. Come noto lo Statuto albertino non è una costituzione rigida e di conseguenza non è una fonte giuridica preordinata alla legge ordinaria. Tuttavia le timide libertà concesse dallo Statuto non possono essere limitate o sospese se non in forza della legge, mentre la decretazione d'urgenza, ad opera del governo, mette in discussione il controllo del Parlamento sull'attività normativa dell'esecutivo. Nonostante lo Statuto sia una fonte giuridica 'debole', l'ordinamento tende ad adeguarsi al nuovo assetto costituzionale. Per esempio gli artt. 483-486 del c.p. del 1839 che vietano «qualunque associazione di più persone organizzate in corpo, con lo scopo di riunirsi tutti i giorni od a giorni determinati, per occuparsi senza promessa o vincolo di segreto, di oggetti, siano religiosi, siano letterari, siano politici od altri [...]», vengono abrogati con un decreto-legge nel settembre del 1848, proprio per conformare il c.p. alle libertà concesse dallo Statuto anche oltre la lettera della legge costituzionale. Lo Statuto albertino all'art. 32 non prevede il diritto di associazione ma solo la libertà di riunione: «Il legislatore piemontese riconosceva, dunque, che la censura preventiva sulle associazioni poteva essere in armonia con la lettera dello Statuto, ma non poteva dirsi in armonia col nuovo ordine politico: e perciò l'aboliva, ampliando senza indugio notevole quella libertà di accomunare gli sforzi singoli, che lo Statuto aveva incompiutamente concessa [Racioppi, Brunelli 1909, p. 226]. Non che questa apertura potesse considerarsi acquisita perché anzi, fin dalle origini lo Stato italiano si pone sotto il segno dell'emergenza e ripetutamente sospende le libertà fondamentali.

Prima ancora della libertà di stampa l'incubo dei governi sono le riunioni e le associazioni come dimostrano le politiche antisocialiste della Germania di metà Ottocento. Per colpire la minaccia socialista Bismarck «sospese il diritto di associazione, e votata la legge, sciolse le società socialiste a centinaia; i segreti convegni, cioè sempre le associazioni non la stampa, ne mantennero vivo il fuoco» [Arangio Ruiz 1895, p. 974]. L'ordine giuridico liberale 'scopre' l'importanza dell'opinione pubblica, ovvero l'organo di controllo sui governanti, che non coincide con la rappresentanza parlamentare, tanto me-

no nel contesto dello Stato liberale con il suffragio censitario. Il Parlamento, scrive Arangio Ruiz, «potrà contenere la più alta manifestazione della pubblica opinione ma non è, come organo, il più efficace; la stampa, le riunioni, le associazioni sono, fra gli organi preordinati e giuridici, quelli che meglio si provano adatti a creare e propagare la pubblica opinione, a mantenerla viva e farla durare» [Arangio Ruiz 1895, p. 974]. Il Parlamento, peraltro, sembra un organo inadatto a prendere decisioni in situazioni di urgenza/emergenza quando, cioè, è richiesto un comando rapido, efficace, senza particolari controlli preventivi. Nel lungo periodo, la ripetizione di situazioni vere o presunte emergenziali svuota il ruolo del Parlamento e tende al trasferimento del potere normativo al governo. Nello Stato liberale di diritto si presentano due ipotesi di potestà normativa del governo: il decreto-legge e l'ordinanza di emergenza. In buona sostanza l'esecutivo prende provvedimenti di carattere legislativo senza doverli presentare alle Camere per la conversione giustificando lo strappo costituzionale con l'emergenza che crea situazioni eccezionali [Fioravanti 2009, p. 178]. Alla decretazione d'urgenza si affianca, poi, l'istituto dello stato d'assedio, uno strumento che non è previsto né dallo Statuto né dalle leggi ordinarie. Lo stato d'assedio è ancora più penetrante della decretazione d'urgenza e altera profondamente l'ordinamento giuridico, perché instaura la giustizia militare in tempo di pace con tutte le forzature che ne conseguono anche dopo la sua vigenza innescando una filiera ben colta da Racioppi: «E se l'estremo provvedimento si volesse scusare allegando la sua temporaneità, risponderemmo che è bensì temporaneo l'imperio della procedura di guerra, ma col cessare di questa non vengono però meno le condanne che con essa s'infliggono. Aggiungasi lo svantaggio di chiamare l'esercito a funzioni che non possono certamente riuscirgli simpatiche: aggiungasi infine lo svantaggio di forzare quasi sempre l'intervento della benevolenza sovrana sotto forma d'amnistia, come reclamerà indi a poco la tranquillizzata opinione pubblica» [Racioppi 1898, p. 145].

3. *Il paradosso (del paradigma) dell'emergenza*

La prima emergenza, che condiziona indelebilmente l'ordine giuridico italiano, soprattutto il sistema penale, è la repressione del brigantaggio nel meridione d'Italia. Il governo della ribellione dei contadini meridionali, sintomo di una crisi economico-sociale prima che politica, si concreta nella mera repressione ricorrendo a leggi speciali e stati d'assedio. I giuristi liberali, gli stessi che sono impegnati nell'abolizione della pena di morte, autorizzano così la creazione di un doppio livello di legalità. Negli anni della repressione indiscriminata del brigantaggio meridionale, scrive Mario Sbriccoli, «la politica' fa entrare nel regime punitivo l'idea dell'emergenza e, attraverso essa, quella del doppio livello di legalità, costituito dal codice da un lato e dalle leggi di pubblica sicurezza dall'altra» [Sbriccoli 2009b, pp. 444-445]. A fine secolo sarà l'emergenza della minaccia anarchico-socialista all'ordine borghese a legittimare le eccezioni e le sospensioni delle libertà fondamentali. Nel febbraio del 1899 il presidente del Consiglio, Luigi Pelloux, presenta alla Camera dei Deputati un disegno di legge che limita alcune libertà fondamentali: la libertà di associazione, di riunione e di stampa e il divieto di sciopero per alcune figure professionali. La Camera però è compatta e fa ostruzionismo ad oltranza e l'unica via d'uscita per Pelloux è la decretazione d'urgenza. Con il decreto-legge 22 giugno n. 227 di fatto si adottano le disposizioni principali del disegno di legge arenato [cfr., Meccarelli 2005]. Tra il 1894 e il 1899 il ricorso ai provvedimenti di emergenza va ad incidere su più livelli, certamente sul sistema penale ma anche sul rapporto tra poteri facendo saltare il necessario bilanciamento tra governo e Parlamento. A farne le spese è certamente l'organo rappresentativo che perde il suo ruolo di produttore delle norme a vantaggio del governo che può anche liberarsi dai meccanismi di controllo sulla sua attività normativa.

Tutti i diritti, compreso quello di riunione, possono essere sottoposti a limiti tanto più quando ci sono ragioni di grave ed urgente necessità. La questione è che anche i limiti devono a loro volta essere sottoposti a condizioni, forse la più importante è la condizione della brevità della compressione dei diritti. E tuttavia

l'esperienza storica pone un allarme proprio sulla temporaneità perché, nel momento in cui si abbraccia il paradigma dell'emergenza, le misure tendono ad essere prorogate e a permanere nell'ordinamento giuridico. La Costituzione repubblicana non ha previsto lo 'stato d'eccezione', nondimeno contiene le ragioni e gli strumenti che possono giustificare limitazioni ai diritti ed è un problema di criteri su cui la giurisprudenza costituzionale ha dato indicazioni: le limitazioni dei diritti si devono misurare con i principi di necessità, proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento e temporaneità.

L'esperienza storico-giuridica tra Otto e Novecento mostra quanto sia mal riposta l'aspettativa che l'emergenza possa considerarsi una mera parentesi eccezionale e temporanea. Il doppio livello di legalità introdotto a partire dall'ordinamento liberale ha prodotto «il paradosso del fallimento della legislazione d'emergenza, in forza del quale le leggi eccezionali, di regola introdotte in via provvisoria, vengono di regola prorogate o rinnovate per la sorprendente ragione che il problema per il quale erano state pensate è rimasto irrisolto. Il loro scacco è la giustificazione della loro conferma. Ed è norma che anche una volta uscite di vigore esse lascino nell'ordinamento pesante traccia di sé, introducendovi principî destinati a durare ed a perpetuarne lo strumentario, quando non lo spirito» [Sbriccoli 2009a].

Non così in antico regime dove l'eccezione, creata anche dall'emergenza, rimane una soluzione 'straordinaria' rispetto alla vita ordinaria perché l'ordinamento è flessibile. L'ordine giuridico è per sua natura complesso e prevede il gioco di innesto dell'*extraordinarium* per sbloccare le impasse [Meccarelli 2009]. Diversa è l'esperienza tra Otto e Novecento dove: «L'ingresso nel regno della legge cambia il rapporto *ordo/extra-ordinem*», l'ordine giuridico nuovo esclude l'eccezione ma questa tende a risorgere «sotto altra forma, come luogo del diritto/non-diritto, zona strutturalmente 'grigia' sottoposta alle logiche dell'emergenza, dei 'fatti occasionali', di decisioni congiunturali e transitorie» [Lacchè 2017, pp. 429-430]. L'eccezione alimenta sé stessa e di fatto tende a diventare permanente.

4. Think outside the box

Numerosi sono gli spunti di riflessione e le possibili piste di ricerca, a cominciare dalla questione delle fonti giuridiche e dell'opportunità di costituzionalizzare l'«emergenza». Come i nani sulle spalle dei giganti, possiamo fare affidamento sulle consolidate categorie storiografiche, in quanto preziosi e utili strumenti per orientarsi, ma quelle categorie: eccezione, emergenza, sorveglianza etc., devono essere sottoposte al vaglio del contesto contemporaneo con tutta la sua complessità. L'innovazione tecnologica, in particolare l'ingresso dell'intelligenza artificiale in ogni ambito della vita, modifica anche gli assetti economici e sociali e oltre agli irrinunciabili vantaggi può creare nuove forme di discriminazione e diseguaglianza. Per esempio si aggiungono a quelli vecchi i nuovi analfabetismi: quello informatico ovvero l'incapacità di utilizzare i dispositivi informatici dallo smartphone al computer e soprattutto quello digitale ovvero l'abilità nell'utilizzo delle tecnologie di informazione e comunicazione non solo per reperire le informazioni ma saperle valutare con spirito critico. E cosa accade «se» si aggiunge anche la crisi economica, quali sono le conseguenze sulle libertà individuali e collettive? Non ci si può neanche crogiolare nell'idea della transitorietà dell'emergenza, perché il contesto globalizzato ci espone al rischio, o meglio alla certezza, che ciò che sembra estemporaneo/temporaneo sia invece ricorrente e quindi che la condizione di emergenza diventi se non permanente, ricorrente. Merita una riflessione anche il tema dell'esercizio del potere con le connesse categorie della sorveglianza/controllo. Occorre sottoporre al vaglio del presente, e del futuro, anche questa categoria perché a differenza del passato non è agevolmente individuabile il «controllatore», al contrario il controllo è diffuso e invisibile perché controllante e controllato tendono spesso a coincidere e spesso in modo inconsapevole. Occorre sicuramente un approccio rinnovato, che superi l'asfissia disciplinare, un approccio dialogico e non di mera giustapposizione tra conoscenze e competenze, occorre quindi pensare fuori dagli schemi, cioè pensare in modo diverso o da nuove prospettive.

Bibliografia essenziale

- G. Arangio Ruiz, *Associazione (diritto di)*, «Enciclopedia giuridica italiana», vol. I, parte IV, 1895, pp. 862 ss.;
- F. Benigno, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari e di guerra in Europa tra XVI e XX secolo*, Roma, Viella, 2007;
- A. Brunialti, *Associazione e riunione (diritto di)*, «Digesto Italiano», I/IV parte seconda, 1893-1899, pp. 1 ss.;
- M. Fioravanti, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'ancien Régime all'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 2009;
- L. Lacchè, *La libertà che guida il popolo. Le tre gloriose giornate del luglio 1830 e le Chartes nel costituzionalismo francese*, Bologna, il Mulino, 2002;
- L. Lacchè, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LX, 2, 2017, pp. 413 ss.;
- C. Latini, *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Firenze, Le Monnier, 2010;
- R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione del reato di brigantaggio (1861-1865)*, Bologna, il Mulino, 1980;
- M. Meccarelli, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, «Quaderni storici», 44, 2, 2009, pp. 501 ss.;
- M. Meccarelli, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227*, «Historia Constitucional», 6, 2005, pp. 263 ss.;
- C. Palazzo, *Coronavirus, multato perché al supermercato compra solo bottiglie di vino: "Non sono beni necessari"*, «la Repubblica», 30 marzo 2020, <https://torino.repubblica.it/cronaca/2020/03/30/news/coronavirus_multato_perche_al_supermercato_compra_solo_bottiglie_di_vino_non_sono_beni_necessari_-252700895/>, giugno 2020;
- A. Pennacchi, *"La libertà è un bene necessario, o no?"*, YouTube, <<https://youtu.be/CUja8EQviDg>>, giugno 2020;
- F. Racioppi, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, «Giornale degli Economisti», 17, 1898, pp. 136-154;
- F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Vol. II, 1909, pp. 198-238;

- M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009a, t. I, pp. 661-662;
- M. Sbriccoli, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in *ivi*, 2009b, t. I, pp. 485 ss.;
- M. Stronati, *Il brigante tra antropologia e ordine giuridico: alle origini di un'icona dell'uomo criminale nel XIX secolo*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, 2009, pp. 953 ss.;
- M. Stronati, *Il mutuo soccorso tra storia e storiografia, ovvero ripensare il diritto di associazione*, «Giornale di Storia costituzionale», 39, I, 2020, pp. 285 ss.

Andrea Francesco Tripodi

Il controllo del contagio nella prospettiva penalistica ovvero il diritto penale emergenziale in assenza di un nemico visibile

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Norma incriminatrice e *tipo narrativo* – 3. Norma incriminatrice e *bilanciamento* – 4. Il *buon senso* quale criterio di delimitazione dell’ambito applicativo della norma punitiva

1. *Premessa*

Mi limito a svolgere qualche considerazione – volendo, di carattere morfologico – sulla norma penale, più in generale di *diritto punitivo*, come plasmata da questa legislazione emergenziale. E a tal fine, utilizzo una chiave di lettura forse inusuale, che però illumina il piano delle conseguenze: in particolare, quello di incidenza del diritto punitivo sulle situazioni giuridiche soggettive intese come diritti/libertà fondamentali.

2. *Norma incriminatrice e tipo narrativo*

Se volessimo *narrare* una fattispecie incriminatrice, come se in essa si riflettesse una storia, troveremmo, nel modello paradigmatico di questa narrazione, un protagonista “cattivo”, vale a dire il soggetto attivo del reato, il cui comportamento è sanzionato – secondo gli archetipi della *violenza*, della *minaccia*, dell’*inganno* –, e uno “buono”, vale a dire la vittima (o le vittime) titolare dell’interesse che il fatto incriminato lede o pone in pericolo.

Lo stesso schema narrativo è utilizzabile per descrivere la legislazione criminale dei cosiddetti periodi emergenziali, con una

specifica prerogativa. In queste contingenze il diritto penale, nel contesto della dialettica ossimorica in cui è sospeso, accentua la sua funzione di strumento di politica criminale assumendo a protagonista “cattivo” della fattispecie un vero e proprio nemico *in quanto autore del fatto emergenziale*, a tutto discapito di quella funzione che lo vuole Magna Charta del reo, col rischio di produrre una lesione dei relativi diritti fondamentali. Così è, in particolare, nelle legislazioni dell’emergenza bellica o terroristica, rispetto alle quali la stessa CEDU (art. 15) consente di derogare (sul piano sostanziale e procedurale) agli obblighi convenzionali in nome della sopravvivenza dello Stato.

Peculiare è la normazione che caratterizza l’emergenza attuale. Un’emergenza che potremmo definire naturale-sanitaria, dove non esiste un nemico in carne ed ossa, visibile, da contrastare.

Le norme punitive 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.

Si registra, allora, una sorta di metamorfosi dello schema narrativo tipico del *penale* dei periodi emergenziali. In presenza di un nemico invisibile, non in carne e ossa, che, volendo, potrebbe identificarsi con la stessa natura, si perde – nella struttura morfologica della norma e nella sua narrazione – quella particolare contrapposizione che vede la penalità emergenziale dirigersi contro un (protagonista “cattivo”)-nemico, che minaccia il consociato, e la fattispecie si ripiega su se stessa: il consociato è lo stesso soggetto (protagonista “cattivo”) da cui proviene la minaccia per l’insieme dei consociati (protagonisti “buoni”).

Quali le conseguenze di questa configurazione? Evidentemente, una maggiore sensibilità nei confronti del rischio che dall’opzione punitiva derivi una violazione dei diritti fondamentali. Rischio, invero, più tollerato quando il protagonista “cattivo” è *altro da noi*, è il nemico ovvero l’autore dello stesso fatto emergenziale, piuttosto che *uno di noi* colpevolmente *irresponsabile*.

E, in effetti, 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.

3. *Norma incriminatrice e bilanciamento*

Ci si imbatte, allora, in una gamma di requisiti di compatibilità costituzionale/convenzionale che consentono invero di giustificare 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, come ben spiega Nicola Recchia nel suo studio monografico, 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 proporzionalità. Partiamo, dunque, da quest'ultimo.

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 compressione del diritto conseguente alla scelta di penalizzazione (*id est*, determinate libertà costituzionali compresse dall'incriminazione della trasgressione delle misure di contenimento che ne vietano l'esercizio). Problema in qualche modo acuito dal dato, sopra richiamato, 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 biologica, di cui parla Agamben. 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* (su cui ha posto l'accento Giovannangelo De Francesco), 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 definibile come di *inosservanza delle varie misure di contenimento* (art. 4, comma 1, d.l. n.19 del 2020 e, relativamente alla disciplina del periodo corrispondente alla cosiddetta “fase 2”, art. 2, comma 1, d.l.

n. 33 del 2020) adottate attraverso d.p.c.m (o anche mediante ordinanze regionali o del Ministero della Salute), presidiato da una sanzione pecuniaria da 400 euro fino a (originariamente 3000 euro, ma in sede di conversione del d.l. n. 19 del 2020 divenuti) 1000 euro o interdittiva in particolari ipotesi di esercizio di attività commerciali e con riserva di applicazione della sanzione penale nel caso 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 oblabile –, che possiamo chiamare di *inosservanza della quarantena* (art. 4, comma 6, d.l. n.19 del 2020 e, relativamente alla disciplina del periodo corrispondente alla cosiddetta “fase 2”, art. 2, comma 3, d.l. n. 33 del 2020), ossia della misura di contenimento individuata dal *divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte a quarantena in quanto risultate positive al virus* (art. 1, comma 2, lett. e, d.l. n.19 del 2020 e art. 1, comma 6, d.l. n. 33 del 2020). Da notarsi come, invece, in nome della scala di progressione offensiva del fatto, la diversa misura della quarantena precauzionale (indicata alla lett. d dell'art. 1, comma 2, del d.l. n.19 del 2020 e al comma 7 dell'art. 1 del d.l. n. 33 del 2020), che riguarda i soggetti che hanno avuto stretti contatti con i malati (e nella “fase 1” anche quelli provenienti dall'estero), è assistita dalla sanzione amministrativa di cui sopra.

Infine, senza addentrarci nei problemi penalistici collegati all'ormai non più richiesta autodichiarazione, il vertice della piramide. Il reato contravvenzionale (in entrambe le conviventi configurazioni relative alle due diverse fasi dell'emergenza) 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). Un contesto, quello verticistico, di evidente problematicità quanto alla dimostrazione

della necessaria dinamica causale, ma nel quale già possono intravedersi prodromi di potenziali pandemie giudiziarie.

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 – penso alle riflessioni di Gian Luigi Gatta o di Matteo Grimaldi – si concepisca la misura 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). 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, prima del d.l. n. 33 del 2020, ossia della normativa pertinente alla “fase 2” dell'emergenza, sembrava in quest'ottica carente: non si rinveniva una disciplina organica della misura – v'erano dubbi, ad esempio, su chi potesse disporla e solo la normativa secondaria ne precisava la durata (quattordici giorni) –, né la richiesta di intervento dell'autorità giudiziaria. In questa prospettiva, sarebbe allora venuto meno un requisito implicito della fattispecie contravvenzionale: la legittimità della misura.

Il d.l. n. 33 del 2020 (art. 1, comma 6) ha fornito elementi di disciplina. Sono così oggi specificati, per via di un atto avente forza di legge, modo (provvedimento amministrativo dell'autorità sanitaria) e durata (il divieto di mobilità permane fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura) di applicazione della quarantena, con l'effetto di ridimensionare la problematizzazione della normativa quantomeno nell'ottica della prima delle due riserve prescritte dalla carta costituzionale.

Resta la questione 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. E tuttavia, tenuto conto che l'orientamento più esigente muove dall'assimilazione della restrizione da quarantena a quella da trattamento sanitario obbligatorio (TSO), si deve 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, come nota Marco Bignami, quest'ampia discrezionalità valutativa non sussiste: la positività al virus è tale *sic et simpliciter*.

Ad ogni modo, 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. Soccrono, infatti, argomenti che si appuntano 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 (in particolare, Augusto Barbera) presupponente un giudizio moralmente negativo sul soggetto attinto dalla misura restrittiva, ciò che non è dato rinvenire nella nostra ipotesi; per altri (in particolare, Massimo Luciani), significativa, nella sua essenza, della sottrazione alla coazione/coercizione fisica, profilo anch'esso assente nella nostra situazione.

4. *Il buon senso quale criterio di delimitazione dell'ambito applicativo della norma punitiva*

Dall'angolazione da cui muovono queste brevi note si è ritenuto di poter identificare il principale effetto della peculiare configurazione morfologica della norma punitiva anti-Covid con l'accentuazione della sensibilità al rischio di lesione dei diritti fondamentali dei consociati.

Val la pena infine interrogarsi sulla presenza di ulteriori effetti, collaterali a quello principale, strettamente collegati alla centralità assunta nell'analisi dal tema della compressione delle libertà.

Con riferimento all'illecito amministrativo è balzata agli occhi una certa genericità nella definizione dello spettro dei divieti – basti pensare, quanto agli spostamenti consentiti, ai riferimenti alla *prossimità della propria abitazione*, alle locuzioni *necessità* o *congiunti* –, la cui violazione, nella “fase 1”, era oggetto di sanzione.

Profili di indeterminatezza – come ha evidenziato Roberto Bartoli – inevitabili, dato il modello normativo di tipo (fondamentalmente) precauzionale prescelto, volto a riconoscere margini di flessibilità valutativa e dunque a dar ingresso al buon senso. Insomma, uno scenario che, se vogliamo, può prestarsi ad abusi da un lato, ossia in senso autoritaristico, e dall'altro, ossia *in bonam partem*, con relativa composizione – e giocoforza tollerabilità – rimessa appunto al buon senso di ciascuno di noi.

Il rilievo di indeterminatezza trova ridimensionamento anche nella riflessione di Carlo Sotis, il quale, riconducendo la disciplina punitiva in esame a un modello teso principalmente a promuovere l'idea di essere nel giusto in coloro che la rispettano e dunque a perseguire l'osservanza in sé dei divieti, traduce il messaggio della norma nel senso di demandare ai suoi stessi destinatari la perimetrazione del proprio spazio di libertà, di modo che la relativa sanzionabilità rimarrebbe circoscritta alle sole violazioni di carattere macroscopico. Una sorta di giustizia affidata alla responsabilità sociale o, se si vuole, di tipo a suo modo partecipativo, in cui cioè lo stesso consociato contribuisce direttamente, col buon senso, a tracciare il confine tra lecito e illecito rispetto a una norma posta.

L'ipotesi, allora, che si fa strada è quella della prospettabilità di tale aspetto in termini di corollario della struttura morfologica della norma punitiva del periodo emergenziale in esame.

La richiamata commistione di “genere” tra soggetti attivo e passivo dell'illecito, insieme con la pronunciata percezione del rischio lesivo dei diritti fondamentali conseguente a una tale configurazione del divieto, potrebbero aver generato questo

singolare processo di autodemarcazione post-legislativa – ad opera, cioè, dello stesso consociato destinatario del precetto già posto – dello spazio di liceità del proprio agire, che si manifesta quantomeno negli illeciti punitivi di minore gravità. Volendo, una singolare forma di bilanciamento di secondo grado *in action*, di cui si fa autore lo stesso consociato attraverso il proprio buon senso.

Bibliografia essenziale

- G. Agamben, *Una voce. Chiarimenti*, quodlibet.it, <<https://www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben>>, marzo 2020;
- R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, «Sistema penale», 24 aprile 2020;
- M. Bignami, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, «Questione giustizia», 7 aprile 2020;
- C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, «Sistema penale», 30 marzo 2020;
- G. De Francesco, *Dimensioni giuridiche e implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, «La legislazione penale», 23 aprile 2020;
- G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, «Sistema penale», 2 aprile 2020;
- G.L. Gatta, *Emergenza Covid-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, «Sistema penale», 18 maggio 2020;
- M. Grimaldi, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, «Giurisprudenza penale», 4, 2020;
- G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007;
- D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, «Archivio Penale web», 1, 2020;
- F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, «Sistema penale», 26 aprile 2020;
- D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, «Sistema penale», 28 aprile 2020;
- N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2020;

- C. Sotis, *Fare osservare o punire. L'importanza della disgiuntiva*, in F. Cassibba, G. Dodaro (a cura di), *Emergenza Covid-19, tra diritto e processo penale*, Atti del web seminar, 29-30 aprile 2020, DIPLLAP EDITOR, in corso di pubblicazione.

Romolo Donzelli

Emergenza pandemica e tutela giurisdizionale dei diritti

SOMMARIO: 1. Prima ricognizione normativa – 2. Il primo periodo del processo civile dell'emergenza – 3. Il secondo periodo del processo civile dell'emergenza – 4. Le «linee guida vincolanti» per la fissazione e la trattazione delle udienze – 5. Considerazioni conclusive

1. *Prima ricognizione normativa*

Il comprensibile intento di contrastare l'emergenza epidemiologica ha condotto il Governo italiano ad introdurre con decretazione d'urgenza un complesso di norme dirette a disciplinare il processo nel tentativo, da un lato, di evitare o limitare il rischio di contagio e la diffusione del virus e, dall'altro, di garantire il diritto costituzionale di accesso alla giustizia.

All'obiettivo di individuare un soddisfacente punto di equilibrio tra queste due opposte esigenze è dedicato l'art. 83 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020.

Non è possibile esaminare analiticamente le diverse previsioni ivi contenute, ma ciononostante si possono individuare i dati normativi maggiormente importanti, muovendo innanzitutto dalla constatazione che il decreto distingue tra due diversi periodi, a cui, evidentemente, corrisponde un diverso indice di rischio: un primo periodo dal 9 marzo all'11 maggio ed un secondo periodo che va dal 12 maggio al 31 luglio.

Nella prima finestra temporale si assiste ad una riduzione più marcata dell'attività processuale, mentre nella seconda si incide maggiormente sulle modalità di svolgimento delle attività in questione.

2. Il primo periodo del processo civile dell'emergenza

Più nel dettaglio dal 9 marzo all'11 maggio, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 83, è previsto il rinvio d'ufficio delle udienze e la sospensione del «decorso dei termini» per il compimento di «qualsiasi atto» dei procedimenti civili, oltre che penali.

Il comma 3 della medesima disposizione, al contempo, dispone che tali previsioni «non operano» in riferimento ad alcune categorie di controversie che il decreto indica e presume come urgenti o, più in generale, nei casi in cui tale urgenza venga in concreto attestata dal capo dell'ufficio giudiziario su istanza di parte e con provvedimento inimpugnabile.

L'obiettivo perseguito è evidente: impedire che la sospensione dei termini o il rinvio delle udienze precludano il ricorso alla tutela giurisdizionale nei casi in cui questo non è procrastinabile.

Diversi, tuttavia, sono i profili critici.

Ad esempio, l'elencazione delle controversie in cui l'urgenza è presunta viene compiuta in deroga alle più elementari regole di redazione dei testi normativi, ovvero mendiate l'indicazione imprecisa, generica e lacunosa di alcune particolari controversie o fattispecie processuali, in alcuni casi addirittura sovrapponibili in tutto o in parte tra loro.

Inoltre, l'inimpugnabilità del provvedimento con cui il giudice concede o nega l'accesso alla tutela giurisdizionale appare, pur nel contesto emergenziale, suscettibile di esporsi a profili di incostituzionalità in stretto riferimento al coordinato disposto degli artt. 3, comma 2, e 24, comma 1, Cost.

L'aspetto maggiormente critico è, d'altro canto, costituito dalle conseguenze derivanti dal coordinato disposto dei commi 2 e 3.

La regola che se ne trae non determinerebbe problemi, o ne determinerebbe di minori, se le controversie urgenti *ex lege* fossero individuate mediante criteri sufficientemente chiari.

Ma il comma 3 le determina, come detto, con l'impiego di clausole del tutto generiche.

A titolo esemplificativo, si pensi alle «cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati, e ai minori allontanati dalla famiglia quando dal ritardo può derivare un grave

pregiudizio e, in genere, procedimenti in cui è urgente e indifferibile la tutela di diritti fondamentali della persona» o alle «cause relative alla tutela dei minori, ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, nei soli casi in cui vi sia pregiudizio per la tutela di bisogni essenziali» o ai «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona».

La *ratio* della previsione è già stata chiarita e consiste nel consentire l'accesso al giudizio in siffatti casi. Tuttavia, nel disporre che il comma 2, ovvero la sospensione del decorso dei termini, non si applichi nei casi di cui al comma 3, la legge rimette tale effetto a presupposti assolutamente indeterminabili *a priori*.

Le parti in causa, dunque, non potendo sapere con certezza se dalla ritardata trattazione e decisione della loro controversia possa derivare un grave pregiudizio o se queste sono indifferibili per la tutela di diritti fondamentali della persona o se nella loro controversia sussiste un pregiudizio per la tutela di bisogni essenziali della persona o se, ancora, la lite riguarda i diritti fondamentali della persona, dovranno cautelativamente porre in essere le attività processuali ordinariamente previste dalla legge per evitare di incorrere in decadenze.

Ciò plausibilmente determinerà enormi incertezze sui processi pendenti, con probabili rilievi ufficiosi o eccezioni di parte diretti a opporre la preclusione oramai maturatasi; tutte questioni, queste appena indicate, di cui si potrebbe discutere potenzialmente sino in cassazione ovvero ancora per i prossimi anni, salvo non rilevare che l'effetto appena descritto, derivante – come detto – dal coordinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 83, è manifestamente irragionevole e come tale anch'esso di dubbia legittimità costituzionale ai sensi degli artt. 3, comma 2, 24, commi 1 e 2, 111, comma 1, Cost.

La soluzione praticamente più semplice sarà costituita dal consentire ampie rimessioni in termini ai sensi dell'art. 153 c.p.c., sebbene, ovviamente, la causa non imputabile che la norma appena richiamata contempla come condizione della rimessione, sarà costituita proprio dall'incomprensibile previsione normativa poc'anzi indicata, che non consente alla parte di predeterminare con ragionevole certezza la propria condotta processuale.

La sospensione del decorso dei termini è peraltro estesa dai commi 20 e 21 alle diverse procedure stragiudiziali dirette ad addivenire a soluzioni negoziali della lite, ovvero alla mediazione civile e commerciale, alla negoziazione, agli altri procedimenti di conciliazione previsti dal nostro ordinamento ed ai giudizi arbitrati rituali.

3. Il secondo periodo del processo civile dell'emergenza

Altrettanto delicati sono i problemi posti dalle regole dedicate al secondo periodo in precedenza indicato, che, come detto, va dal 12 maggio al 31 luglio.

A tal riguardo, il comma 6 dell'art. 83 prevede in linea generale che i capi degli uffici giudiziari, sentiti l'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell'ordine degli avvocati, possano adottare le misure organizzative necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dagli organi competenti, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone.

Entro questa cornice, dunque, il successivo comma 7 conferisce ampi poteri organizzativi ai capi degli uffici giudiziari, tra cui il potere di:

- limitare l'accesso al pubblico agli uffici giudiziari, ma garantendo lo stesso per le attività urgenti;
- limitare l'orario di apertura ovvero, in via residuale e solo per gli uffici che non erogano servizi urgenti, disporre la chiusura al pubblico;
- regolamentare l'accesso ai servizi, mediante prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica;
- adottare «linee guida vincolanti» per la fissazione e la trattazione delle udienze;
- rinviare le udienze oltre il 31 luglio;
- disporre la celebrazione delle udienze a porte chiuse *ex art.* 128 c.p.c.;
- disporre la celebrazione delle udienze che non prevedono soggetti diversi dai difensori, le parti e gli ausiliari del giudice, mediante collegamento da remoto;

- disporre lo svolgimento delle udienze che non richiedono soggetti diversi dai difensori mediante lo scambio e il deposito di note scritte «contenenti le sole istanze e conclusioni».

Come è noto, nella prassi si è assistito in molti casi ad una sostanziale paralisi della macchina giudiziaria, dovuta all'impossibilità di accedere alle cancellerie dei tribunali o anche solo di poter conferire con esse mediante collegamento telefonico o altri strumenti telematici.

Sotto questo profilo, è apparsa lungimirante la previsione di cui al comma 8, stando alla quale «per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui al comma 7 che precludano la presentazione della domanda giudiziale è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti medesimi».

Nell'ambito di siffatta previsione, dunque, rientreranno tutti quei diritti, spesso a carattere potestativo o impugnatorio, a necessario esercizio giurisdizionale, senza che si debba disquisire della natura sostanziale o processuale del termine previsto dalla legge per far valere la pretesa.

4. *Le «linee guida vincolanti» per la fissazione e la trattazione delle udienze*

Un aspetto della disciplina poc'anzi descritta che merita particolare attenzione è costituito dal potere del capo dell'ufficio giudiziario di adottare «linee guida vincolanti» per la fissazione e la trattazione delle udienze.

I problemi posti da tale previsione sono diversi e gravi.

Va preso innanzitutto atto dell'eccessiva genericità dei limiti entro cui detto potere può essere esercitato.

Il decreto, infatti, lascia ai capi degli uffici giudiziari un margine di manovra eccessivamente ampio e discrezionale.

Si pensi alla possibilità di sostituire lo svolgimento dell'udienza con memorie di trattazione scritta.

È piuttosto agevole, se non banale, rilevare che non tutte le udienze sono uguali, ovvero non sono affatto equiparabili le attività processuali che vanno ivi compiute.

Il problema si pone soprattutto per i casi in cui l'udienza è l'ambiente processuale in cui il giudice è posto direttamente a contatto con le parti personalmente.

Si pensi, ad esempio, all'udienza di discussione di cui all'art. 420 c.p.c. nel rito del lavoro, in cui il giudice è tenuto ad interrogare liberamente le parti e a provocare la conciliazione, o ancor di più alle udienze presidenziali nei procedimenti di separazione e divorzio in cui si discute dell'affidamento dei figli minori.

Qui l'immediato contatto giudice-parti e l'interrogatorio libero delle stesse si rivela essenziale, stante la sommarietà della cognizione e l'incidenza del provvedimento adottando su diritti di primario rilievo costituzionale, al fine di chiedere chiarimenti, venire a conoscenza di elementi di fatto rilevanti, condurre l'attenzione delle parti sui profili della controversia che si ritengono decisivi, desumere argomenti di prova dal contegno e dalle risposte delle parti, ammonirle affinché si astengano da comportamenti pregiudizievoli dell'interesse dei figli, sollecitare le parti al fine di addivenire ad una soluzione concordata delle condizioni di separazione e di affidamento.

Eppure le linee guida della Prima Sezione del Tribunale di Roma consentono lo svolgimento dell'udienza presidenziale in forma scritta.

Eccoci, dunque, ad un aspetto fondamentale: il comma 7 dell'art. 83 ha condotto alla proliferazione di linee guida distinte per ciascun ufficio giudiziario se non per ciascuna sezione di ciascun ufficio giudiziario.

Non abbiamo più un unico processo in cui le parti sono uguali innanzi alla legge, ma particolari tutelati procedurali a seconda del foro.

Questo profilo merita attenzione anche in un contesto di riflessione più ampio.

È noto e risalente il dibattito dottrinale e giurisprudenziale riguardante i limiti entro cui sia costituzionalmente legittima una regolamentazione delle forme della cognizione rimessa in larga misura al giudice.

Ci riferiamo ai procedimenti contenziosi decisorii cc.dd. semplificati, che per lo più evocano la locuzione prevista dalla legge

per il rito cautelare, o camerale, che, invece, rinviando alle scarse previsioni di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.

In questi casi si è posto il problema della legittimità costituzionale di siffatta normazione del procedimento giurisdizionale civile anche con riguardo alle difformi prassi giudiziali che tale opzione di politica del diritto finisce per creare. Ed anche in questi casi un tentativo di uniformazione è stato rappresentato dalla stipula di accordi tra uffici giudiziari e consigli dell'ordine o altri enti rappresentativi del ceto forense.

Non è questa la sede per attardarsi sui profili di criticità evocati dalla situazione appena ricordata.

Basti evidenziare che l'opzione di politica del diritto fatta propria dal d.l. n. 18/2020 è ben diversa.

Il potere di determinare le forme del processo non spetta, infatti, al giudice del procedimento, ovvero al giudice competente a dirigere il processo e decidere la controversia, bensì al capo dell'ufficio giudiziario con effetto vincolante.

Ciò significa che, diversamente da quel che accade nei procedimenti semplificati o camerale, le concrete modalità di determinazione delle forme del processo non possono essere messe in discussione dalle parti nemmeno mediante il ricorso alle regole generali che disciplinano la validità degli atti processuali e dunque anche dei provvedimenti con i quali il giudice determina l'*iter* della procedura.

Il problema, dunque, si pone direttamente sul piano della legittimità costituzionale del decreto legge ed in particolare dell'art. 83, comma 6, c.p.c.

Questa inedita tecnica di regolamentazione del processo non è, infatti, consentita dal nostro ordinamento stante il disposto dell'art. 101 Cost., che vuole il giudice «soggetto alla legge», nonché dell'art. 111, comma 1, Cost., che richiede che il giusto processo sia «regolato dalla legge».

A ciò si aggiunge, come sempre in questi casi, la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost., poiché, come detto, il d.l. n. 18/2020 consente che vi siano discipline processuali difformi da foro a foro.

5. *Considerazioni conclusive*

Nei mesi che ci lasciamo alle spalle abbiamo dovuto amaramente prendere atto che in certe condizioni alcuni diritti sono un lusso. L'emergenza sanitaria, infatti, ha condotto ad una significativa compressione di molti fondamentali diritti costituzionali.

Era inevitabile che tale fenomeno investisse anche la tutela giurisdizionale dei diritti.

Ciò non significa, tuttavia, che siano accettabili le modalità con le quali si è ritenuto opportuno intervenire.

Si ha la netta impressione che molte soluzioni normative abbiano come premessa causale la più serena inconsapevolezza delle numerose implicazioni appartenenti ai problemi da risolvere.

I problemi complessi richiedono soluzioni complesse ed articolate. Soluzioni che presuppongono un'adeguata conoscenza dei fenomeni da regolare. Quell'adeguata conoscenza che consente di individuare con immediatezza i profili critici ed approntare con rapidità soluzioni adeguate.

Purtroppo, sembra proprio valga in questo caso quel che Francesco Carnelutti osservava in un'intervista alla Radiotelevisione italiana nei primi anni Cinquanta: «Le leggi sono dunque fatte, se non proprio soltanto dagli uomini, almeno anche da uomini, che non hanno imparato a farle».

Bibliografia essenziale

Sul processo civile nell'emergenza, v.:

- A. Panzarola, M. Farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, «giustiziacivile.it», <<http://giustiziacivile.com/arbtrato-e-processo-civile/editoriali/lemergenza-coronavirus-ed-il-processo-civile-osservazioni>>, giugno 2020;
- G. Scarselli, *Contro l'udienza da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, «judicium.it», <<http://www.judicium.it/le-udienze-remoto-la-smaterializzazione-della-giustizia/>>, giugno 2020;
- P. Licci, *I pericoli dell'emergenza sanitaria da Covid-19: nota a Trib. Bari 3 giugno 2020 sulla sospensione dei «termini procedurali»*, «judicium.it», <<http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/06/Paola-Licci-1.pdf>>, giugno 2020.

Sulla cameralizzazione del processo sui diritti, v.:

L. Lanfranchi, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2011.

Sulla sindacabilità degli atti di determinazione dell'*iter* processuale, v.:

R. Donzelli, *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, «Rivista di diritto processuale», 2015, pp. 942 ss.

Sulla diffusione dei protocolli, v.:

G. Berti Arnoaldi Veli, *Protocolli per la giustizia civile*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, Ist. Enciclopedia italiana, 2014, ma anche in *treccani.it*, <[La citazione di Francesco Carnelutti è tratta da:](http://www.treccani.it/enciclopedia/protocolli-per-la-justizia-civile_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/>, giugno 2020.</p></div><div data-bbox=)

F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, Roma, Rari Radio Televisione Italiana, 1954, 6.

Simone Calzolaio

Sistema di allerta Covid-19. Osservazioni sull'art. 6, d.l. 28/2020

SOMMARIO: 1. Elogio della prudenza – 2. Il fondamento giuridico-costituzionale del 'motivo di interesse pubblico' (c. 1) – 3. Il sistema di allerta, i suoi elementi costitutivi e le differenti esigenze di disciplina (commi 1, 5, 6) – 4. Il ruolo delle Regioni e dei Servizi sanitari regionali nel sistema di allerta (c. 1) – 5. I rischi derivanti dal trattamento e dalla costituzione della piattaforma, per l'interessato (protezione e sicurezza dei dati personali) e per la sicurezza cibernetica dello Stato – 6. Diritti da non dimenticare. Minori e persone decedute – 7. Conclusioni, cioè domande aperte

1. *Elogio della prudenza*

Il presente contributo ha ad oggetto una breve analisi dell'art. 6, d.l. n. 28/2020, di cui meglio si dirà appresso.

C'è tuttavia una considerazione preliminare e di metodo che si intende focalizzare, da cui proviene il titolo del paragrafo.

L'attuale momento storico è caratterizzato da una emergenza pandemica e quanto sta accadendo rende evidente che «non c'è niente da fare, siamo nati per aspettare che qualcosa si muova e che ci venga a cercare» (*Giovani disponibili*, Carboni, 1984). Questa sollecitazione della realtà ha prodotto e produce una incessante e disordinata produzione normativa, un altrettanto disorganico riassetto dei ruoli istituzionali e del fluire delle prassi applicative [Luciani 2020; Cardone 2020], che a sua volta evidenzia la fragilità della nostra società e delle nostre persone (molto prima della debolezza, che ne è il riflesso, delle nostre istituzioni e del sistema politico). Si tratta del manifestarsi della

cd. società signorile di massa [Ricolfi 2019] applicata ad una pandemia di una certa gravità [Lord Sumption 2020].

Non di meno, si assiste ad un moltiplicarsi a tratti caotico di commenti e orientamenti di carattere tecnico-scientifico, in cui ciascuno tenta di decifrare il reale con gli strumenti della branca scientifica di cui si occupa. La facilità con cui è possibile pubblicare on line i propri contributi, nella migliore delle ipotesi dopo veloci referaggi, fa il resto. Anche questo è un effetto – poco studiato e ancor meno meditato – del processo rivoluzionario che prende il nome di digitalizzazione e di società dei dati [Calzolaio 2017].

In questo contesto è francamente difficile discernere se l'impegno a 'scrivere di diritto' (*law in pandemic*) costituisca il proprio contributo ad affrontare l'emergenza, come ciascuno intimamente desidera, ovvero sia un contegno atto ad aumentare la confusione, frutto forse di un altro contagio, quello del *publish or perish*.

Non si riesce in questa sede a risolvere tale dilemma. Ma lo si ritiene utile a offrire una indicazione di metodo, che consiste nell'accorgersi del proprio limite di fronte all'esorbitanza di quanto sta accadendo rispetto alla ordinaria capacità di analisi giuridica.

In sintesi, pertanto, quel che accade, quel che si legge, il molto che non si comprende appieno o affatto, induce a riscoprire la prudenza, a parlare e scrivere meno del solito.

A questo riguardo, l'art. 6, d.l. 28/2020, per chi si è occupato prevalentemente di diritto costituzionale regionale e di diritto dell'informazione e della comunicazione (che oggi è il diritto delle nuove tecnologie e della protezione dei dati personali), è come un vulcano in eruzione e tocca in soli sei commi molti dei più scottanti problemi aperti del diritto pubblico italiano e contemporaneo. Solo per citarne alcuni: il fluire disordinato della decretazione d'urgenza, la confusione e la competizione istituzionale nei rapporti fra Stato e Regioni, la difficoltà a inquadrare il tema (e il regime giuridico) dello sfruttamento pubblico per finalità di interesse generale dei dati e di coordinarlo con il diritto alla protezione dei dati personali, il problema della sicurezza cibernetica dello Stato, della sovranità sui dati e la connes-

sa assenza di investimenti pubblici e privati nella pianificazione infrastrutturale e strategica.

L'elogio della prudenza richiede che questi temi siano evocati e restino sullo sfondo. Per contribuire a risolvere il problema epocale del rapporto fra diritto alla salute e protezione dei dati personali nella società dei dati è invece opportuno procedere dal basso, analizzare le disposizioni della norma citata e mettere in comune – sommessamente – le principali (e brevi) osservazioni che provengono dalla propria limitata esperienza di studio.

Il presente contributo pertanto si sviluppa in una serie di osservazioni, di norma contenenti una breve spiegazione e argomenti per una meditazione critica sulla formulazione del testo normativo.

2. Il fondamento giuridico-costituzionale del 'motivo di interesse pubblico' (c. 1)

Il c. 1 dell'art. 6 statuisce chiaramente che il sistema di allerta Covid-19 è costituito dalla piattaforma unica nazionale e dalla applicazione per dispositivi di telefonia mobile ed è finalizzato ('al solo fine') a allertare le persone entrate in contatto con soggetti positivi al virus e a tutelarne la salute. Si tratta di un sistema cui si accede e permane su base volontaria. Come specifica il c. 4, il mancato utilizzo della applicazione non comporta conseguenze pregiudizievoli.

Quindi, l'utilizzo della applicazione è permanentemente volontario.

Inoltre, nessuna disposizione dell'art. 6 richiede che l'utente (l'interessato) presti il proprio consenso all'utilizzo in sede di installazione della applicazione e di avvio del trattamento dei propri dati personali, ancorché si tratti di dati attinenti alla salute (art. 9, par. 1, GDPR).

Se la base giuridica del trattamento non è il consenso [Pagnanelli 2020], allora deve necessariamente rinvenirsi nell'esecuzione di un compito di interesse pubblico (art. 6, par. 1, lett. e, GDPR) ovvero, più precisamente, nei motivi di interesse pubblico di cui all'art. 9, par. 2, lett. g) e i), GDPR (cfr. art. 75, Codice protezione dati personali; cons. 46, GDPR).

La disposizione in parola, tuttavia, non definisce in dettaglio quale sia il motivo di interesse pubblico in base al quale l'ordinamento interviene a predisporre un sistema di allerta di carattere esclusivamente volontario.

In altri termini, l'art. 6 stabilisce qual è il fine e quali sono i caratteri del sistema di allerta, ma non si diffonde a delineare quale sia il fondamento giuridico in base al quale lo Stato interviene a disciplinare ed a costituire tale sistema di allerta.

Se il motivo di interesse pubblico fosse di adottare misure di contrasto alla diffusione del virus, allora risulterebbe peculiare, e anche contraddittorio, un trattamento dei dati personali non obbligatorio per tutti. Si tratterebbe infatti di un caso assimilabile in qualche modo a quello delle cd. vaccinazioni obbligatorie o, al ricorrere dei presupposti, della cd. quarantena.

Invece, l'art. 6 sembra disciplinare e prefigurare uno strumento diverso e non assimilabile alle vaccinazioni obbligatorie e in effetti va sottolineato che le fattispecie, allo stato, differiscono sensibilmente: la funzionalità del sistema di allerta è in grado, al massimo, di accertare di essere stati prossimi a persone infette, di anticipare in tal modo la diagnosi e, se del caso, la cura. Il vaccino invece evita, di norma, di contrarre la malattia.

Pertanto, è necessario rileggere il c. 1 dell'art. 6 e individuare altre ipotesi plausibili sull'effettivo 'motivo di interesse pubblico' che anima la costituzione del sistema di allerta.

In questa prospettiva è opportuno osservare – come si è già autorevolmente rilevato [Colapietro, Iannuzzi 2020] – che il sistema di allerta si basa, con ogni evidenza, sulla iniziativa spontanea e sulla collaborazione *in chiave solidaristica* fra gli utenti: installando e mantenendo installata la app e, qualora ve ne siano i presupposti, inserendo il codice che segnala il proprio contagio, essi consentono di tracciare i contatti con gli altri utenti e quindi di venire a (e offrire) conoscenza di un possibile contatto con persone contagiate, con tutto quanto ne consegue.

Si sarebbe portati a ritenere, pertanto, che lo Stato, istituendo l'infrastruttura digitale necessaria, disciplina, promuove e sostiene questo sistema di allerta, fondato sull'autonoma e volontaria adesione degli utenti, in quanto espressione del generale principio di solidarietà applicato, in questo caso, al settore del

diritto alla salute (artt. 2 e 32 Cost.) e del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, c. 4, Cost.).

Mentre il riferimento agli artt. 2 e 32 Cost. appare facilmente comprensibile, forse è opportuno spendere qualche parola sull'art. 118, c. 4 Cost. Infatti, la disposizione costituzionale da ultimo citata è chiarissima nell'affermare che lo Stato e gli altri enti territoriali hanno il compito di favorire l'iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale. In questo caso, invece, è lo Stato che assume l'iniziativa e i cittadini, semmai, liberamente aderiscono. Tuttavia, in assenza di una infrastruttura di base come sarebbe pensabile che i cittadini possano promuovere una attività di interesse generale di questo tipo?

In questo settore, in assenza di un preliminare e pregiudiziale intervento pubblico, che ha ad oggetto la parte regolatoria e la parte infrastrutturale del sistema di allerta, francamente può rivelarsi arduo immaginare la realizzazione di un sistema di allerta nazionale da parte dei cittadini. Una volta realizzata e disciplinata l'infrastruttura necessaria, la sua operatività può essere – come avviene esattamente nel caso di specie – interamente lasciata all'autonoma iniziativa dei cittadini, che i poteri pubblici favoriscono proprio attraverso l'istituzione dell'infrastruttura del sistema di allerta. In altri termini, pertanto, con la creazione del sistema di allerta lo Stato pone le condizioni affinché la libera iniziativa dei cittadini, per il perseguimento di finalità di interesse (particolare e) generale, possa essere esercitata. E in effetti la disciplina positiva dettata dall'art. 6 lascia chiaramente intendere che il sistema di allerta, essendo esclusivamente su base volontaria, potrebbe essere costituito ma non utilizzato da nessuno.

Queste considerazioni, appena accennate, in merito al fondamento giuridico-costituzionale del motivo di interesse pubblico del trattamento dei dati personali derivante dal sistema di allerta di cui all'art. 6, e in particolare il riferimento non scontato al principio di sussidiarietà orizzontale, possono avere una funzione rilevante, in quanto costituiscono un parametro ed un criterio formale utile a delineare il contenuto e l'ambito dell'intervento statale in materia e, soprattutto, a verificare il rispetto del principio di proporzionalità nel trattamento dei dati personali

degli utenti per finalità di tutela della salute. Si intende ipotizzare pertanto che il fondamento giuridico e la ratio della disciplina dell'art. 6 risiedono nel favorire l'esercizio del principio di solidarietà fra le persone e nell'incentivare l'utilizzo in ambiente digitale di forme ulteriori di tutela del diritto alla salute, fondate sulla iniziativa autonoma delle persone, in base agli articoli 2, 32, 118 c. 4, della Costituzione, e nel rispetto degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Un ultimo inciso. La esplicita individuazione del motivo di interesse pubblico in riferimento all'art. 6 sarebbe importante anche come 'precedente normativo'. Qualora, in un futuro che nessuno auspica, dovesse rivelarsi necessario utilizzare questi stessi strumenti, o strumenti analoghi, con modalità e per finalità diverse da quelle attuali, il legislatore non potrebbe utilizzare questa stessa base giuridica e dovrebbe individuarne una nuova e diversa. Ciò potrebbe rivelarsi, sotto molteplici aspetti, rilevante per l'evoluzione dell'ordinamento e per identificare i tratti del bilanciamento normativo fra i diritti fondamentali in gioco intorno al tema del cd. *digital tracing*.

3. Il sistema di allerta, i suoi elementi costitutivi e le differenti esigenze di disciplina (c. 1, 5, 6)

L'art. 6 è rubricato "Sistema di allerta Covid-19". Si tratta – a quanto consta – del primo esperimento del genere nel nostro Paese.

È particolarmente importante, di conseguenza, specificare con chiarezza da quali componenti è costituito questo sistema di allerta, poiché ciò ha conseguenze rilevanti, ai fini della protezione degli interessi pubblici e privati e di una corretta e ragionevole disciplina normativa.

Il sistema di allerta è costituito da 3 elementi fondamentali: 1) la piattaforma unica nazionale (poi anche denominata 'piattaforma informatica', 'piattaforma di cui al c. 1' o solo 'piattaforma'), 2) un'apposita applicazione e, per definizione, 3) i dati degli utenti che volontariamente la utilizzano.

Si ha un trattamento di dati personali, che conduce all'esigenza di adottare l'articolo 6 quale base giuridica del tratta-

mento, proprio in quanto si realizza l'interazione fra i 3 fattori costitutivi del sistema di allerta (piattaforma, applicazione, dati personali).

Tuttavia, deve essere sottolineato che l'esistenza della piattaforma e della applicazione, in assenza di informazioni personali riferibili agli utenti, non darebbe luogo ad alcun trattamento di dati personali e quindi non sarebbe soggetta alla disciplina del GDPR.

La piattaforma, infatti, costituisce un *asset* materiale e immateriale che di per sé è neutro, e potrebbe essere utilizzato per trattare dati non personali. Così come – in astratto – l'applicazione informatica che se ne avvale. Ad es. l'applicazione potrebbe utilizzare la piattaforma per trattare dati non personali derivanti dallo scambio di informazioni *machine to machine* – si pensi agli strumenti applicativi della cd. industria 4.0.

Da queste considerazioni derivano una serie di osservazioni in ordine alla disciplina di cui all'art. 6.

La prima. La formulazione attuale del c. 1 è migliorabile, in quanto questi tre autonomi elementi del sistema non sembrano individuati in modo sufficientemente chiaro. Infatti, parafrasando con qualche licenza poetica il c. 1, il sistema di allerta Covid-19, è costituito da (1) una piattaforma unica nazionale (2) per la gestione dei dati personali dei soggetti che, a tal fine, hanno installato, su base volontaria, (3) un'apposita applicazione sui dispositivi di telefonia mobile. È l'interazione fra questi tre fattori costitutivi che costituisce il sistema di allerta.

La seconda. Chiariti gli elementi costitutivi del sistema di allerta è opportuno individuare con altrettanta chiarezza i soggetti che sono responsabili della gestione della piattaforma e della gestione della applicazione, sia ai fini della applicazione del GDPR (poiché si tratta di una informazione che, con ogni probabilità, è opportuno fornire a tutti gli interessati), sia ai fini della corretta gestione di *asset* di titolarità o disponibilità pubblica.

A questo riguardo, il Ministero della Salute è titolare del trattamento e si coordina con una ampia serie di altri soggetti «per gli ulteriori adempimenti necessari alla gestione del sistema di allerta» (c. 1); il c. 5 stabilisce che la piattaforma è realizzata dal Commissario straordinario con infrastrutture gestite da SOGEL.

Tuttavia, nulla si dice in ordine al soggetto che gestisce la piattaforma, una volta realizzata.

Su questo aspetto sarebbe opportuno identificare, almeno, il soggetto cui spetta la gestione della piattaforma, in modo da creare un quadro chiaro in ordine alla realizzazione, gestione, titolarità del trattamento dei dati personali raccolti attraverso le infrastrutture materiali e immateriali della piattaforma.

La terza attiene ad un aspetto centrale e strategico. Il c. 6 stabilisce che «l'utilizzo della applicazione e della piattaforma nonché ogni trattamento di dati personali ... sono interrotti alla data di cessazione dello stato di emergenza» e che «non oltre il 31 dicembre 2020 ... tutti i dati personali trattati devono essere cancellati o resi definitivamente anonimi».

La disposizione costituisce senz'altro una garanzia importante per quanto concerne il trattamento dei dati personali. Potrebbe essere ragionevole in riferimento all'utilizzo dell'applicazione, se non è possibile sfruttarla ad altri fini (ovviamente estranei al trattamento di dati personali).

Ma – una volta cancellati tutti i dati personali – non si comprende per quale ragione dovrebbe essere interrotto l'utilizzo della piattaforma in quanto tale, cioè di una infrastruttura materiale e immateriale pubblica funzionante, localizzata sul territorio nazionale. Certamente, non si tratta di una disposizione a tutela dei dati personali, che a quel punto sono stati cancellati o resi definitivamente anonimi.

L'aspetto concernente l'infrastruttura e la sua rilevanza strategica appare sottovalutato da questa disposizione e, più in generale, non adeguatamente considerato in questo momento storico in Italia. Non si tratta solo di una considerazione personale, ma di una osservazione che tiene conto di quel che sta accadendo, ad esempio, in seno all'Unione europea. Forse sarà una mera coincidenza temporale, ma il 4 giugno 2020, su iniziativa dei Ministeri dell'economia tedesco e francese, è stata presentata la piattaforma GAIA-X, ovvero a *Franco-German pitch towards a European data infrastructure*. Nella articolata descrizione della piattaforma, presente nell'apposito sito con una molteplicità di dettagliate pubblicazioni, si rende immediatamente noto che l'iniziativa franco-tedesca è volta a istituire una infrastruttura

digitale per accogliere i dati europei in «un sistema sicuro e federato che soddisfa i più alti standard di sovranità digitale».

Un sistema franco-tedesco per i dati europei, che garantirà la sovranità digitale, genericamente intesa: vi si ricomprende anche la sovranità digitale italiana?

Come è evidente, il tema della infrastruttura digitale nazionale e dei connessi temi della disponibilità/titolarità/localizzazione/sovranità dei dati è una questione che in questa fase è venuta prepotentemente alla ribalta, anche perché non è un segreto che i ritardi nella messa in opera della app *Immuni* sono dovuti anche alla difficoltà di individuare una alternativa infrastrutturale credibile, con il relativo *know-how*, a quella offerta dai giganti del web (Apple e Google, in particolare; sul tema, che qui non si può approfondire: cfr. Colapietro-Iannuzzi). Tuttavia, l'iniziativa franco-tedesca, affidata ai rispettivi Ministeri economici – seppur volendo utilizzare tutta la prudenza che si è pretesa – mostra che il tema della piattaforma digitale nazionale è strategico.

Non sembra che la disposizione in commento colga questo profilo, laddove dispone da un lato l'esigenza di realizzazione di una piattaforma digitale, che costituisce una infrastruttura materiale e immateriale nazionale, e poi ne inibisce l'utilizzo pur dopo che si è concluso il trattamento dei dati personali.

In realtà, seppur sommessamente, si osserva che la piattaforma potrebbe essere la base per la costruzione, o l'implementazione, di una infrastruttura nazionale strategica e come tale dovrebbe essere considerata autonomamente e oggetto di specifica disciplina.

4. Il ruolo delle Regioni e dei Servizi sanitari regionali nel sistema di allerta (c. 1)

Il sistema di allerta e la sua effettiva funzionalità poggia sul corretto funzionamento dei Servizi sanitari regionali (SSR).

In particolare, l'allerta derivante dall'utilizzo della app è volta a condurre rapidamente la persona esposta al virus a verificare se ha contratto il virus. In caso di effettivo contagio – come si evince dal sito della app *Immuni* – la persona può decidere di

caricare sulla piattaforma le chiavi crittografiche appositamente associate al suo dispositivo. Questo processo, tuttavia, richiede che l'utente detti il codice OTP (One Time Password o password monouso) che si trova nell'apposita sezione dell'app all'operatore sanitario che gli ha comunicato l'esito del tampone. Solo in quel momento il codice verrà validato e l'utente potrà quindi procedere al caricamento. Pertanto, di fatto è proprio attraverso un operatore sanitario – di norma, un dipendente del SSR – che viene validato il codice attraverso il quale l'utente può attivare il sistema di allerta per tutti gli altri utenti interessati.

Ciò comporta che il modello di verifica del contagio (la modalità e la tempestività con cui i SSR accertano il contagio) è particolarmente rilevante ai fini della corretta funzionalità del sistema di allerta.

A quanto si comprende, le Regioni adottano criteri e metodi diversi per verificare il contagio, che possono comportare sia tempi diversi di accertamento, sia percentuali di errore diverse (falsi positivi e falsi negativi): tutti aspetti che influiscono, in assenza di un coordinamento efficace fra Ministero della salute (Titolare del trattamento) e Regioni (Responsabili del trattamento, ai sensi dell'art. 28, GDPR?), sulla funzionalità del sistema di allerta, sul connesso trattamento dei dati personali e sui diritti degli utenti (fra cui, secondo gli artt. 13 ss. del GDPR, si ricordino: diritto alla trasparenza, diritto di rettifica, diritto di limitazione e cancellazione, diritto di opposizione).

Sotto questo profilo, pertanto, il coinvolgimento delle Regioni appare necessario, al fine di garantire la funzionalità del sistema di allerta e il rispetto dei principi e diritti sanciti dal GDPR.

In questo senso, la disposizione del c. 1 non sembra tener conto in modo adeguato della necessaria integrazione del ruolo del sistema (sanitario) regionale nel sistema di allerta nazionale: le singole Regioni sono contemplate solo in quanto ed insieme agli altri soggetti del Servizio nazionale di protezione civile e la Conferenza Stato-Regioni viene solo informata periodicamente sullo stato di avanzamento del progetto.

Il rischio, pertanto, è che alcune delle problematiche nei rapporti Stato-Regioni emerse durante la pandemia riaffiorino nella fase di gestione del sistema di allerta [Di Cosimo, Menegus 2020].

Tutto questo conferma che la visione di fondo del sistema di allerta nazionale, di cui all'art. 6, appare limitata alla gestione del problema della limitazione del contagio e non si apre ad una visione più ampia, in cui la nascente infrastruttura possa sopravvivere alla emergenza ed essere un laboratorio fecondo di una nuova modalità di relazione fra lo Stato e le Regioni. Si pensi, a questo riguardo, che non sembra essere stato previsto, finora, alcun coordinamento fra la disposizione di cui all'art. 6 e le disposizioni del decreto legge n. 34/2020 (cd. Rilancio), che nel Titolo I ("Salute e sicurezza") contiene molteplici previsioni in materia di Fascicolo sanitario elettronico e, più in generale, si occupa diffusamente di digitalizzazione pubblica.

5. I rischi derivanti dal trattamento e dalla costituzione della piattaforma, per l'interessato (protezione e sicurezza dei dati personali) e per la sicurezza cibernetica dello Stato

L'art. 6, c. 2, si riferisce ai rischi del sistema di allerta con esclusivo riferimento ai rischi elevati per i diritti e le libertà degli interessati del trattamento di dati personali, presupposto – ai sensi dell'art. 35 del GDPR – per procedere alla valutazione di impatto sulla protezione dei dati.

In realtà, l'istituzione del sistema di allerta di cui all'art. 6 comporta essenzialmente 3 tipologie di rischi, di diversa natura.

I primi due sono connessi con il problema della protezione dei dati personali (la protezione e poi la sicurezza dei dati personali degli utenti), il terzo concerne la tutela della sicurezza cibernetica dello Stato e dell'interesse nazionale a costituire e mantenere una piattaforma nazionale (infrastruttura materiale e immateriale) sicura ed efficace (sicurezza della infrastruttura digitale nazionale).

L'individuazione dei rischi e delle relative tipologie è funzionale ad identificare i soggetti, dotati di specifiche competenze, che debbono coadiuvare il titolare del trattamento e il gestore della infrastruttura a garantire la sicurezza e la protezione dei dati. Nel primo caso si tratta del Responsabile per la protezione dei dati personali (il cd. DPO); nel secondo caso si tratta dei soggetti che garantiscono la sicurezza cibernetica dello Stato.

Sulla base dell'attuale formulazione dell'art. 6, spetta al Ministro della salute, in qualità di titolare del trattamento, considerati i rischi per la protezione e per la sicurezza dei dati derivanti dal trattamento dei dati personali attraverso il sistema di allerta Covid-19, individuare un Responsabile per la protezione dei dati personali, ai sensi degli articoli 37 e seguenti del GDPR. Spetterebbe invece al Commissario straordinario, considerati i rischi per la sicurezza cibernetica dello Stato, individuare opportune misure tecniche e organizzative sin dalla fase di progettazione e realizzazione della piattaforma e dei relativi programmi informatici.

In questo modo, si può tenere conto – come in passato mi era capitato di sottolineare – del fatto che in ambito pubblico il *digital by default standard* e la *privacy by design e by default* dovrebbero essere implementati in parallelo, rispondendo a profili ed esigenze di tutela in parte coincidenti, in parte distinte, ma di cui è sempre necessario tenere conto simultaneamente, in anticipo e per impostazione predefinita, per evitare danni gravi alle persone e/o ai non meno rilevanti interessi pubblici.

Sotto questo profilo, si conferma una difficoltà di fondo del nostro ordinamento a coniugare i processi di digitalizzazione pubblica con i principi della protezione dei dati personali. Si tratta infatti di due facce della stessa medaglia, che tuttavia sembrano considerati e disciplinati in modo separato.

6. *Diritti da non dimenticare. Minori e persone decedute*

Alcune osservazioni vanno dedicate agli aspetti meritevoli di tutela nella prospettiva della valutazione di impatto delineata dall'art. 6, c. 2, e in particolare la specifica considerazione dell'informativa da rendere ai minori e l'opportunità di riconoscere esplicitamente la titolarità dei diritti riconosciuti dal GDPR non solo agli interessati, ma anche agli interessati che siano deceduti, come previsto dal vigente Codice per la protezione dei dati personali (ma non dal GDPR).

Sotto il primo profilo, il sistema di allerta si rivolge a tutti, per definizione, ivi compresi i minori. Per costoro sarebbe sensato adottare specifiche modalità informative, come peraltro

previsto proprio dal Codice per la protezione dei dati personali con una disposizione dedicata ai trattamenti per cui è richiesto il consenso del minore (art. 2-quinquies, c. 2, d. lgs. 196/03), ma contenente riferimenti specifici alla modalità con cui il titolare del trattamento è tenuto a redigere l'informativa (e cioè «con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esauritivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore»), che in questo caso potrebbero rivelarsi opportuni. In realtà, non mancano – a quanto consta – le competenze all'interno dell'amministrazione statale per svolgere un compito siffatto (cfr., ad es., <<https://www.generazioniconnesse.it/site/it/safer-internet-centre/>>).

Sotto il secondo profilo, le ragioni che inducono a istituire il sistema di allerta rendono evidente che il problema dei diritti degli interessati poi deceduti potrebbe rivelarsi reale e, purtroppo, non episodico.

Sotto questo profilo, sulla scia di quanto previsto dall'art. 2-terdecies del Codice per la protezione dei dati personali, non sarebbe affatto errato estendere esplicitamente l'esercizio dei diritti riconosciuti agli interessati anche ai soggetti contemplati nella disposizione citata. E, in ogni caso, non sarebbe inutile una disposizione normativa dell'art. 6 che disciplinasse, in modo specifico e se del caso articolato, questa fattispecie.

7. Conclusioni, cioè domande aperte

Con ogni probabilità il dibattito parlamentare intorno alla conversione in legge dell'art. 6, d.l. 28/2020, non terrà conto di nessuno degli aspetti e dei temi sin qui evocati. A quanto consta, il Senato ha approvato il disegno di legge di conversione senza introdurre alcuna modifica all'art. 6, ed ora il disegno di legge è all'esame della Camera dei deputati.

Potrebbe non essere un male, in quanto non è facile affrontare temi articolati, che necessitano di un approfondimento, nell'ambito di una discussione frettolosa come quella che tipicamente si sviluppa in sede di conversione in legge di un d.l.

Resta la domanda di come, progressivamente, potrà coniugarsi l'esigenza di approntare le infrastrutture digitali della so-

cietà dei dati, con il tema della sovranità cibernetica dello Stato e della protezione dei dati personali. Questa domanda, come in parte si è cercato di descrivere, si dipana in una molteplicità di quesiti, che spaziano dai rapporti fra lo Stato e le Regioni, ai diritti delle persone, al ruolo dei poteri pubblici, alla poliedricità dei profili connessi con la creazione di una infrastruttura digitale pubblica o di interesse pubblico.

È un bene che questi quesiti restino aperti, perché ci accompagneranno nei prossimi anni, ed è un bene che, andando come a tentoni, si avvii un lavoro certosino di indagine volto a prefigurare chiavi interpretative. Come per la pandemia, nessuno ha la risposta in tasca, ma tutti possiamo contribuire a cercarla. Perché queste domande, ormai, sono venute a cercarci.

Bibliografia essenziale

- S. Calzolaio, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale dell'amministrazione digitale*, «Giornale di Storia costituzionale», 1, 2016, pp. 185 ss.;
- S. Calzolaio, *Protezione dei dati personali (voce)*, «Dig. disc. pubbl.», agg., UTET, 2017, pp. 594 ss.;
- A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, «Osservatorio sulle fonti» (online), Fascicolo Speciale, 2020;
- C. Colapietro, A. Iannuzzi, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, «Dirittifondamentali.it», 2, 2020, pp. 803 ss., <<http://dirittifondamentali.it/2020/06/10/app-di-contact-tracing-e-trattamento-dei-dati-con-algoritmi-la-falsa-alternativa-fra-tutela-del-diritto-alla-salute-e-protezione-dei-dati-personali/>>, giugno 2020;
- G. De Minico, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, «laCostituzione.info», <<http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/01/virus-e-algoritmi-impariamo-da-unesperienza-dolorosa/>>, aprile 2020;
- G. Di Cosimo, G. Menegus, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, «Biolaw Journal», 2, 2020, <<https://www.biodiritto.org/content/download/3768/45243/version/1/file/03+Di+Cosimo+Menegus.pdf>>, giugno 2020;

- M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, «Rivista AIC», 2, 2020, <<https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/massimo-luciani/il-sistema-delle-fonti-del-diritto-alla-prova-dell-emergenza>>, giugno 2020;
- M. Plutino, “*Immuni*”. *Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, «Dirittifondamentali.it», 2, 2020, pp. 553 ss., <<http://dirittifondamentali.it/2020/05/26/%EF%BB%BFimmuni-unexposure-notification-app-alla-prova-del-bilanciamento-tra-tutela-dei-diritti-e-degli-interessi-pubblici/>>, giugno 2020;
- G. Resta, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza COVID-19*, «Giustizia Civile.com», Editoriale del 5 maggio 2020, <<http://giustiziacivile.com/soggetti-e-nuove-tecnologie/editoriali/la-protezione-dei-dati-personali-nel-diritto-dellemergenza>>, giugno 2020;
- L. Ricolfi, *La società signorile di massa*, Milano, La nave di Teseo, 2019;
- J. Sumption, *Coronavirus lockdown: we are so afraid of death, no one even asks whether this 'cure' is actually worse*, «The Sunday Times», 5 maggio 2020;
- V. Paganelli, *Immuni: spunti per una riflessione privacy-oriented*, «Questione giustizia», <https://www.questionegiustizia.it/articolo/immuni-spunti-per-una-riflessione-privacy-oriented_11-05-2020.php>, maggio 2020;
- S. Torregiani, *Il dato non personale alla luce del Regolamento (UE) 2018/1807: tra anonimizzazione, ownership e Data by Design*, «federalismi.it», 18, 2020.

Ninfa Contigiani

I soggetti socialmente ‘sensibili’ nel rigore delle ordinanze per il coronavirus (fase 1): l’eccezione necessaria nell’eccezionalità del contesto pandemico

SOMMARIO: 1. Gli strumenti normativi della pandemia – 2. I luoghi e i modi legislativi delle criticità (gli esempi concreti delle varie ordinanze regionali) – 3. Conclusioni

1. Gli strumenti normativi della pandemia

Come è ormai noto non solo ai costituzionalisti l’emergenza pandemica che abbiamo appena vissuto e niente affatto terminata ha visto il Governo del nostro paese adottare diversi e in alcuni casi particolari strumenti normativi per affrontarla.

Essi giustificati dallo stato di ‘necessità e urgenza’ richiesto dalla nostra Costituzione hanno comportato una forte limitazione dei diritti fondamentali di libertà dalla stessa Costituzione protetti.

In particolare, di maggiore evidenza dal punto di vista delle limitazioni, è stato il divieto di muoversi liberamente, dichiarato a livello statale e regionale in circostanze diverse e per aree diverse, quale primario strumento di contenimento del contagio oltre all’uso dei dispositivi di sicurezza e al distanziamento fisico. Sulla questione dell’allontanamento dal proprio comune, (nella zona particolarmente colpita della Lombardia) disposto dal decreto del 23 febbraio (DL 6/2020) e quindi con fonte primaria, il contrasto con l’art. 16 della Costituzione non è sembrato particolarmente critico in quanto limitato, ma per il divieto di mobilità infra-comunale disposto invece dal DPCM dell’8 marzo (an-

cora per la Lombardia) proprio i costituzionalisti hanno avuto modo di cominciare a discutere dell'appropriatezza dell'uso di questo strumenti, tanto più che quel divieto fu esteso il 9 marzo sempre con DPCM all'intero territorio nazionale.

La criticità riguardante la scelta di una fonte normativa secondaria, di natura amministrativa, ha sollecitato un certo dibattito che si è acceso ulteriormente quando è entrato in gioco anche il livello della potestà regionale che ha evidenziato ancor di più le ambiguità del rapporto Stato-Regioni presenti ancora oggi nonostante la oramai vecchia di vent'anni riforma del Titolo V della Costituzione.

Su questo dibattito di fondo, la nostra riflessione nell'immediatezza delle vicende ancora in atto viene ad assumere necessariamente un tono piuttosto empirico di considerazione di profili critici che le strutturali caratteristiche appiattenti dell'emergenzialità e della urgenza hanno manifestato già dentro alla c.d. fase 1 del 'tempo-Covid' se così lo vogliamo chiamare.

Ciò su cui vogliamo porre l'attenzione è il problematico rapporto emerso tra il paradigma giuridico-normativo dell'emergenza pandemica e il profilo 'sociale' della disabilità.

La delicata e allo stesso tempo complessa condizione della disabilità (assodata e certificata ma in particolare riferita al livello relazionale e comportamentale, quindi mentale, pure senza dimenticare quella fisica) è per definizione condizione di diversità e come tale già in ottica teorica sembra mal rapportarsi con la condizione della 'necessità ed urgenza' finalizzata alla tutela della salute pubblica nei momenti eccezionali in cui quest'ultima è sotto minaccia oggettiva. Tuttavia, la disabilità come diversità, in ottemperanza ai riconoscimenti nazionali e internazionali della dignità umana oltre che alle normative di riferimento dell'ambito sociale professionale nel nostro Paese, va trattata allo scopo di evitare che essa sia fonte di discriminazione in un corollario di interventi che debbono sempre puntare all'uguaglianza sostanziale.

Ciò tenendo conto che già a Marzo del 2020 L'Organizzazione mondiale della sanità ha individuato nella disabilità una parte così rilevante e sensibile della popolazione da dedicare ad essa delle considerazioni di merito su come mitigare l'impatto

del Covid-19 con azioni appropriate e misure di protezione da tenere dai diretti interessati.

Nel contesto di strumenti 'eccezionali' per la gestione della pandemia (DL, DPCM, Ordinanze dei Presidenti di Regione) quanto spazio ha avuto la condizione di disabilità riconosciuta nelle sue varie forme? La disabilità fisica, mentale, relazionale, culturale, sociale, che lede strutturalmente l'autonomia del soggetto che varie misure di welfare tendono a riportare nell'ordinario, è un'eccezione nell'emergenza cui dedicare provvedimenti appositi? si può riconoscere nei suoi caratteri di ordinaria diversità un valore specifico e considerarla 'ipso facto' un'eccezione rispetto alle limitazioni dei diritti fondamentali di tutti?

Il ragionamento sembra paradossale ma non lo è negli aspetti, come dicevamo, empirici e concreti dell'esperienza vissuta da una parte rilevante della popolazione perché dietro ad ogni disabile, ancor di più in questo contesto, ci sono familiari che possono anche a loro volta essere soggetti sensibili, socialmente e – come in questo caso – sanitariamente se, per esempio, anche particolarmente anziani o in condizioni economiche molto difficili.

Due ci sembrano essere state le questioni da attenzionare dal punto di vista giuridico e poi sociale quindi, da un lato i caratteri prevalentemente monocratici dei provvedimenti (DPCM e Ordinanze regionali presidenziali), dall'altro lo spostamento dal merito della diversità-disabilità alla sua sostenibilità economica, nel momento dell'intervento dedicato e del guadagno di qualche primaria consapevolezza istituzionale.

In primis infatti va considerato che come è consono alle situazioni emergenziali che comportano sempre la necessità di velocità della decisione politica, gli strumenti normativi che più hanno avuto rilievo nella gestione della pandemia (in particolare nella fase più acuta, la prima) sono strumenti normativi monocratici. Certo esistono regole e prassi di condivisione che servono a non far diventare arbitrio ciò che deve essere efficacia decisionale ma la cornice contestuale richiede *la reductio ad unum* del detentore della decisione politica.

Così, nello sbilanciato uso del DPCM al posto del DL adoperato dal Presidente del Consiglio dei Ministri è stato possibile

rilevare la totale priorità assegnata alle ragioni della difesa della salute pubblica nonostante le gravosissime implicazioni di profilo economico, è stato di fatto e di diritto impossibile insinuare qualsiasi tipo di ulteriore considerazione sulla complessità oggettiva delle condizioni personali toccate. E forse non dovrebbe, ma ciò può in qualche modo sorprendere se si consideri che l'Italia è annoverata tra i paesi più avanzati nel campo dell'affermazione dei diritti delle persone con disabilità. Il nostro ordinamento, infatti, già con la legge 5 febbraio 1992, n. 104 ha inteso garantire il pieno rispetto della dignità e i diritti di libertà ed autonomia della persona con disabilità, attuando nel contempo il principio del *mainstreaming* in tutte le politiche ed i provvedimenti che possano riguardare la condizione di disabilità.

D'altro canto il 30 marzo 2007 l'Italia ha firmato la *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite* il 13 dicembre 2006, strumento – vincolante – segnato fortemente dall'intento di non tributare politiche ai disabili se non rispettose dell'adagio “niente su di noi, senza di noi”. Inoltre, con funzioni istruttorie e consultive, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri è istituito proprio un Ufficio per le Politiche in favore delle persone con disabilità che avrebbe potuto servire, dopo un iniziale momento di smarrimento, a riportare la giusta attenzione e considerazione nei provvedimenti emergenziali governativi.

A questa situazione ha fatto da contrappunto, nel già delicato e per certi versi ancora ambiguo rapporto tra Stato e Regioni seguito alla riforma del titolo V della Costituzione, l'Ordinanza del Presidente della Giunta regionale, atto generale proprio dell'organo monocratico, il Presidente, che debba imporre comandi o divieti che definiscano il comportamento da tenere a tutela di particolari interessi pubblici, superando le situazioni di 'eccezione' quali alluvioni, epidemie, pericoli per l'igiene e/o la salute pubblica, pure nel limite molto chiaro che anche in circostanza di 'necessità ed urgenza' non possono derogare alla legge.

Tuttavia, nella disciplina di governo dell'emergenza, dopo il contenimento 'lineare' che non ha tenuto conto di nessuna diversità e specificità, la consapevolezza dell'enorme impatto sui contesti della disabilità che sembra emergere in un secondo

momento si limita a trattarla solo dal punto di vista del welfare visto come sostegno economico nel DL 17 marzo 2020, n. 1. Il c.d. Decreto 'Cura Italia' è portatore in effetti di misure a favore delle famiglie con soggetti portatori di disabilità, misure a favore dei soggetti lavoratori disabili, permessi lavorativi ex L. 104/92, norme a favore di lavoratori con disabilità (sorveglianza attiva), congedi parentali per i genitori, lavoro agile per lavoratori disabili o familiari che li abbiano a carico se con disabilità grave, ma anche la chiusura dei centri diurni e il fermo delle prestazioni domiciliari.

Si tratta di tutte misure assistenziali, volte al sostegno indiretto e compensativo dei divieti imposti senza nessuna attenzione particolare alle condizioni di 'fragilità' del tutto particolari tipiche della disabilità relazionale, psichica, comportamentale e che di conseguenza scaricano sulle famiglie *prevenzione, cura e riabilitazione* quali compiti altrimenti dei servizi sanitari e sociali. In effetti, come dichiara il titolo del provvedimento, sono «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19» e non comportano consapevolezza o presa in carico alcuna del rischio di misconoscimento dei bisogni/diritti del disabile né dei rischi che l'impatto dell'isolamento sulla sua condizione possa provocare nel suo processo di cura e nella gestione di esso che lega inesorabilmente e sempre a lui la sua famiglia.

2. I luoghi e i modi legislativi delle criticità (gli esempi concreti delle varie ordinanze regionali)

A questo punto è importante, per coerenza con l'approccio che abbiamo detto essere empirico, delimitare in concreto le nostre riflessioni, meglio individuando il destinatario dei provvedimenti che abbiamo ritenuto in vario modo critici.

Nel Preambolo della Dichiarazione dei diritti dei disabili ONU lett. E) «si riconosce che la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla

società su base di uguaglianza con gli altri»; alla lett. I) si individua nitidamente «la diversità delle persone con disabilità», mentre all'art. 1 c.2: «Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri».

Questa premessa definitoria è importante se a questo punto del ragionamento guardiamo alla vicenda delle riforme che hanno portato alla legge quadro sull'assistenza integrata del 2000 per il significato e lo spirito di esse e al loro intersecarsi con la distribuzione delle materie nei rapporti tra Stato e Regioni tra esclusive e concorrenti. In effetti la 'assistenza sociale' cui fanno riferimento tutti i servizi sociali per come si sono andati definendo negli ultimi anni, secondo lo specificarsi della loro 'professionalità', non è materia di potestà legislativa statale né concorrente (Cost. art. 117 c.2), il che significa che ne è conseguita la sua devoluzione alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni.

Dopo il rinnovamento stimolato dall'istituzione delle Regioni negli anni Settanta vari sono stati i momenti di riforma dello scopo e della concezione organizzativa dei Servizi sociali. Importante fu il passaggio delle funzioni amministrative e delle competenze dell'organizzazione di essi ai Comuni con il Dpr 6161/1977 ma ancor di più, nella nostra prospettiva, per la vicinanza ai bisogni che voleva indicare, la legge Bassanini, L. 59/1997 sul principio di sussidiarietà con la titolarità delle decisioni ai Comuni ma nella collaborazione tra pubblico e privato.

Centrale, nel nostro ragionamento attuale, l'approdo ai servizi di oggi, la legge quadro sull'assistenza integrata L. 328/2000 che giusto un anno prima della riforma del Titolo V della Costituzione (L.cost. 3/2001) ridisegna completamente un sistema ancora frammentato e non del tutto consapevole della propria autonomia, come pure della prospettiva della sempre più necessaria professionalizzazione e scientificità metodologica. L'ambiguità iniziale sulle competenze rispetto al valore della legislazione nazionale, viene tutto sommato presto chiarita in favore della competenza esclusiva delle Regioni che, a partire da questo, possono programmare, definire nei contenuti e sostenere

finanziariamente l'ambito del servizio sociale secondo la propria autonoma decisione.

Le Politiche di comunità e di *Caring Society* possono trovare finalmente riscontro attraverso stimoli più o meno evidenti impressi dalla guida politica regionale all'insieme dei bisogni e dei disagi del territorio. Il profilarsi, non più dell'attuazione di astratte decisioni calate dall'alto in una direzione uniformante che nella post-modernità tende ancora ad appiattare piuttosto che a trattare, ma di una *governance* orizzontale tra più soggetti autonomi (pubblici e privati) sull'obiettivo (chiunque o quale fosse il disagio) nell'ottica di una sussidiarietà (verticale e/o orizzontale) è diretto a portare una consapevolezza del tutto nuova all'operatore riguardo i bisogni del territorio e la capacità di una loro valorizzazione finalizzata alla realizzazione di quel presidio 'esistenziale' che è il principio di uguaglianza formale e sostanziale cui l'agire politico-sociale deve sempre mirare.

Ciò che più mi interessa, con la suddetta riforma, è l'acquisizione definitiva del Principio di personalizzazione e individualizzazione degli interventi di risposta sociale che presiede alla riconosciuta centralità dei diritti della persona acquisita in fine anche nei Servizi sociali, come modalità moderna e lucida di investire sulle persone in condizione di fragilità o in condizioni di strutturale bisogno come nel caso della persona disabile.

È riguardo a tutto questo che, nel sostanziale misconoscimento degli interventi sul Covid-19 del livello statale, sembrano far riferimento alcune Ordinanze regionali. Si tratta di quelle che hanno aperto la strada a contemplare – nonostante la pandemia – l'acuzie e l'iperbole a cui il contesto della disabilità sarebbe stato sottoposto dalla risoluzione della 'chiusura' di tutti i servizi socio-sanitari (insieme a commercio e industria) e ancor di più dal divieto di spostamento anche infra-comunale legittimamente predisposto, nonostante l'art. 16 del testo costituzionale.

Ciò nonostante c'è da chiedersi se sia possibile che l'Ordinanza, quale strumento normativo orientato alla funzione preventiva e di contenimento può 'dimenticare' lo stato oggettivo e perenne di disabilità, se essa sia o meno lo strumento giusto per non azzerare la 'diversità' del soggetto disabile, spesso non au-

tonomo e comunque in perenne condizione di necessità. Certo si tratta di uno stato in strutturale contraddizione con i requisiti di 'necessità e urgenza' che legittimano le decisioni politiche in fase pandemica. Eppure, non è possibile non considerare che secondo quel principio suddetto della personalizzazione e individualizzazione degli interventi sociali lasciare agire l'appiattimento emergenziale vorrebbe dire trattare come uguale chi uguale non è, rendere uguale ciò cui è stato invece formalmente riconosciuto il valore della diversità.

Non in tutte le regioni sono state infatti prese in considerazione le condizioni critiche dei soggetti 'socialmente sensibili' e non in tutte nell'immediato. Più spesso la risposta normativa è giunta dopo pressioni arrivate dal mondo degli operatori sociali e del Terzo settore, capaci di interfacciarsi più delle singole famiglie con le istituzioni regionali. Prendiamo ad esempio tre casi rappresentativi a livello territoriale ed anche in quanto a differente misura dei contagi (diffusissimi e di maggiore permanenza in Lombardia, diffusi ma sostanzialmente sotto controllo nelle Marche, relativamente bassi nella regione Campania come, nei fatti, in quasi in tutto il sud del paese).

La Regione Campania ha ritenuto dalla data del 17 marzo di riunire l'unità di crisi per affrontare le situazioni critiche espresse dal mondo dell'assistenza alle persone con disabilità e non autosufficienti, quindi con un livello di pandemia oggettivamente lontano dalla media delle regioni del centro-nord, piuttosto in anticipo ha già in quella sede dato indicazioni precise. Tra altro si è trattato e chiarito che ai soggetti «con disabilità psichica o patologie psichiatriche per la gestione delle crisi comportamentali legate alle loro patologie, è consentito uscire di casa con l'assistenza necessaria di un accompagnatore, limitando allo stretto necessario la permanenza fuori casa» e ovviamente con le misure di prevenzione quali distanziamento interpersonale e uso di mascherine. Si dichiara infatti che la casistica rientra nei casi di 'salute e estrema necessità' consentiti e si ribadisce che «l'accompagnatore avrà cura di portare con sé apposita autocertificazione».

Molto consapevole, nella curva pandemica già elevatissima, sembra essere stata la Regione Lombardia che nell'ultima de-

cade di marzo introduce disposizioni specifiche, benché addirittura con lo strumento della Direttiva, dichiarando che «La drastica restrizione o l'interruzione delle attività abituali, che sta riguardando l'intera popolazione, impatta fortemente sulle persone che presentano condizioni di elevata fragilità psichica e quadri associati a severi disturbi del comportamento per le quali, l'interruzione dei quotidiani rapporti con i contesti di cura socio-sanitari e di tutti quegli interventi 'informali' che incidono positivamente sulla loro salute, rischia di aumentare considerevolmente la condizione di vulnerabilità e stress». Le indicazioni riconoscono la «necessità e valutando i possibili rischi» di «brevi uscite accompagnate, come indispensabile azione di prevenzione e gestione delle crisi comportamentali». Tuttavia, a seguire, si considera tutto questo motivo per derivarne una «dettagliata autorizzazione certificativa dello specialista di riferimento (area neuropsichiatria dell'infanzia e dell'adolescenza, disabilità adulta e psichiatria) che ne indichi le modalità e la durata».

L'aggravamento della certificazione necessaria, di fronte ad uno stato di salute dell'interessato che non cambia dal punto di vista soggettivo essendo invece le condizioni intorno a lui a cambiare, è indizio di un'ansia di autotutela da parte dell'istituzione emanante, se così mi posso esprimere, nonostante si dichiari che tutto ciò è per «l'obiettivo di tutelare al massimo la persona». Da tanta premessa in effetti ne consegue che l'accompagnatore ha dovuto portare con sé, non solo l'autodichiarazione predisposta dal Ministero dell'Interno dichiarando che lo spostamento è stato per 'motivi di salute' ma ulteriormente «l'autorizzazione certificativa dello specialista di riferimento e copia del certificato di invalidità e/o certificazione che attesta la condizione di disabilità grave ai sensi dell'art. 3 c. 3 della legge 104/1992». Insomma, il governo punta sull'autocertificazione (e non entriamo nel merito di quel che è valsa, almeno senza accertamenti specifici sanitari sulle proprie e altrui condizioni di salute) ma per i soggetti più fragili e sensibili socialmente si arrivano a chiedere ben tre certificazioni, di cui una *ad hoc* e rilasciata dal medico specialista con tutte le complicazioni del momento dal punto di vista pratico e forse anche economico, stante

che non tutti gli interessati ne hanno sempre uno di riferimento. Quest'ultima in effetti potrebbe sembrare del tutto superflua se si considera che stiamo parlando di soggetti già 'riconsociuti' proprio ex L. 104/1992.

D'altro canto nelle Marche invece solo a fine mese di marzo, precisamente il 25 e il 26 del mese, il Presidente della Giunta regionale ha firmato due ordinanze dedicate specificatamente ai soggetti disabili. In particolare l'Ordinanza n. 15 del 25 marzo è diretta alle persone affette da autismo, in particolare agli «spostamenti dei conviventi con affetti da disturbo dello spettro autistico» e dispone che sia consentito «a nuclei familiari conviventi che hanno in casa figli o parenti o affini affetti da disturbo dello spettro autistico certificato dall'autorità sanitaria e dal quale derivino problematiche comportamentali gravi tali da imporre uscite esterne per il contenimento degli aspetti auto-aggressivi ed aggressivi, di potersi spostare oltre la prossimità della propria abitazione nei limiti del territorio comunale di residenza o domicilio, al solo scopo di consentire la migliore gestione del soggetto con disturbi autistici» (art. 1). In coerenza con quanto sopra, senza però aggravare ulteriormente il disagio delle famiglie coinvolte, l'art. 2 dell'ordinanza specifica che le condizioni definite sopra sono certificate dai servizi sanitari territoriali attraverso le unità multidisciplinari (UMEE e UMEA) che hanno già in carico la situazione. A seguire, il giorno 26 marzo, con nuova ordinanza, il Presidente della Regione Marche si spinge più in là occupandosi di coloro che potrebbero mostrare «problematiche comportamentali gravi tali da imporre uscite esterne per il contenimento degli aspetti auto-aggressivi ed aggressivi» dichiarando la possibilità che i soggetti in questione insieme ai loro accompagnatori possano spostarsi anche «fuori dei limiti del territorio comunale di residenza o domicilio in caso di necessità di accesso a luoghi di abituale frequenza da parte del soggetto certificato» consentendo dichiaratamente l'utilizzo dell'auto per circolare come da premessa dell'ordinanza stessa. La certificazione è secondo l'art. 2 anche in questo caso rilasciata da servizi sanitari territoriali (o dal Medico di Medicina Generale curante). Ciò che risulta interessante è che ad un solo giorno di distanza dall'ordinanza generale precedente,

l'ampliamento degli spostamenti possibili è esteso anche ai soggetti di cui all'ordinanza n. 15, che fanno pensare subito ad una 'rinnovata' consapevolezza dovuta a ulteriori solleciti e richieste dei rappresentanti dei coinvolti (familiari e/o operatori) che abbiano saputo rendere 'la concreta durezza della realtà' dopo l'intervento disposto dall'alto con sguardo istituzionale troppo generalista.

3. *Conclusioni*

Indirizzando l'attenzione alle criticità di ordine e misura diversi che hanno segnato la situazione dei soggetti socialmente sensibili nella fase acuta della pandemia non va dimenticato neppure il livello dell'esecuzione delle disposizioni che abbiamo preso in considerazione. C'è infatti da considerare quanto sulla disabilità presa in carico dalle norme regionali sia poi stata ulteriormente influente la rigidità da parte dell'esecutore cui, per definizione, non spetta la responsabilità del provvedimento (se non, ovviamente, per l'ambito penalistico).

Quanto le FFOO devono, e hanno, rigidamente applicato l'ordine impartito nelle ordinanze? I casi di cronaca hanno raccontato di non poche multe elevate ad accompagnatori e soggetti disabili in tutte le regioni, anche dopo che con Circolare del 31 marzo il Viminale ribadiva l'eccezione dello "stato di necessità e diritto alla salute" come giustificativi di comportamenti apparentemente in violazione delle norme di contenimento. In forza di quella responsabilità che ricade su chi gli ordini li impartisce, la misura del principio di ragionevolezza che l'esecutore può usare nella valutazione del singolo caso concreto di volta in volta è un confine molto labile oltre che di grande possibile differenziazione territoriale rispetto ad una uniforme gravosità della misura della sanzione che raggiungeva circa 500 euro. Inoltre, aspetto che non possiamo qui approfondire, la generale sensazione di paura che per certi versi può credersi funzionale al rispetto delle norme dalla generalità dei cittadini non è di sicuro totalmente ininfluyente nelle valutazioni concrete degli stessi esecutori. La paura degli altri, che possono eccipire e sindacare sulle decisioni punitive prese allertando l'opinione pubblica, ma

anche la paura propria degli esecutori è ragionevole immaginare che abbia potuto avere una sua influenza, più o meno cosciente.

Nel contesto giuridico dell'eccezione che limita fortemente i diritti soggettivi costituzionali, ci sembra di poter sottolineare come la formale rigidità delle ordinanze e la scelta 'tassonomica' di individuare alcune categorie sociali comportano molti rischi dal punto di vista sociale, tra cui anche quello di dimenticarne molte altre. Un particolare rischio è poi quello di far sembrare il profilo giuridico della questione frutto di una condizione di vuoto teorico e riflessivo rispetto alle circostanze che si sono verificate.

Voglio dire che la riflessione, anche avanzata dal punto di vista sociale, con cui il nostro Paese ha legiferato in tempi ordinari sulla disabilità non è stata però mai ponderata verso condizioni ordinamentali emergenziali e sullo sfondo di un paradigma dell'eccezione considerata come 'inclusiva' o 'esclusiva', ma che nel nostro discorso si moltiplica come 'eccezione' dell'«eccezione» a motivo dello «stato di necessità e di salute» dichiarato nel Modulo di autocertificazione del Ministero dell'Interno. La fase acuta della pandemia ha reso evidente la necessaria tempestività nella definizione delle condizioni (oltre che degli strumenti) che consentano l'accrescimento dell'inclusione e la sempre minore discriminazione delle persone con disabilità, a maggior ragione nelle fasi emergenziali.

Ora, vero è che la l. 328/2000 pone sul Comune il livello centrale decisionale ed attuativo del sistema integrato di interventi e servizi del servizio sociale, pure non è possibile non riprendere la competenza regionale di programmazione e indirizzo. Stante ciò, sarebbe auspicabile in capo all'Ente regionale predisporre una specifica programmazione riguardante quei cittadini che abbiamo definito soggetti socialmente sensibili per individuare, in fasi di complessità notevole e speciale, quelle azioni da porsi immediatamente in atto per non far decadere 'di fatto' tutto lo sforzo di personalizzazione e riconoscimento delle singole diversità impostato fino ai Piani di 'individualizzazione' previsti dalla suddetta legge. La Regione per via delle competenze costituzionali di cui abbiamo detto sopra, dovrebbe avere ben chiara la mappatura del disagio e del bisogno della disabilità come cate-

goria sociale. Pertanto, a scopo preventivo andrebbe definito un Piano regionale finalizzato ad eccipire l'eccezione, la condizione strutturale di diversità del disabile riconosciuta come un valore, così da non mettere in torsione di nuovo il profilo giuridico. In fondo, la democrazia può essere quella forma di governo in cui "ogni regola ha la sua eccezione".

Bibliografia essenziale

- C. Canullo, *Filosofia ed eccezione: riflessioni per una concezione eventuale*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, eum, 2011, pp. 125-140;
- G. Di Cosimo, G. Menegus, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, «BioLaw Journal», Special Issue, 1, 2020, <<https://www.biodiritto.org/content/download/3768/45243/version/1/file/03+Di+Cosimo+Menegus.pdf>>, giugno 2020;
- G. Di Cosimo, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, «laCostituzione.info», <<http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/22/tra-decreti-e-decreti-limportanza-di-usare-lo-strumento-giusto/>>, giugno 2020;
- G. Di Genio, *Una ordinanza regionale covid 19 come atto di iniziativa (proposta regionale) di DPCM*, «Dirittifondamentali.it», sezione Attualità, pubbl. 29 aprile 2020, <<http://dirittifondamentali.it/2020/04/29/una-ordinanza-regionale-covid-19-come-atto-di-iniziativa-proposta-regionale-di-dpcm/>>, giugno 2020;
- R.M. Fonseca, *Diversità e diritto. Questioni di metodo a partire da uno sguardo storico-giuridico*, in M. Meccarelli (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare tra diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid, Universidad Carlos III, 2016, pp. 177-196;
- La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 1, 2019, <<https://riviste.unimc.it/index.php/qspg/article/view/2233>>, giugno 2020;
- R. Morzenti Pellegrini, V. Molaschi (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2012.

Riferimenti normativi

- Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, [disabilita.governo.it, <http://disabilita.governo.it/it/convenzione-nazioni-unite/>](http://disabilita.governo.it/it/convenzione-nazioni-unite/), giugno 2020;
- Disability considerations during the COVID-19 outbreak*, World Health Organisation, <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Disability-2020-1>, giugno 2020;
- Emergenza Covid-19: Misure a sostegno dei cittadini con disabilità e loro familiari*. Spazio disabilità. Aggiornato al 20 aprile 2020 con collegamenti ipertestuali per la normativa, Regione Lombardia, <https://www.lombardiafacile.regione.lombardia.it/wps/portal/site/LombardiaFacile/DettaglioRedazionale/news/guida-covid19>, giugno 2020;
- Ordinanza n. 15 del 25 marzo 2020 del Presidente della Regione Marche, Regione.Marche.it, https://www.regione.marche.it/portals/3/Normativa%20Coronavirus/Ordinanze/Regione%20Marche_Ordinanza%20COVID_19_n%2015%20del%2025%20marzo%202020-signed.pdf, giugno 2020;
- Ordinanza n. 16 del 26 marzo 2020 del Presidente della Regione Marche, Regione.Marche.it, https://www.regione.marche.it/Portals/0/Salute/Coronavirus/Regione%20Marche_Ordinanza%20COVID_19_n%2016%20del%2026%20marzo%202020-signed.pdf, giugno 2020;
- Ordinanze e Chiarimenti della Regione Campania, Regione Campania, <http://www.regione.campania.it/regione/it/la-tua-campania/coronavirus-kyxz/ordinanze-del-presidente-della-regione-campania>, giugno 2020;
- News dell'Unità di crisi disabilità della Regione Campania, Regione Campania, <http://www.regione.campania.it/regione/it/news/primo-piano/coronavirus-assistenza-alle-persone-con-disabilit-e-non-autosufficienti-riunione-presso-l-unit-di-crisi?page=1>, giugno 2020;
- Raccolta delle disposizioni in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e Testo coordinato delle ordinanze di protezione civile, a cura del Servizio del contenzioso, Ufficio del Vice Capo del Dipartimento, Aggiornato al 24.03.2020, Gazzetta Ufficiale, <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12>, giugno 2020 oppure i Aranagenzia, https://www.aranagenzia.it/attachments/article/10397/TESTO%20UNICO%20COORDINATO%20COVID-19_24_3_2020.pdf,%20%3C20.6.2020%3E, giugno 2020.

Stefano Pollastrelli

Trasporti e turismo nell'emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive – 2. Sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Le diverse soluzioni rimediali ed effettività di tutela – 3. Disallineamento normativo ed esigenze di coordinamento – 4. Riconoscimento di forme di tutela. Il diritto di scelta

1. Osservazioni introduttive

L'emergenza pandemica globale causata dal Covid-19 e le conseguenziali e necessarie misure restrittive adottate dalle autorità volte al contenimento sanitario della diffusione del c.d. 'coronavirus' hanno fortemente inciso i diritti dei passeggeri alla mobilità, quale garanzia di rango costituzionale (art. 16 cost.), riducendo e, in alcuni ambiti quasi sopprimendo, i servizi di trasporto, in ambito nazionale ed europeo, ed, al contempo, garantendo, nel rispetto delle misure igienico-sanitarie, i servizi minimi essenziali.

In un simile scenario, caratterizzato sotto il profilo normativo da provvedimenti emergenziali restrittivi, derivanti da *'factum principis'*, appare necessario indagare sulla tenuta o meno dei rapporti negoziali, sorti prima o in concomitanza della fase epidemiologica, in materia di trasporti e viaggi turistici sotto il profilo della protezione dei diritti dei passeggeri.

La Commissione europea, con la Comunicazione del 18.3.2020 [C (2020) 1830 final] in materia di «Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei pas-

seggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19», ha avuto modo di specificare che il settore dei trasporti è da considerare uno tra quelli più gravemente colpiti dalla pandemia in atto, in quanto le restrizioni di viaggio, la chiusura di porti, aeroporti e stazioni ferroviarie, l'istituzione di zone di quarantena, in cui non è possibile il transito, lo sbarco o l'imbarco, hanno causato la cancellazione di numerosi viaggi, che difficilmente potranno essere realizzati; molti di questi non saranno più eseguiti, altri hanno perso la finalità propria della loro realizzazione e l'interesse dello stesso passeggero al loro compimento. Le medesime considerazioni valgono anche per i viaggi turistici o pacchetti turistici con destinazione Stati esteri che hanno al loro interno situazioni differenti dal punto di vista del contagio e delle consequenziali misure di contenimento.

In tale contesto, l'apparato normativo emergenziale italiano si sofferma a disciplinare le conseguenze e gli effetti dei contratti di trasporto e di viaggio turistici, connessi e collegati, riconoscendo la «straordinaria necessità e urgenza di adottare disposizioni in materia di trasporti» (così si legge nelle disposizioni iniziali del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, c.d. decreto 'Cura Italia'), lasciando la regolamentazione degli altri ambiti negoziali alla disciplina comune del codice civile.

2. Sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Le diverse soluzioni rimediali ed effettività di tutela

Sul piano dei rapporti negoziali, le discipline specialistiche, settoriali e di diritto comune, che spesso divergono in materia di trasporti, navigazione e turismo, si riassessano temporaneamente, in forza della particolare situazione emergenziale sanitaria, per convergere in un'unica soluzione normativa.

Il decreto legge 2 marzo 2020, n. 9 (che, va subito detto, non veniva convertito in legge e, successivamente, veniva abrogato dall'art. 1, comma 2, legge 24 aprile 2020, n. 27), in piena crisi emergenziale epidemiologica, all'art. 28, comma 1, prevedeva il rimedio risolutorio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c., ricorrendo la definitiva sopravvenienza di natura oggettiva dell'impossibilità della prestazione dovuta, in relazione ai contratti di tra-

sporto marittimo, per acque interne, aereo, terrestre e ferroviario, stipulati da soggetti che si trovano nelle condizioni analiticamente previste dalle lett. a) - f), che, di seguito, verranno analizzate.

A fronte della rilevanza obiettiva della *'difficultas praestandi'*, che conduce alla risoluzione dei contratti espressamente indicati, ne consegue che il vettore, a seguito di richiesta da parte del passeggero, debba rimborsare il corrispettivo pagato per i titoli di viaggio, oppure emettere un *voucher* che il passeggero può utilizzare entro un anno dall'emissione. I medesimi soggetti, rientranti nelle particolari situazioni di cui sopra, possono esercitare il diritto di recesso dai contratti di pacchetti turistici stipulati con gli organizzatori di viaggi, ai sensi dell'art. 41 d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79 («Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio»), denominato «codice del turismo», recentemente modificato dal d. lgs. 21 maggio 2018, n. 62, in attuazione della direttiva UE 2015/2302 del 25 novembre 2015, in vigore dal 1° luglio 2018, in materia di pacchetti turistici e servizi turistici collegati, in abrogazione alla precedente direttiva comunitaria 90/314/CE. L'organizzatore può offrire al viaggiatore un pacchetto turistico equivalente o superiore, alternativamente il rimborso del prezzo pagato per l'acquisto del pacchetto turistico oppure emettere un *voucher* di pari importo del rimborso, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione.

La cornice sopradescritta, caratterizzata dalla scelta del legislatore di procedere con il rimedio risolutorio dato dallo scioglimento dei rapporti contrattuali in materia di trasporto, con l'obbligo restitutorio, di cui all'art. 1463 c.c., e di quelli in materia turistica, di cui all'art. 41 cod. tur., modificato dal citato d. lgs. 21 maggio 2018, n. 62, permane delineata, sia pure con alcune importanti modificazioni rispetto all'abrogato decreto legge n. 9/2020, che verranno in prosieguo esaminate, dal decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 (in vigore dal 29 aprile 2020), nel cui testo coordinato, l'art. 88 *bis* («Rimborsi di titoli di viag-

gio, di soggiorno e di pacchetti turistici»), offre gli strumenti di protezione a tutela dei passeggeri e viaggiatori.

La previsione normativa dell'art. 1463 c.c. è applicabile in relazione ai contratti di trasporto e ai contratti di pacchetti turistici, la cui definizione oggi è contenuta nell'art. 33, comma 1, lett. c), cod. tur. (nonché anche ai contratti di soggiorno), purché stipulati da soggetti che si trovano in particolari situazioni soggettive ed oggettive connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, di cui all'elenco previsto dalle lett. a) - f), del primo comma dell'art. 88 *bis*, la cui esecuzione coincide nel medesimo periodo di efficacia operativa delle misure di contenimento e di restrizione coeve alle predette situazioni in cui si trovano alcune categorie soggettive.

Si tratta di soggetti: a) nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena ovvero la permanenza domiciliare con sorveglianza attiva; b) residenti, domiciliatari o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio; c) risultati positivi al virus Covid-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva, la permanenza domiciliare con sorveglianza attiva oppure il ricovero in strutture sanitarie; d) che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio; e) che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, manifestazioni o eventi sportivi, culturali, religiosi, sia in luoghi chiusi che aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti; f) intestatari di titoli di viaggi o acquirenti di pacchetti turistici, acquistati in Italia, ma con destinazione Stati esteri dove è impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo per motivi legati alla diffusione del virus Covid-19.

I soggetti, sopra indicati, ai sensi del secondo comma dell'art. 88 *bis*, comunicano al vettore, all'organizzatore di pacchetti turistici o alla struttura ricettiva, la situazione particolare in cui si trovano, come sopra descritta, allegando la documentazione comprovante il titolo del viaggio, il contratto di pacchetto turistico o la prenotazione del soggiorno, nonché la documentazione attestante la partecipazione alle manifestazioni di cui alla lett. e), entro trenta giorni che decorrono dalla cessazione delle

situazioni di cui alle lettere da *a*) a *d*), del primo comma dell'art. 88 *bis*; dall'annullamento, sospensione o rinvio del concorso o dalla manifestazione relativamente all'ipotesi di cui al primo comma, lett. *e*); dalla data prevista per la partenza nell'ipotesi di cui al primo comma, lett. *f*).

Il vettore o la struttura ricettiva, entro trenta giorni dalla comunicazione, procedono al rimborso del corrispettivo versato per l'acquisto del titolo di viaggio e per il soggiorno, oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo che il soggetto può utilizzare entro un anno dalla sua emissione. Si ravvisa, in tale circostanza prevista dal terzo comma dell'art. 88 *bis*, come il legislatore abbia omesso di indicare tra i soggetti obbligati al rimborso, l'organizzatore di pacchetti turistici, da doversi intendere implicitamente contemplato in aderenza al descritto sistema rimediale del rimborso a protezione dei passeggeri e viaggiatori di cui al primo e secondo comma dell'art. 88 *bis*.

Sempre in relazione ai contratti stipulati dai soggetti di cui al primo comma, l'art. 88 *bis* consente al vettore di esercitare il diritto di recesso allorquando le prestazioni non possono essere eseguite a causa dei provvedimenti di restrizione adottati dalle autorità nazionali ed internazionali o di Stati esteri a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Il vettore, in questi casi, deve darne tempestiva comunicazione ai passeggeri e, entro i successivi trenta giorni, procedere al rimborso del prezzo di acquisto del biglietto oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione (comma 4).

La medesima soluzione è prevista anche per le strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. I responsabili di tali strutture potranno offrire al cliente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, ma anche superiore o inferiore con restituzione di differenza del prezzo, oppure rimborsare il prezzo di acquisto del soggiorno, oppure, in via alternativa, emettere un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dalla sua emissione.

Tuttavia, spingendo più oltre l'indagine, si configurano ulteriori soluzioni volte a consentire ai medesimi soggetti, rientranti nelle posizioni di cui al primo comma dell'art. 88 *bis*, di ricevere profili di tutela nell'ambito del comparto turistico.

Si prevede nei casi di contratti di pacchetti turistici da eseguire nei periodi di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero negli Stati dove è impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo a causa della situazione emergenziale epidemiologica da Covid-19, o nelle aree interessate dal contagio epidemiologico, la possibilità di esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 41 cod. tur.

Sotto tale profilo, la regola generale 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 eventualmente sostenute purché adeguate e giustificabili. Nello specifico, per la questione che qui interessa, il quarto comma dell'art. 41 cod. tur. precisa che, in caso di circostanze inevitabili e straordinarie che si verificano nel luogo di destinazione o nelle immediate vicinanze e che hanno una incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto turistico o sul trasporto verso la destinazione, il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto, prima dell'esecuzione dello stesso, senza corrispondere spese di recesso. Tale disposizione è stata innovata dal legislatore italiano che si è conformato alla direttiva (UE) 2015/2302 che stabilisce il diritto di recesso in capo ai viaggiatori dai contratti di pacchetti turistici, senza corresponsione di spese, in caso di circostanze inevitabili e straordinarie, che possono riguardare conflitti armati, rischi significativi per la salute umana quale un focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio, o altre calamità naturali. La disposizione in esame si attaglia alla specifica ed attuale circostanza epidemiologica da Covid-19, consentendo quindi ai viaggiatori, sopra indicati, di potere recedere dal loro contratto di pacchetto turistico. A seguito del recesso, l'organizzatore del pacchetto turistico deve rimborsare il prezzo del pacchetto al viaggiatore e qualunque pagamento effettuato dallo stesso viaggiatore per il pacchetto stesso, eventualmente con detrazione delle spese adeguate. Si assiste, ciò nondimeno, ad una diversa soluzione applicativa da parte dell'art. 88 *bis*, comma 6, rispetto all'art. 41, comma 6, cod. tur., in quanto l'organizzatore può offrire al viaggiatore, in alternativa al rimborso, unico rimedio previsto dalla legislazione turistica italiana ed europea, un pacchet-

to turistico sostitutivo equivalente (ma anche superiore o inferiore con differenza di prezzo) oppure procedere ad emettere un *voucher* di pari importo del pacchetto turistico da spendere entro un anno dall'emissione. Inoltre, in tale ambito è da osservare anche la deroga introdotta dall'art. 88 *bis*, comma 6, all'art. 41, comma 6, cod. tur., che consente all'organizzatore di potere rimborsare i viaggiatori (ed anche emettere il *voucher*) entro e non oltre sessanta giorni dalla data prevista dal viaggio rispetto alla normativa turistica che prevede il rimborso in ogni caso entro e non oltre quattordici giorni dal recesso da parte del viaggiatore.

A fronte delle medesime circostanze inevitabili e straordinarie che non permettono di eseguire il viaggio programmato, l'organizzatore, prima dell'inizio del viaggio, può recedere dal contratto avvertendo il viaggiatore senza ingiustificato ritardo (art. 41, comma 5, lett. *b*), cod. tur.). Tale disposizione viene richiamata dall'art. 88 *bis*, comma 5, con alcune variabili e deroghe espressive della situazione emergenziale sanitaria in essere. L'organizzatore del pacchetto turistico può recedere dai contratti stipulati dai soggetti di cui al primo comma, dai contratti di pacchetto turistico aventi destinazione Stati esteri ove è impedito o vietato l'arrivo, l'approdo o lo sbarco per causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, e, comunque, quando l'esecuzione del contratto sia resa impossibile, in tutto o in parte, da provvedimenti dalle autorità, nazionali, internazionali o da Stati esteri. A seguito della comunicazione del recesso per le circostanze sopra indicate, l'organizzatore può offrire in alternativa al rimborso, previsto dall'art. 41, comma 5 e 6, cod. tur., un pacchetto sostitutivo equivalente (oppure superiore o inferiore con differenza del prezzo), ovvero emettere un *voucher* da utilizzare entro un anno dalla sua emissione di pari importo al rimborso spettante. In deroga all'art. 41, comma 6, cod. tur., il rimborso è corrisposto (e il *voucher* è emesso) non oltre i sessanta giorni dalla data prevista dal viaggio.

Le superiori disposizioni si applicano altresì se il pacchetto turistico, il viaggio o il soggiorno siano stati acquistati o prenotati per il tramite di un'agenzia di viaggio (*travel agent*) o di un portale di prenotazione.

Sul versante dei viaggi turistici o di pacchetti turistici, si deve precisare che allorquando il viaggiatore voglia recedere dal contratto per esigenze obiettive e, cioè, a causa di impedimenti eccezionali che determinano l'impossibilità ad usufruire del viaggio o della vacanza, la giurisprudenza italiana (Cass. 24 luglio 2007, n. 16315) ha affermato che, la presenza di circostanze oggettive che non consentano la realizzazione della finalità turistica (nel caso specifico, si è trattato di una epidemia in atto nella località di destinazione), determina l'inutilizzabilità della prestazione turistica, comportando l'estinzione del rapporto obbligatorio (Cass. 25 maggio 2007, n. 12235; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490).

3. *Disallineamento normativo ed esigenze di coordinamento*

Da quanto sopra, incalza un'altra riflessione che spinge l'analisi su un terreno più profondo.

Al di fuori delle circostanze di cui ai commi da 1 a 7, sopra analizzate, l'art. 88 *bis* precisa che per tutti i rapporti inerenti ai contratti di trasporto, soggiorno e di pacchetto turistico, i cui effetti decorrono dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nel territorio italiano, anche per prestazioni da rendersi in territori esteri e per prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, allorquando dette prestazioni non siano rese possibili a causa dello stato di emergenza epidemiologico da coronavirus, la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un *voucher* di pari importo valido per un anno dall'emissione.

Si tratta di una disposizione volta ad ampliare la sfera di protezione dei passeggeri, viaggiatori e turisti, i cui rapporti contrattuali non ricadano nelle disposizioni dei commi da 1 a 7, sopra analizzate, le cui prestazioni non siano state rese possibili a causa della situazione epidemiologica.

Sotto tale specifico profilo, il legislatore prevede l'emissione di un *voucher* quale unica soluzione restitutoria della controprestazione già ricevuta senza prevedere alcuna ipotesi in via alternativa del rimborso dell'eventuale prezzo pagato. Inoltre, viene specificato che l'emissione dei *voucher* assolve all'obbligo del rimborso e «non richiede alcuna forma di accettazione da parte

del destinatario» (così stabilisce il comma 12), contrariamente a quanto prevede la disciplina comunitaria in materia di trasporto di passeggeri, ove, viene garantito il diritto del passeggero di scegliere tra rimborso del prezzo per l'acquisto del biglietto ed un servizio alternativo di trasporto verso la destinazione finale, mentre in materia turistica, non è prevista alcuna emissione di *voucher* quale restituzione di controprestazione, ma solo il rimborso del prezzo di acquisto del pacchetto turistico.

L'offerta di buoni ai passeggeri da parte del vettore, che annulla il trasporto, anziché la possibilità di scegliere tra rimborso e servizio alternativo di trasporto, non può pregiudicare il diritto del passeggero di scegliere in alternativa il rimborso del prezzo del biglietto. Inoltre, l'emissione di *voucher* è conseguenza di un esplicito accordo tra professionista e viaggiatore nei casi in cui il vettore si trovi obbligato al pagamento di una compensazione pecuniaria nei casi di negato imbarco, cancellazione di voli e ritardi all'arrivo nei servizi di trasporto marittimo.

Nello specifico, il Reg. (UE) n. 181/2011 sui diritti dei passeggeri nel trasporto stradale prevede che il rimborso del prezzo del biglietto, in alternativa alla continuazione o al reinstradamento verso la destinazione finale, è corrisposto dal vettore in danaro, a meno che il passeggero non accetti un'altra forma di pagamento (art. 19) e, in una più circoscritta disposizione, il Reg. (CE) n. 1371/2007 sui diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario, prevede che in caso di ritardi, nell'ipotesi in cui al passeggero non sia stato rimborsato il prezzo del biglietto, in alternativa alla prosecuzione del viaggio, venga corrisposto un risarcimento minimo del prezzo del biglietto, che potrà essere effettuato anche mediante buoni di viaggio, a meno che il passeggero non richieda il pagamento in danaro (art. 17). Nel Reg. (UE) n. 1177/2011, in materia di diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo, l'art. 18 prevede che il rimborso del biglietto può essere sostituito con l'emissione di un buono dietro consenso del passeggero, purché le condizioni siano flessibili per quanto riguarda il periodo di validità e la destinazione.

Il descritto sistema di tutela comunitario prevede, inoltre, che il diritto alla compensazione pecuniaria (o economica) in caso di negato imbarco, cancellazioni e ritardi non sia dovuto in caso

di circostanze eccezionali che non si sarebbero potuto evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso. Questa fattispecie è soddisfatta dai provvedimenti normativi nazionali e comunitari adottati dalle autorità pubbliche volti al contenimento della diffusione del coronavirus che hanno costretto i vettori alla cancellazione di viaggi, fermo restando il diritto ai passeggeri di ricevere assistenza, ad eccezione al diritto al risarcimento del prezzo del biglietto che non viene pregiudicato in presenza di eventuali circostanze eccezionali nel solo trasporto ferroviario.

Emerge dall'analisi sinora condotta, un disallineamento tra il settore normativo italiano con quello comunitario nello specifico profilo concernente la facoltà accordata al professionista di rilasciare *voucher* in sostituzione del rimborso del prezzo pagato, che è, invece, un diritto spettante al viaggiatore garantito dalla normativa comunitaria.

La questione, quindi, ruota intorno all'art. 88 *bis* del cosiddetto decreto 'Cura Italia' che si porrebbe in contrasto con la normativa comunitaria in materia di trasporto e viaggi turistici, attenzionato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che è intervenuta a segnalare al Parlamento e al Governo il permanere del conflitto tra le due normative.

Ciò nondimeno, il descritto sistema di tutela del passeggero e del turista, imperniato su forme alternative, lasciate alla discrezionalità del professionista, e tra le quali spicca nel contesto l'emissione di *voucher*, sembra abbia assunto una più ampia dimensione, coinvolgendo aspetti di tenuta economica e sociale dell'intero sistema trasportistico e turistico europeo.

4. *Riconoscimento di forme di tutela. Il diritto di scelta*

Difatti, i settori dei trasporti, dei viaggi e del turismo, a partire dal 30 gennaio 2020, data che segna la dichiarazione di «emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale» da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, hanno avuto una riduzione di prenotazioni tra il 60% ed il 90%, le cui richieste di rimborso hanno superato il livello delle nuove prenotazioni a causa delle drastiche misure restrittive di viag-

gio imposte dalle pubbliche autorità (il traffico aereo e le navi da crociera e di passeggeri si sono ridotti del 90% rispetto ad un anno fa). La misura prevista dalla normativa comunitaria del viaggio alternativo in una data successiva a discrezione del passeggero a quella del rimborso del prezzo è difficilmente applicabile in quanto le previsioni della diffusione della pandemia a livello mondiale non consentono di potere ragionevolmente prevedere quando potrà svolgersi il trasporto alternativo a quello cancellato, quand'anche esso sia ancora di interesse dello stesso passeggero. Ne deriva, quindi, che la richiesta del rimborso del prezzo appare l'unica forma possibile di tutela del passeggero e del turista e di più immediata praticabilità.

In tale contesto, pervaso da forti incertezze, si è assistito a numerose cancellazioni nel settore dei trasporti e del turismo che hanno comportato un serio problema di riduzione di flussi di danaro e di liquidità, che si è maggiormente aggravato dalle numerose richieste di rimborsi integrali del prezzo dei biglietti e dei pacchetti turistici, con conseguenziale preoccupante situazione di solvibilità in capo alle imprese, che, in caso dovesse trasformarsi in insolvenza, ipotesi non di difficile prospettazione nell'attuale contesto epidemiologico in atto, significherebbe che i viaggiatori e i turisti non riceverebbero alcun rimborso, in quanto i loro crediti non sono tutelati, né alcun viaggio alternativo, né alcun pacchetto turistico sostitutivo.

A fronte dello scenario, sopra indicato, la questione relativa ai buoni offerti ai passeggeri e turisti come alternativa al rimborso integrale del prezzo pagato per il biglietto o per il pacchetto turistico, è stata riconsiderata in ambito comunitario, dovendosi, pertanto, precisare, come di seguito si vedrà, che l'apertura verso forme restitutorie in buoni di viaggio non deve pregiudicare il diritto del passeggero al rimborso in danaro.

La Commissione, con Raccomandazione del 13.5.2020 [C (2020) 3125 final], invita i vettori e gli organizzatori di viaggio ad offrire ai propri clienti buoni di viaggio, quale alternativa al rimborso in danaro, ferma restando la volontaria accettazione da parte del cliente stesso del *voucher*, allargando le maglie della normativa comunitaria, consentendo l'offerta di buoni di viaggio in ipotesi di cancellazione di voli, viaggi e pacchetti tu-

ristici, a partire dal 1.3.2020, nel quadro della disposizioni di cui ai regolamenti n. 261/2004 (trasporto aereo), n. 1371/2007 (trasporto ferroviario), n. 1177/2010 (trasporto marittimo), n. 181/2011 (trasporto stradale) e direttiva n. 2015/2302 (pacchetti turistici e servizi turistici collegati).

La Commissione si sofferma, inoltre, al fine di rendere i buoni offerti più attraenti per i passeggeri e viaggiatori, spinti quindi ad accettare tale forma di restituzione al cospetto del rimborso integrale del prezzo, con il risultato (che la Commissione dichiara di volere raggiungere) di attenuare il problema della liquidità delle imprese di trasporto e di turismo, a delineare quali caratteristiche debbono possedere i buoni di viaggio da offrire.

Si avverte, quindi, come la situazione economica e sociale nonché quella legata al mondo del lavoro nel complesso sistema dei trasporti e del turismo, tra più colpiti dalla pandemia in atto, sia avvertita con tutta la sua gravità in ambito europeo, ove la Commissione si spinge oltre perfino a consentire aiuti di Stato che i Paesi membri possono introdurre per gli operatori ed imprese operanti nei settori dei trasporti e dei viaggi turistici per garantire che le richieste di rimborso in danaro siano soddisfatte a seguito della pandemia da Covid-19 (si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Turismo e trasporti nel 2020 e oltre - del 13 maggio 2020 [COM (2020) 550 final], che descrive la preoccupante situazione economica nel comparto del trasporto e del turismo, il cui principale problema è costituito dalla carenza di liquidità e dalla mancanza di prenotazioni).

Delle caratteristiche raccomandate dei buoni, spicca quella della validità (di 12 mesi), con possibilità di rimborsare il passeggero o il viaggiatore in caso di mancato riscatto del buono stesso. Mentre se i buoni hanno una validità superiore ai 12 mesi, i passeggeri o i viaggiatori hanno il diritto al rimborso in danaro entro 12 mesi dalla data di emissione del buono. Inoltre, i buoni dovrebbero garantire la stessa rotta, le medesime condizioni del viaggio cancellato, così come la medesima qualità del pacchetto turistico, oggetto di risoluzione. Al fine di rendere i buoni più attraenti, la Commissione raccomanda che gli stessi

siano di un valore superiore al viaggio o al pacchetto turistico cancellato, aggiungendo ulteriori servizi di qualità. Inoltre, gli Stati membri possono decidere di predisporre precise garanzie per soddisfare le richieste di rimborso in caso di fallimento di vettori o di organizzatori di viaggio e di introdurre una protezione efficace ai buoni emessi in caso di insolvenza dei vettori e degli organizzatori di viaggio.

Al cospetto dello scenario, sopra descritto, si può affermare che il distacco tra le due normative, che si è avuto modo di mettere in luce, si sia attenuato a seguito della Raccomandazione della Commissione del 13.5.2020, volta a consentire e ad incentivare offerte di emissione di buoni di viaggio, in alternativa al rimborso del prezzo, in un quadro normativo composito, ma sempre e comunque dietro accettazione da parte del passeggero o del viaggiatore.

È sotto tale specifico profilo che, invece, si avverte ancora il sensibile disallineamento tra la normativa italiana e quella europea che imporrà, a breve, un intervento del legislatore domestico volto a correggere l'art. 88 *bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, nel senso di garantire il diritto al rimborso in danaro, anche in presenza di diverse soluzioni alternative offerte, prevedendo forme di accettazione da parte dei passeggeri o dei viaggiatori.

Bibliografia essenziale

- M. Brignardello, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, Torino, Giappichelli, 2013;
- G. Grisi, S. Mazzamuto, *Diritto del turismo*, Torino, Giappichelli, 2019;
- A. Lefebvre D'Ovidio, G. Pescatore, L. Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 2019;
- F. Morandi (diretto da), *I contratti del trasporto*, 1-2, Bologna, Zanichelli, 2013;
- C. Alvisi, *Il diritto del turismo nell'ordine giuridico del mercato*, Torino, Giappichelli, 2015;
- S. Pollastrelli, *Il diritto all'assistenza ai passeggeri nei casi di negato imbarco, cancellazione delle corse e ritardo alla partenza*, in M.M. Comenale Pinto (a cura di), *La continuità territoriale della Sardegna*, Roma, Aracne, 2015;

- S. Pollastrelli, *La responsabilità del vettore marittimo e terrestre di persone. Lineamenti evolutivi a confronto*, in S. Pollastrelli (a cura di), *Il regime normativo della responsabilità del trasporto marittimo e terrestre. Profili sostanziali e processuali*, Roma, Aracne, 2017;
- S. Pollastrelli (a cura di), *Codice dei trasporti*, Macerata, eum, 2019;
- M. Riguzzi, A. Antonini (a cura di), *Trasporti e turismo*, in *Tratt. dir. priv. dell'Unione Europea*, X, Torino, Giappichelli, 2008;
- F. Romeo, *Il contratto di viaggio*, in G. Alpa, S. Patti (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Padova, CEDAM, 2011;
- L. Rossi Carleo, M. Dona, *Il contratto di viaggio turistico*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, Edizionies, 2010;
- R. Santagata, *Diritto del turismo*, Torino, UTET, 2018;
- V. Franceschelli, M. Morandi, *Manuale di diritto del turismo*, Torino, Giappichelli, 2019;
- C. Vignali, *Trasporto e turismo*, Milano, Giuffrè, 2016;
- A. Zampone, *Riflessioni sulla dir. (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati*, «Diritto dei trasporti», 1, 2018;
- S. Zunarelli, M.M. Comenale Pinto, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, Padova, CEDAM, 2020.

Il prisma dell'interazione

Ermanno Calzolaio

Il Covid-19 quale ‘sopravvenienza contrattuale’ nella prospettiva comparatistica

Sommario: 1. Premessa – 2. L'impossibilità della prestazione – 2.1. La ‘force majeure’ nel diritto francese – 2.2. La ‘Echte Unmöglichkeit’ nel diritto tedesco – 2.3. La ‘frustration’ nel diritto inglese (e cenni sulla ‘impracticability’ statunitense) – 2.4. La ‘force majeure’ nel diritto dei contratti internazionali – 3. L'eccessiva onerosità sopravvenuta – 3.1. La ‘imprévision’ nel diritto francese – 3.2. Il lungo percorso verso la ‘Störung der Geschäftsgrundlage’ nel diritto tedesco – 3.3. ‘Hardship’ nel diritto inglese e nei contratti internazionali – 4. Spunti conclusivi

1. *Premessa*

La pandemia Covid-19 ha assunto proporzioni talmente rilevanti da coinvolgere spesso la regolare esecuzione dei contratti, soprattutto di durata. Nelle pagine che seguono si intende offrire uno sguardo di sintesi sui possibili rimedi contrattuali nella prospettiva comparatistica.

Come è noto, nel diritto italiano le due figure che vengono in rilievo sono principalmente l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità sopravvenuta. La prima, la cui disciplina essenziale è contenuta negli artt. 1463 e 1464 c.c., si lega al verificarsi di un evento imprevedibile, al di fuori del controllo del soggetto obbligato e non dovuto in alcun modo a sua colpa. Essa determina la risoluzione del contratto se l'impossibilità è assoluta e definitiva o se, pur essendo temporanea, si protrae per un periodo tale per cui il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione o il creditore non ha più interesse a riceverla (art. 1256 c.c.). Se, invece, l'impossibilità è

solo parziale, essa dà luogo al diritto di chiedere la sospensione della prestazione e la riduzione del prezzo (art. 1464 c.c.). La seconda, invece, è disciplinata dall'art. 1467 c.c. e si lega al sopravvenire di circostanze che rendono la prestazione eccessivamente onerosa, pur se non impossibile, dando luogo alla risoluzione del contratto.

Si tratta di due figure ben distinte sul piano teorico-sistematico, fondandosi su presupposti diversi: l'impossibilità sopravvenuta fa riferimento ai casi in cui la prestazione diviene appunto impossibile, mentre nell'eccessiva onerosità sopravvenuta la prestazione resta sempre possibile, sebbene la sua esecuzione diviene eccessivamente onerosa per ragioni imprevedute ed imprevedibili.

Nella prospettiva comparatistica, le due figure evocano le categorie, rispettivamente, della *force majeure* e dell'*hardship*. Va subito precisato, tuttavia, che la distinzione, così nitida nel diritto italiano, risulta molto più sfumata nel diritto dei contratti internazionali e, in generale, in altre esperienze giuridiche nazionali. Ciò è dovuto ad una serie di ragioni, che sarebbe difficile qui sintetizzare, ma che tuttavia possono ricondursi all'approccio tendenzialmente ostile degli ordinamenti che appartengono alla tradizione giuridica di *common law* a riconoscere tanto l'impossibilità quanto l'eccessiva onerosità.

Sovente le due figure tendono a sovrapporsi e una traccia di questa 'confusione' si trova ad esempio con riferimento all'interpretazione dell'art. 79 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili. Esso prevede che una parte non è responsabile per inadempimento in caso di un impedimento indipendente dalla sua volontà e imprevedibile al momento della conclusione del contratto. Tra gli eventi insormontabili, in dottrina si ritiene che vadano ricompresi anche quelli dovuti ad un repentino mutamento delle circostanze tale da determinare un impedimento economico insormontabile. A stretto rigore, però, ciò non rientra nell'ambito della forza maggiore, quanto piuttosto nell'eccessiva onerosità. In sostanza, non è infrequente che la sopravvenienza di circostanze che alterano l'equilibrio economico del contratto sia ricondotta nell'ambito della forza maggiore.

Tenendo presente questa avvertenza di fondo, passeremo ora in rassegna le due figure nel diritto francese, tedesco, in-

glesi e nel diritto dei contratti internazionali, con le opportune considerazioni connesse alla rilevanza della situazione emergenziale.

2. *L'impossibilità della prestazione*

2.1 *La 'force majeure' nel diritto francese*

In Francia, il codice napoleonico del 1804 è ispirato ad un approccio molto rigoroso alla materia, testimoniato dalla formulazione originaria dell'art. 1148 *code civil*, secondo cui il debitore è esonerato dall'obbligo di risarcimento del danno quando la prestazione è stata impedita a causa di forza maggiore o di caso fortuito. La norma non conteneva una definizione di forza maggiore e la giurisprudenza ha sempre adottato una interpretazione restrittiva, in base alla quale solo la sopravvenienza di circostanze aventi un impatto radicalmente demolitorio conduce alla liberazione del debitore.

Come è noto, in Francia nel 2016 è stato interamente riformato il diritto delle obbligazioni e dei contratti, all'esito di un lungo e controverso *iter* normativo. Per quanto ci riguarda, l'art. 1218 *code civil* prevede ora una disciplina più articolata della *force majeure*, recandone anzitutto una definizione che fa perno su quattro caratteri di fondo: deve trattarsi di un evento che sfugge al controllo del debitore, che non poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto, i cui effetti non possono essere evitati con mezzi adeguati e tale da impedire l'esecuzione dell'obbligazione da parte del debitore. Se l'impedimento è temporaneo, l'esecuzione dell'obbligazione è sospesa, a meno che il ritardo che ne consegue non giustifichi la risoluzione del contratto. Se l'impedimento è definitivo, il contratto è risolto di pieno diritto (*de plein droit*) e le parti sono liberate dalle loro obbligazioni. Va sottolineato, in particolare, che l'evento deve essere tale da impedire l'esecuzione della prestazione, essendo proprio questo aspetto a distinguere la forza maggiore dalla *imprévision* (cioè dalla eccessiva onerosità sopravvenuta), che si connota per l'esistenza di una difficoltà di esecuzione, ma non di un impedimento assoluto.

Laddove ricorrano questi presupposti, l'effetto è radicale, giacché la forza maggiore libera il debitore dall'obbligo di eseguire la prestazione. Quanto al contratto, occorre distinguere, analogamente a quanto previsto dal diritto italiano, tra impossibilità temporanea, che dà luogo unicamente alla possibilità di sospendere l'esecuzione della prestazione, e impossibilità definitiva o, comunque, in presenza di un ritardo che determina il venir meno dell'utilità della prestazione, nel qual caso il contratto si risolve. Qui la norma lascia aperto uno spazio di incertezza. Infatti, prima della riforma del 2016, la giurisprudenza riteneva comunque necessaria una specifica domanda di parte volta ad ottenere la risoluzione del contratto. Il nuovo art. 1218 *code civil* parla invece, come si è visto, di risoluzione «di pieno diritto», sicché in dottrina ci si chiede se ciò significhi che il giudice può pronunciarla anche d'ufficio. In assenza di specifiche pronunce giurisprudenziali, la questione è controversa.

Va comunque ribadito che la giurisprudenza francese ha sempre adottato un approccio restrittivo, come è testimoniato da numerosi casi proprio relativi ad ipotesi di epidemie. Ad esempio, l'influenza H1n1 è stata ritenuta non imprevedibile perché era stata annunciata e attesa (Cour d'appel Besançon 8/1/2014), la febbre *dengue* non è stata ritenuta un evento imprevedibile e irresistibile, perché è un fenomeno ricorrente e non letale nella maggior parte dei casi (Cour d'appel Nancy 22/11/2010), la *chikungunya* non è stata ritenuta imprevedibile e irresistibile perché può essere agevolmente rilevata ed è facilmente superabile (Cour d'appel Basse-Terre 17/12/2018). Con riferimento all'ebola, inoltre, si è rimarcato il particolare rigore nella dimostrazione del nesso causale tra epidemia e impossibilità di adempiere (Cour d'appel Paris 17/3/2016).

In questo contesto, ci si chiede quale approccio la giurisprudenza potrà adottare rispetto a fattispecie connesse alla pandemia Covid 19. Anche in Francia sono state emanate numerose disposizioni per il periodo emergenziale e, senza poter entrare nel dettaglio, ci si limiterà a ricordare la legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020 (che fissa l'inizio dello stato di urgenza al 12 marzo 2020) cui hanno fatto seguito numerose *ordonnances*, tra cui assume rilievo ai nostri fini la n. 2020-306 del 25 marzo

2020 relativa alla proroga dei termini scaduti durante il periodo di urgenza sanitaria. Essa ha previsto la sospensione di termini non solo processuali e amministrativi, ma anche di quelli contrattuali (come per esempio nelle clausole penali).

A fronte della diffusione e della gravità della pandemia Covid-19, in dottrina si ritiene che essa presenti tutti i caratteri di un evento qualificabile in termini di 'force majeure' e in tal senso sembra deporre anche qualche prima pronuncia, benché non relativa alla materia contrattuale (ad esempio, la Cour d'appel Colmar 23/3/2020 ha ritenuto che le restrizioni conseguenti alle disposizioni adottate per contrastare la pandemia costituisca ipotesi di forza maggiore, tale da scusare la mancata comparizione in giudizio). Sempre in dottrina si precisa che ad essere rilevante non è tanto la pandemia in sé, quanto piuttosto i provvedimenti adottati dalle pubbliche autorità (basti por mente, ad esempio, alle conseguenze del divieto di assembramenti rispetto alla organizzazione di eventi pubblici, ecc.). In ogni caso, è sempre il giudice a dover valutare se si tratta di evento irresistibile, se era possibile e ragionevole adottare specifiche misure per ridurre le conseguenze della pandemia sulla regolare esecuzione del contratto, nonché se l'evento può ritenersi imprevedibile. Sotto questo ultimo profilo, in particolare, viene attirata l'attenzione sui casi di tacito rinnovo del contratto avvenuti dopo che l'evento pandemico era ormai conclamato. In tali ipotesi, si ritiene che alla parte che non ha impedito, come avrebbe potuto, la tacita rinnovazione del contratto sia poi preclusa la possibilità di invocare la forza maggiore, giacché il rinnovo automatico avrebbe potuto essere facilmente evitato.

2.2 *La 'Echte Unmöglichkeit' nel diritto tedesco*

Venendo al diritto tedesco, ci si limiterà solo ad un cenno, con riserva di tornare ad una trattazione più estesa quando ci occuperemo della disciplina del mutamento di circostanze.

Nel BGB non vi è, infatti, una norma specifica in materia di forza maggiore. Gli eventi che tipicamente la configurano vengono ricondotti entro l'ambito applicativo del § 275 BGB, secondo cui l'adempimento può essere rifiutato dal debitore se

la prestazione è impossibile. L'ipotesi principale è la c.d. impossibilità oggettiva (*echte Unmöglichkeit*), che ricorre quando il debitore non è in grado di eseguire personalmente ed effettivamente la prestazione. L'esempio di scuola è l'inesistenza del bene dovuto, cioè un'ipotesi in cui l'esecuzione della prestazione è oggettivamente impossibile.

Anche alla luce della riforma del BGB del 2002, quando ricorre l'impossibilità si apre lo spazio al recesso e, correlativamente, al venir meno *ipso iure* dell'obbligo di eseguire la controprestazione.

2.3 La 'frustration' nel diritto inglese (e cenni sulla 'impracticability' statunitense)

Storicamente una regola generale in materia di forza maggiore è estranea alla tradizione giuridica di *common law*, che lascia da sempre all'autonomia dei contraenti la scelta di disciplinare gli effetti di eventuali cause che rendano impossibile (o più onerosa) l'esecuzione del contratto.

Ciò posto, va comunque segnalato che in occasione del celebre precedente *Taylor v. Caldwell* del 1863 prende a svilupparsi la *doctrine of frustration*. Il caso aveva ad oggetto una richiesta di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale proposta nei confronti del titolare di una sala da concerto concessa in locazione per un periodo di quattro giorni e poi andata distrutta a causa di un incendio prima che l'evento previsto potesse svolgersi secondo quanto pattuito. In questa occasione, i giudici della *House of Lords* hanno ritenuto necessario un temperamento della regola secondo cui il debitore è sempre tenuto ad adempiere alla propria prestazione, accogliendo la domanda del debitore di essere liberato in presenza di un evento sopravvenuto, impreveduto e in alcun modo dovuto a colpa, tale da rendere la prestazione impossibile.

Da questo precedente hanno poi preso le mosse una serie di casi successivi in cui i contorni della *frustration* si sono progressivamente precisati. Sono noti i cd. «coronation cases», in particolare quello relativo alla locazione di un appartamento per assistere alla parata per l'incoronazione di Re Edoardo VII, poi rinviata per malattia del sovrano. Anche in questi casi, si è

ritenuto che l'annullamento dell'evento costituisse una ipotesi tale da rendere 'frustrated' il contratto.

Dalla metà dello scorso secolo la regola ha poi assunto i caratteri attuali. Le circostanze che possono assumere rilievo sono unicamente quelle in presenza delle quali l'adempimento renderebbe la prestazione radicalmente diversa da quella pattuita («non haec in foedera veni»; v. il caso *Davis Contractors v. Fareham* del 1956). Ciò testimonia l'approccio restrittivo adottato dai giudici inglesi, che solo in casi eccezionali ritengono sussistente la *frustration*, giacché i suoi effetti sul contratto sono radicali: esso è privo di qualsiasi effetto e obbliga alle relative restituzioni. È quindi esclusa, in sostanza, l'impossibilità parziale, l'alternativa essendo tra «all or nothing». Un esempio può essere utile per illustrare questo approccio. Si tratta del caso *Tsakiroglou & Co. Ltd v Noble & Thorl GmbH* [1962] AC 93 relativo ad un trasporto di merci attraverso il canale di Suez, che era stato però chiuso per la crisi che interessò l'intera area negli anni '60 dello scorso secolo. Ebbene, i giudici ritennero in quell'occasione che non poteva parlarsi di contratto *frustrated*, perché era comunque possibile eseguire il trasporto attraverso il percorso alternativo del Capo di Buona Speranza (cioè circumnavigando l'intero continente africano!), sicché non si trattava di impossibilità assoluta, ma 'solo' di una prestazione divenuta più costosa. In tempi a noi più vicini, può essere ricordato il recente caso *Canary Wharf (BP4) T1 Limited & ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch) che riguardava un contratto di locazione di ampi locali destinati all'attività della Agenzia Europea del Farmaco. Come è noto l'Agenzia aveva sede a Londra, ma con l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea è stata trasferita ad Amsterdam, con conseguente venir meno del presupposto sulla cui base era stata stipulata la locazione dei locali. Ebbene, neppure un evento così dirompente come la *Brexit* è stato ritenuto tale da integrare gli estremi della *frustration* ai fini dello scioglimento del contratto di locazione.

In questo contesto, la dottrina inglese ritiene che anche per la pandemia per il Covid 19 sia necessario un approccio caso per caso per valutare se la sua indiscutibile gravità possa condurre alla *frustration* del contratto. Nel recente caso *MillChris*

Developments Ltd v Waters [2020] 4 WLUK 45, ad esempio, non è stato ravvisato alcun motivo per concedere il richiesto differimento di un sopralluogo in un immobile per accertare le contestazioni sollevate dal committente circa l'esecuzione dei lavori in un contratto di appalto.

Un analogo approccio restrittivo è possibile riscontrare nel diritto statunitense, dove si è sviluppata la *doctrine of impracticability*, a partire dal caso *Mineral Park Land Co. v. Howard* 172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916) degli inizi dello scorso secolo, ove si riteneva che una cosa è impossibile sotto il profilo giuridico quando non è *practicable*, cioè quando implica costi eccessivi e irragionevoli. Di qui ha preso le mosse il Restatement (First) of Contracts che alla sec. 454 includeva, nell'ambito della disciplina dell'impossibilità, la *impracticability* della prestazione per circostanze sopravvenute che rendono estremamente difficile la sua esecuzione. La regola della *impracticability* nel diritto statunitense ha pian piano preso il posto della *frustration* nel diritto della madrepatria, ma con esiti sostanzialmente paragonabili.

Dal canto suo lo *Uniform Commercial Code* (UCC) – legge modello in materia commerciale, recepita da tutti gli Stati – ha incorporato anch'esso la regola della *impracticability* (sec. 2-615), prevedendo la liberazione del debitore nel caso in cui sopravviene un evento che le parti avevano assunto implicitamente che non si sarebbe verificato. In senso analogo anche il *Restatement (Second) of Contracts* (sec. 261, capitolo 11 rubricato “Impracticability of Performance and Frustration of Purpose”). In dottrina si osserva che la pandemia Covid 19 costituisce un evento il cui verificarsi le parti hanno implicitamente, ma certamente, escluso. Resta però da verificare caso per caso se, alla luce delle circostanze concrete, il suo impatto sul contratto è tale da far ritenere che l'adempimento sarebbe così oneroso da farlo ritenere *impracticable*.

2.4 La ‘force majeure’ nel diritto dei contratti internazionali

Si ritiene che la forza maggiore costituisca ormai un principio accolto nell'ambito del diritto dei contratti internazionali, giacché esso trova spazio in convenzioni di diritto uniforme, co-

me quella di Vienna sulla vendita di beni mobili (art. 79), nei Principi Unidroit (art. 7.1.7), nonché nella giurisprudenza dell'*Iran-United States Claims Tribunal*, un organismo ufficialmente istituito nel 1981 da Stati Uniti e Iran per conoscere controversie relative a contratti tra soggetti appartenenti ai due Stati.

Per integrare gli estremi della forza maggiore devono ricorrere quattro requisiti: anzitutto, deve trattarsi di un evento esterno, rispetto al quale la parte onerata non ha assunto il rischio del suo possibile verificarsi; in secondo luogo, l'evento deve essere al di fuori della sfera di controllo del soggetto obbligato; in terzo luogo, esso deve connotarsi da assoluta imprevedibilità sia del suo accadere che delle conseguenze che ha determinato; infine, deve ricorrere il nesso causale diretto tra l'evento e l'impossibilità, nel senso che il primo costituisca *condicio sine qua non* della seconda.

Va comunque precisato che, al di là del suo riconoscimento come regola generale, la prassi contrattuale attesta che una specifica clausola di forza maggiore è sempre presente nei contratti internazionali. Pertanto, ancora una volta la rilevanza degli eventi dipenderà dalla formulazione che in concreto è stata adottata dalle parti. Un profilo complesso, in particolare, attiene alla tassatività o meno delle elencazioni che sovente sono contenute in questo tipo di clausole. È interessante segnalare, in proposito, che la Camera di Commercio Internazionale si è affrettata a diffondere nel mese di marzo 2020 un testo emendato di clausola-modello, contemplando in modo espresso le pandemie tra le cause di forza maggiore, insieme alle catastrofi naturali e, in genere, ad eventi estremi suscettibili di turbare la regolare esecuzione del contratto.

3. *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*

3.1 *La 'imprévision' nel diritto francese*

Tradizionalmente il diritto francese non ha mai riconosciuto alcun rilievo all'eccessiva onerosità derivante da un mutamento sopravvenuto di circostanze. All'origine di questo approccio stanno, per un verso, l'assenza di una norma specifica nel codice

napoleonico e, per altro verso, la riluttanza dei giudici ad intervenire per modificare l'assetto dato dalle parti al loro regolamento contrattuale. A quest'ultimo riguardo, è appena il caso di ricordare il noto precedente *Canal de Craponne* del 1876 in cui veniva in rilievo la previsione di un canone per la derivazione delle acque da un canale, pattuito in un contratto stipulato addirittura tre secoli prima e da quel momento tacitamente rinnovato alla scadenza. Ebbene, la Corte ebbe ad escludere ogni rilevanza all'eccessiva onerosità ed anche la possibilità di modificare il contenuto del contratto, avente 'forza di legge' tra le parti.

Un approccio ben diverso è stato invece adottato per i contratti pubblici dal *Conseil d'Etat*, che ha elaborato una vera e propria regola di *imprévision*, in base alla quale il giudice amministrativo può adattare il contenuto del contratto in presenza di rilevante mutamento delle circostanze.

Solo con la riforma del 2016 viene introdotta anche nel *code civil* la figura dell'*imprévision*. Secondo il nuovo art. 1195 se un mutamento di circostanze imprevedibile al momento della conclusione del contratto rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte che non aveva accettato di assumerne il rischio, questa può domandarne la rinegoziazione alla controparte, continuando ad eseguire le sue prestazioni durante la rinegoziazione. In caso di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti possono concordare la risoluzione del contratto alla data e alle condizioni da esse fissate, o domandare di comune accordo al giudice di procedere al suo adattamento. In difetto di accordo entro un termine ragionevole, il giudice può, a richiesta di una delle parti, modificare il contratto o risolverlo, alla data e alle condizioni dallo stesso fissate.

In dottrina si pone in rilievo che si ha eccessiva onerosità quando ci si trova in presenza di un incremento estremo, straordinario e inaspettato dei costi dell'adempimento e ci si chiede se si verifica anche in caso di una estrema diminuzione dei vantaggi che l'altra parte si attendeva ragionevolmente dalla controprestazione. La questione è controversa e non vi sono ancora casi giurisprudenziali in merito.

La vera novità della norma è però costituita dalla possibilità per il giudice di modificare il contratto, che è stata salutata ta-

lora come sorprendente (alla luce dell'approccio tradizionale), talaltra come estremamente innovativa. A ben vedere, però, la possibilità di intervento del giudice viene in rilievo solo nel caso in cui le parti non raggiungano un comune accordo entro un termine ragionevole. Inoltre, va anche osservato che, come ricordato più sopra, tradizionalmente il giudice francese è riluttante rispetto a qualsiasi intervento correttivo del contratto, per cui occorrerà verificare alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali se dalla norma si passerà ad un cambiamento effettivo. Infine, va tenuto presente che a partire dall'entrata in vigore della riforma si è subito diffusa la prassi di introdurre una specifica clausola, divenuta quasi 'di stile', per escludere l'applicazione dell'art. 1195. Vi è chi in dottrina avanza dubbi sulla legittimità di simili clausole se esse non prevedono un corrispettivo e anche su questo aspetto non si registrano ancora casi in giurisprudenza. Ad ogni buon conto, secondo il parere pressoché unanime della dottrina, la norma ha natura suppletiva e non imperativa. Tutto ciò conduce a ridimensionare grandemente la portata – in apparenza fortemente innovativa – del nuovo art. 1195 code civil.

3.2 Il lungo percorso verso la 'Störung der Geschäftsgrundlage' nel diritto tedesco

Nel BGB del 1900 la sopravvenienza contrattuale era una categoria completamente assente. La totale fiducia nella volontà, quale unico paradigma del sorgere del vincolo contrattuale e dell'estensione del suo contenuto, portava a respingere l'idea stessa di una 'condizione implicita' assunta dalle parti a base del contratto, secondo cui le circostanze iniziali sarebbero dovute rimanere inalterate per tutta la sua durata.

Ben presto, tuttavia, la lacuna si sarebbe percepita in tutta la sua gravità, come del resto profetizzato dal Windsheid, per il quale la regola di derivazione canonistica sul mutamento delle circostanze che il BGB stava cacciando dalla porta sarebbe rientrata dalla finestra. Ciò è quanto puntualmente avvenuto all'indomani della fine della prima guerra mondiale, quando la Germania conobbe un'enorme svalutazione del marco. Il siste-

ma disegnato dalla pandettistica faceva perno sull'idea secondo cui il debitore si libera dalla prestazione consistente in una obbligazione pecuniaria mediante il pagamento al creditore della somma nominale indicata nella valuta pattuita. È bastata la svalutazione del marco per far saltare un sistema tanto 'perfetto' quanto disancorato dalla realtà: se, infatti, il costo della materia prima, che magari si era pattuito di fornire a un determinato prezzo, era lievitato, non c'erano strumenti per contrastare la pretesa del creditore di ottenere l'adempimento al prezzo pattuito e il contratto non poteva che essere risolto per inadempimento del debitore. È allora intervenuta la giurisprudenza, facendo leva sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, sancita dal § 242 BGB, attribuendo rilevanza, per tal via, all'eccessiva onerosità sopravvenuta. Riprendendo la teoria elaborata dall'Oertmann, si è giunti così a ritenere che ogni contratto si fonda su condizioni inesprese, ma che le parti hanno ritenuto essenziali.

Con la riforma del BGB del 2002 il lungo percorso giurisprudenziale trova ora cittadinanza nel nuovo § 313, rubricato appunto "interferenza sul fondamento del contratto" (*Störung der Geschäftsgrundlage*): in caso di mutamento significativo delle circostanze che erano a fondamento del contratto al momento della sua conclusione e senza le quali le parti non l'avrebbero concluso o l'avrebbero concluso a condizioni diverse, può essere richiesto l'adattamento del contratto se, tenuto conto delle circostanze concrete e della distribuzione del rischio tra le parti, non ci si può attendere da una di esse che mantenga inalterato il suo obbligo. Se l'adattamento del contratto non è possibile o se non ci si può attendere che una delle parti lo accetti, la parte svantaggiata può recedere.

In linea generale, i giudici tedeschi, pur seguendo un approccio molto rigoroso, si mostrano comunque inclini ad un adattamento del contratto e ciò è particolarmente rilevante con riferimento alle problematiche suscitate dalla pandemia per il Covid 19. Infatti, la dottrina sottolinea che le parti saranno di fatto sollecitate a procedere esse stesse ad una revisione del contratto, piuttosto che far intervenire il giudice.

3.3 'Hardship' nel diritto inglese e nei contratti internazionali

Rispetto agli ordinamenti di *civil law*, il diritto inglese non ha mai ritenuto di annettere rilevanza all'eccessiva onerosità sopravvenuta e, men che meno, a riconoscere che il giudice possa adattare il contenuto del contratto, sostituendosi alle parti. Emerge qui la diversa concezione accolta nell'esperienza di *common law* per raffronto con quella continentale e, in specie, il requisito della *consideration*, cioè quel *quid* domandato dal promittente, convenuto come oggetto di scambio (*bargain*).

L'assenza di una regola sul mutamento delle circostanze mostra la riluttanza delle corti ad intervenire nell'assetto che le parti hanno dato al regolamento dei loro rispettivi interessi. Si spiega, pertanto, la ragione per cui nella prassi contrattuale si sono sviluppate le cd. *hardship clauses*, generalmente riconosciute valide dalle Corti, se ben redatte e in particolare se salvaguardano il requisito della *consideration*.

Benché talvolta si dubiti che l'*hardship* costituisca un principio generale come la forza maggiore, in realtà essa trova sempre più spazio nel diritto dei contratti internazionali.

È significativo, ad esempio, che i Principi Unidroit dedicano all'*hardship* una disciplina molto puntuale (e simile a quella sulla forza maggiore). Per liberare la parte obbligata non è sufficiente che l'adempimento sia divenuto più oneroso (art. 6.2.1), ma occorre che ci si trovi in presenza di eventi che alterano in modo sostanziale l'equilibrio del contratto, per i maggiori costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione. Tali eventi devono verificarsi, o divenire noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto e devono essere tali da non poter essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto, essendo estranei alla sua sfera di controllo e purché il relativo rischio non fosse assunto dalla parte svantaggiata.

È evidente che solo caso per caso potrà stabilirsi in cosa consiste il significativo (*fundamental*) squilibrio in presenza del quale si apre lo spazio ai rimedi previsti dall'art. 6.2.3, cioè il diritto della parte svantaggiata di chiedere la rinegoziazione del

contratto, che deve avvenire senza ingiustificato ritardo, con indicazione dei motivi e comunque senza interrompere l'esecuzione. Nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo entro un termine ragionevole, ciascuna di esse è libera di rivolgersi al giudice, che può risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificarlo al fine di ripristinare l'equilibrio originario.

4. *Spunti conclusivi*

Dalla breve ricognizione che precede emerge che, al di là della diversità tra le varie esperienze giuridiche considerate circa il modo di affrontare il problema delle sopravvenienze, la giurisprudenza tende ad adottare un approccio ispirato ad una ponderazione rigorosa della sussistenza dei requisiti della forza maggiore o della eccessiva onerosità. Si è anche rilevato che, dalle prime ricostruzioni offerte in dottrina, ovunque si tende a riconoscere che l'emergenza sanitaria conseguente al Covid-19 presenta caratteri di eccezionalità e gravità tali da costituire certamente un evento rilevante, almeno in linea teorica, pur essendo chiaro che, in concreto, spetta al giudice di valutarne le conseguenze sul contratto, caso per caso.

Proprio alla luce delle circostanze attuali, ci si chiede se gli strumenti tradizionali si rivelano adeguati o se, come sostengono alcuni Autori (soprattutto da noi), non sia invece necessario muoversi nella direzione di attribuire al giudice un ruolo sempre più esteso, consentendogli di intervenire per riequilibrare il contenuto del contratto, anche prefigurando la possibilità di ricavare, in via interpretativa, l'esistenza di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione in capo ai contraenti, in presenza di eventi riconducibili a forza maggiore o eccessiva onerosità sopravvenuta.

Non è certo questa la sede per sciogliere un nodo così complesso. Non vi è dubbio, però, che la prospettiva comparatistica consente di registrare una riluttanza e talora un deciso rifiuto (come avviene nella tradizione di *common law*) a riconoscere al giudice il potere di intervenire sul contratto. Pertanto, più che adottare un approccio 'paternalistico', lavorando ancora sulla

clausola di buona fede per giustificare (non senza possibili arbitrii) qualsiasi modifica postuma del contenuto del contratto da parte del giudice, sembra piuttosto preferibile muoversi nella direzione di ricercare strumenti che spingano le parti verso la rinegoziazione, rimettendo alle loro scelte ogni valutazione circa il punto di equilibrio tra le rispettive prestazioni.

Bibliografia essenziale

- K.P. Berger, D. Behn, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3575869>, giugno 2020;
- B. Javaux, A.M. Lacoste, A. Tadros (cur.), *Les incidences du Covid-19 sur les contrats et contentieux en cours*, «Revue Lamy Droit civil», 2020 (dossier spécial);
- J. Heinich, *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision*, «Recueil Dalloz», 2020, p. 611;
- R. Libchaber, *Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision*, «Recueil Dalloz», 2020, p. 1185;
- F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, «Giustizia civile», 2014, p. 825;
- F. Piraino, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, «Europa e Diritto Privato», 2019, p. 585;
- F. Bortolotti, *Il contratto internazionale*, 2^a ed., Padova, CEDAM, 2017;
- R. Morello, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*, «Giustizia civile», <<http://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/approfondimenti/gli-effetti-sui-contratti-dellemergenza-sanitaria>>, aprile 2020;
- G.H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, London, Sweet & Maxwell, 1994;
- P. Yeoh, *Covid-19 Legal-Economic Implications of a Pandemic*, «Business Law Review», 2020, p. 74.

Tommaso Febbrajo

Emergenza pandemica e pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Le pratiche scorrette – 3. L'incremento abnorme dei prezzi ('price gouging')

1. *Considerazioni introduttive*

In queste brevi note, si tratterà di un particolare aspetto dell'emergenza sanitaria: quello dello sfruttamento a fini di lucro degli operatori commerciali della condizione di vulnerabilità che la pandemia ha generato a livello sociale in generale e tra i consumatori in particolare.

In primo luogo, si tenterà una ricognizione delle pratiche predatorie che in questi mesi si sono verificate a danno dei consumatori per poi vedere se ed in che modo queste pratiche costituiscano un illecito consumeristico. In questo ambito, un ruolo chiave è giocato dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, nel cui ambito sono state, sino ad oggi, ricondotte da parte dell'Agcm la maggior parte delle pratiche speculative.

La disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette (dir. 2005/29/CE, recepita in Italia dal D. lgs. n. 146 del 2007) ha la finalità di tutelare il consumatore, inteso quale operatore economico di cui si vuole garantire la libertà di assumere decisioni di natura commerciale. È in questa ottica che si giustifica il divieto a carico dei professionisti di porre in essere pratiche commerciali sleali: esse infatti penalizzano il buon funzionamento del mercato, riducendo la capacità dei consumatori di operare scelte consapevoli, alterando conseguentemente il gioco della concor-

renza. Scopo della direttiva è pertanto quello di armonizzare al massimo le legislazioni nazionali a tutela del consumatore nella materia della concorrenza sleale.

Le norme si applicano alle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori di cui agli artt. 5 dir. 2005/29/CE e 20 c. cons., poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un bene o servizio.

La disciplina sulle pratiche commerciali scorrette rappresenta uno strumento omnicomprendivo di tutela che mira a vietare tutte le pratiche commerciali sleali nelle operazioni commerciali dell'impresa nei confronti dei consumatori. Si applica a tutte le pratiche commerciali, non solo la pubblicità e il marketing, ma anche durante e dopo un'operazione commerciale di un'impresa nei confronti dei consumatori.

In ambito consumeristico, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette sostituisce, ricomprendendola, la disciplina sulla pubblicità ingannevole. Per cui, da quando nel 2007 è entrata in vigore la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, la terminologia 'pubblicità ingannevole', in ambito del diritto dei consumatori è scomparsa e quella che prima veniva chiamata e qualificata a tale stregua oggi va più correttamente definita come una pratica commerciale scorretta ingannevole.

Scopo ultimo della disciplina è quello di garantire la piena libertà del consumatore nell'assumere decisioni di natura commerciale. In altre parole il consumatore quando prende una 'decisione di natura commerciale' deve essere libero da ogni tipo di condizionamento dovuto all'inganno (e si parla in questo caso di 'pratica ingannevole') o ad ogni altra forma di coercizione (molestie, indebito condizionamento, minacce, forza fisica ecc., e si parla di 'pratiche commerciali aggressive'). L'art. 25, del Codice del consumo, per valutare l'indebito condizionamento di cui sopra prende in considerazione altresì «lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto».

Per 'pratica commerciale' si intende qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione o comunicazione commerciale,

ivi compresa la pubblicità diffusa con ogni mezzo (incluso il *direct marketing* e la confezione dei prodotti) e il *marketing*, che un professionista pone in essere in relazione alla promozione, alla vendita o alla fornitura di beni o servizi ai consumatori. La pratica commerciale è scorretta quando, in contrasto con il principio della diligenza professionale, falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta.

Il Codice del consumo distingue le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive.

Le prime (articoli 21-23 del Codice del consumo) sono idonee a indurre in errore il consumatore medio, falsandone il processo decisionale. L'induzione in errore può riguardare il prezzo, la disponibilità sul mercato del prodotto, le sue caratteristiche, i rischi connessi al suo impiego. L'Autorità considera illecite anche le pratiche che inducono il consumatore a trascurare le normali regole di prudenza o vigilanza relativamente all'uso di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza o che possano, anche indirettamente, minacciare la sicurezza di bambini o adolescenti.

Se l'impresa agisce con molestie, coercizione o altre forme di indebito condizionamento, il suo comportamento è considerato aggressivo (articoli 24-26 del Codice del consumo). L'aggressività di una pratica commerciale dipende dalla natura, dai tempi, dalle modalità, dall'eventuale ricorso alle minacce fisiche o verbali.

Il Codice del consumo indica le pratiche commerciali che devono essere considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive. Sono di per sé ingannevoli, ad esempio, i comportamenti attraverso i quali l'operatore economico promette di vendere un prodotto a un certo prezzo e poi si rifiuta di accettare ordini per un certo periodo di tempo; afferma, contrariamente al vero, di avere ottenuto tutte le autorizzazioni; dichiara, per indurre in errore sulla particolare convenienza dei prezzi praticati, di essere in procinto di cessare l'attività commerciale. Sono invece di per sé aggressivi, ad esempio, i comportamenti che creano nel consumatore l'impressione di non potere lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto, le visite a domicilio nel corso delle quali il professionista ignora gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi.

La pubblicità è ingannevole quando è in grado di indurre in errore l'impresa alla quale è rivolta, pregiudicandone il comportamento economico, o quando è idonea a ledere un concorrente. L'ingannevolezza può riguardare le caratteristiche dei beni o dei servizi, come la loro disponibilità o la data di fabbricazione, il prezzo e le condizioni di fornitura.

La pubblicità comparativa è invece quella modalità di comunicazione pubblicitaria con la quale un'impresa promuove i propri beni o servizi mettendoli a confronto con quelli dei concorrenti. Questo tipo di pubblicità è ammessa solo quando non è ingannevole, mette a confronto beni omogenei in modo oggettivo, non ingenera confusione tra le imprese, né provoca discredito al concorrente.

2. *Le pratiche scorrette*

La prima categoria di pratiche posta in essere è quella che, facendo leva sulla paura dei consumatori, tenta di incrementare le vendite dei prodotti attribuendo improbabili e non comprovate capacità terapeutiche o preventive nei confronti del Covid-19.

Prima di vedere da chi e in che modo questi comportamenti sono stati sanzionati, occorre fare una brevissima digressione sul sistema che in Italia regola la comunicazione commerciale.

Al riguardo, occorre ricordare che al riguardo esiste un duplice livello di regolamentazione: A) la regolamentazione statale, che consta di provvedimenti legislativi, il più importante di tutti dal 2005, il Codice del consumo. L'Autorità cui compete il *public enforcement* della disciplina a protezione dei consumatori ivi compresa quella della pubblicità commerciale è, dal 1992, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm); B) dal momento che in Italia la prima regolamentazione articolata sulla pubblicità commerciale è stata introdotta solo nel 1992 (d. lgs. 74/1992), un significativo ruolo suppletivo è stato svolto anche dalla disciplina 'privata' della pubblicità commerciale, contenuta nel Codice di autodisciplina pubblicitaria (Cap), elaborato dall'Istituto per la autodisciplina pubblicitaria, nel cui ambito sono presenti tutte le più importanti associazioni degli utenti, degli operatori della comunicazione e dei mezzi. La pri-

ma versione del Codice di autodisciplina pubblicitaria risale al 1966. Le sue regole hanno natura negoziale ma attraverso diversi espedienti, quali, per esempio una espressa accettazione delle regole del Cap contenuta in tutti i contratti del settore pubblicitario, le sue regole riescono ad avere una vincolatività pressoché generalizzata.

Il rispetto e l'applicazione delle regole del Codice di autodisciplina pubblicitaria è affidata ad un Comitato di controllo e un Giurì.

Per quanto riguarda l'attività dell'Antitrust, un rilevante settore di intervento durante l'emergenza pandemica ha riguardato il mercato dei farmaci. In questo ambito, è stato disposto l'oscuramento di circa sessanta 'farmacie abusive' – sprovviste della necessaria autorizzazione alla vendita di farmaci on line – che promuovono un antivirale per il trattamento delle infezioni da Hiv (Kaletra) spacciato come "l'unico farmaco contro il coronavirus".

Essenziale, per la riuscita di questi interventi, la collaborazione dei principali motori di ricerca, i quali si sono prontamente attivati anche per evitare le sanzioni previste dall'attuale disciplina in materia di responsabilità del prestatore di servizi digitali. È ben vero, infatti, che l'articolo 17 del d. lgs. 70 /2003 che recepisce la direttiva sul commercio elettronico afferma che «Nella prestazione dei servizi di cui agli artt. 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

Tuttavia, il comma 3 dell'art. 17 precisa che: «Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente».

L'Autorità ha inoltre disposto l'oscuramento di alcuni siti che commercializzavano un test per l'autodiagnosi del contagio

da coronavirus (PS11727 del 22 marzo 2020) e disposto l'eliminazione di ogni riferimento all'efficacia preventiva dei prodotti ivi pubblicizzati e commercializzati, tra cui un 'kit di prevenzione' basato sulla ossigenoterapia (PS11732 del 27 marzo 2020).

Per quanto riguarda il sistema autodisciplinare, tra i più significativi interventi si ricordano: a) quello nei confronti di un gel mani disinfettante pubblicizzato come "prodotto specifico contro il coronavirus sars". Nella specie, è stato ritenuto che il prodotto in questione, a causa del particolare contesto nel quale veniva reclamizzato, lasciasse intendere che si trattasse di una formulazione creata appositamente per far fronte alla diffusione del coronavirus, attraverso l'enfasi posta su un improprio pregio differenziale del gel in questione rispetto ai comuni gel disinfettanti per lavare le mani; b) il Comitato di Controllo ha ordinato la cessazione di telecomunicati riguardanti una tisana, in quanto, oltre ad accreditare il prodotto pubblicizzato come strumento di prevenzione e a fornire informazioni inesatte dal punto di vista scientifico (parlando ad esempio di "raffreddore da coronavirus"), sono risultati inopportuni e scorretti per l'evidente richiamo all'attuale situazione di emergenza sanitaria ("in questo momento è fondamentale rinforzare le proprie difese immunitarie...").

Nessun dubbio che questi comportamenti siano illeciti. Costituisce una pratica da considerare 'in ogni caso ingannevole' (cioè con una presunzione *iuris et de iure*), «affermare contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie» (art. 23, n. 15 Codice del consumo).

Ulteriore fronte di intervento riguarda la commercializzazione di prodotti non aventi le caratteristiche peculiari pubblicizzate. Si tratta, in particolare, di caratteristiche rilevanti al fine della prevenzione e della trasmissione del Covid.

In questa direzione, a titolo di esempio, è stata sospesa la promozione e la vendita di dispositivi individuali di protezione (in particolare mascherine di categoria FFP2) che risultavano difformi da quelli pubblicizzati, in termini di caratteristiche qualitative e tecniche, certificazioni/validazioni e provenienza.

Anche con riferimento a queste pratiche, risulta indubbia la loro illiceità.

L'art. 21, comma 1, cod. cons. afferma che è ingannevole la pratica che fornisce informazioni ingannevoli sulle «caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto».

È da rilevare che in questo caso sussiste una duplice qualificazione di questa pratica perché, oltre ad una pratica commerciale scorretta, la vendita di mascherine che non hanno le certificazioni e le capacità di filtraggio promesse, costituisce anche una vendita di un bene che presenta un difetto di conformità al contratto (art. 128 ss. cod. cons.).

3. *L'incremento abnorme dei prezzi ('price gouging')*

Occorre poi valutare la pratica consistente nell'aumento abnorme dei prezzi al dettaglio verificatasi in particolar modo con riferimento ai prodotti direttamente collegati alla prevenzione del contagio (disinfettanti, mascherine, ecc.). Si tratta del fenomeno del c.d. *price gouging* che ricorre quando un venditore aumenta i prezzi di beni, servizi o materie prime a un livello molto più elevato di quanto sia ritenuto ragionevole o equo, in seguito ad eventi eccezionali che provocano uno *shock* della domanda o dell'offerta. A questo proposito, però, è opportuna una precisazione: occorre tenere distinta la pratica del *price gouging* (in cui l'aumento di prezzo viene considerato *di per sé*), dalla diversa ipotesi consistente nel fornire imprecise informazioni sull'effettiva disponibilità di un determinato prodotto sul mercato, pubblicizzando lo stesso come in rapido esaurimento o disponibile per un periodo di tempo limitato e inducendo così il consumatore ed acquistare ad un prezzo notevolmente più alto rispetto all'effettivo valore di mercato. Quest'ultima condotta costituisce sicuramente una pratica scorretta, dal momento che viene considerata una pratica commerciale ingannevole quella

consistente nel «comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo di indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato»; (art. 23, comma 1, lett. t, cod. cons.).

Il problema si pone per l'aumento spropositato e irragionevole del prezzo, di per sé considerato.

La risposta circa l'illiceità di una siffatta condotta è tutt'altro che scontata.

Ed infatti, difetta una espressa previsione che sanzioni un comportamento di questo tipo. La spiegazione risiede nella delicatezza del tema riguardante il prezzo di un bene, tradizionalmente ritenuto sottratto al sindacato giudiziale e rimesso alla libera valutazione delle parti. Vi è poi da considerare la difficoltà di strutturare un divieto di questo tipo: a) l'aumento del prezzo *retail* potrebbe essere giustificato da uno *shortage* del prodotto o da un incremento dei costi nella filiera; b) appare, inoltre, arduo modulare in concreto un divieto di questo tipo, stabilendo oltre quale soglia l'aumento del prezzo debba dirsi illecito e con riferimento a quali parametri di valutazione.

In questa direzione, la primissima bozza del decreto c.d. 'Cura Italia' prevedeva una modifica al Codice del consumo (D. Lgs. 206/2005), proprio al fine di sanzionare espressamente, in via amministrativa, condotte speculative legate all'applicazione di prezzi ingiustificati nella vendita di beni di prima necessità in relazione all'emergenza coronavirus. Si introduceva, infatti, un art. 26-*bis* una specifica ipotesi di «pratiche commerciali che profittano di situazioni di allarme sociale» a mente della quale: «È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti attinenti la salute, l'approvvigionamento di beni di primaria necessità e la sicurezza dei consumatori, profitta di situazioni di allarme sociale incrementando il prezzo di vendita in misura superiore al triplo del prezzo risultante dal listino o comunque praticato mediamente, riferito a 30 giorni prima della conclusione della compravendita». L'emendamento non compare nella versione definitiva del decreto. Ciò è verosimilmente legato anche ad un problema di ordine tecnico: la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette è una direttiva di 'armonizzazio-

ne massima', con la conseguenza che non è consentito ai singoli legislatori nazionali integrare l'elenco delle pratiche considerate in ogni caso scorrette. In ogni caso, la circostanza che l'esecutivo ritenga necessaria una specifica modifica al Codice del consumo, al fine di poter ricomprendere nelle "pratiche commerciali scorrette" quelle di "approfittamento di situazioni di allarme sociale", aventi ad oggetto un ingiustificato ed esorbitante rialzo dei pezzi praticati nella vendita di beni di prima necessità in situazioni di allarme sociale, palesa come si ponga un problema di lacuna regolamentare. In effetti, anche i provvedimenti dell'Antitrust con cui si sono avviati i procedimenti avverso le pratiche di *price gouging* non specificano in forza di quale disciplina si stia intervenendo. A ben vedere, tuttavia, il problema non si pone e l'ordinamento è in grado, facendo applicazione della normativa già esistente, di sanzionare questa condotta.

L'art. 20 cod. cons. ha previsto che una pratica è scorretta se ricorrono due condizioni: i) la sua contrarietà alla 'diligenza professionale'; ii) la sua idoneità «a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori» (comma 1). Il riferimento alla diligenza professionale deve essere inteso non come richiamo alla colpa ma alla buona fede quale regola di condotta oggettiva alla quale la parte forte deve conformare la propria attività concreta. L'art. 18, lett. h), cod. cons. definisce, infatti, la 'diligenza professionale' come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista».

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che si tratta di un 'illecito di pericolo', con la conseguenza che deve essere effettuato un giudizio prognostico ex ante, avendo riguardo alla «potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista, indipendentemente dal pregiudizio causato in concreto al comportamento dei destinatari, indotti ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti

preso» (C.d.S., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976; C.d.S., sez. VI, 23 maggio 2019, n. 3347; C.d.S., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; Trib. Amm. Reg. Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3095).

L'aumento non giustificato e sproporzionato dei prezzi, integrando di fatto un abuso ed un approfittamento di particolari condizioni di mercato, costituisce senza dubbio una condotta contraria alla clausola generale di buona fede e, in ultima analisi, alla diligenza professionale. Sembra, inoltre, condotta idonea a 'falsare' il comportamento economico del consumatore in relazione al prodotto di riferimento, dal momento che crea una alterazione del mercato ed una incapacità del consumatore di scegliere liberamente e a condizioni eque. La pratica del *price gouging* sembra, pertanto costituire una pratica commerciale scorretta non già perché sanzionata da una specifica previsione ma perché contrastante con la clausola generale prevista dall'art. 20 cod. cons. Naturalmente spetterà all'Autorità garante per la concorrenza del mercato valutare le singole circostanze del caso concreto al fine di verificare che vi sia stato un comportamento scorretto e contrario alla diligenza professionale. Questa circostanza dovrà escludersi laddove l'aumento del prezzo risulti in qualche modo giustificato.

Bibliografia essenziale

- M. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità protezione o annullamento per vizi del consenso*, in E. Minervini, L. Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, p. 237;
- C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il Codice del Consumo*, «Obbligazioni e contratti», 2007, p. 201;
- R. Calvo, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 147;
- E. Battelli, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, «Europa e Diritto Privato», 2, 2016, pp. 425 ss.;

- C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, «Obbligazioni e contratti», 6, 2010, pp. 408 ss.;
- G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale “scorretta”*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 143 ss.;
- A. Fachechi, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) “gap” normativo: il “sistema” dei rimedi negoziali*, «Studium iuris», 1, 2015, pp. 181-189;
- E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, «Contratto e impresa», 3, 2013, pp. 688 ss.;
- A. Nobile, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, «Contratto e impresa/Europa», 2014, pp. 180-199;
- D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, «Rivista di diritto civile», 5, 2013, pp. 11157 ss.

Laura Vagni

Consenso informato e diritto di autodeterminazione del paziente durante l'emergenza pandemica da coronavirus

SOMMARIO: 1. La disciplina del consenso informato introdotta dalla legge n. 219 del 2017 – 2. L'acquisizione del consenso informato in situazioni di emergenza e urgenza – 3. Medicina sperimentale, uso compassionevole di farmaci *off-label* e consenso informato – 4. Forme semplificate di acquisizione del consenso durante la pandemia da coronavirus – 5. L'emergenza pandemica e la divergenza tra diritto e prassi applicativa

1. La disciplina del consenso informato introdotta dalla legge n. 219 del 2017

La pandemia da coronavirus ha posto tutto il sistema sanitario nazionale sotto stress e reso problematica l'applicazione di molti protocolli sanitari. Dalla proclamazione dello stato di emergenza, avvenuta con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, il sistema sanitario nazionale è stato interessato da una serie di interventi normativi, volti ad adeguare la disciplina di settore al mutato contesto. La materia del consenso informato ai trattamenti sanitari e della responsabilità civile del medico, in conseguenza della violazione del dovere d'informazione, non sono state direttamente oggetto della normativa emanata durante lo stato di emergenza. Il diritto del paziente di essere informato riguardo alla propria salute e il dovere del medico di acquisire il suo consenso al trattamento sanitario, pertanto, restano disciplinati dalla normativa precedentemente in vigore.

Nel nostro ordinamento, com'è noto, la tutela del diritto del paziente al consenso informato è stata per lungo tempo demandata a una pluralità di fonti eterogenee, con l'esito di una discipli-

na frammentaria e in parte lacunosa. In questo contesto, la giurisprudenza ha svolto un importante ruolo di adeguamento delle regole nazionali ai principi di libertà di scelta e autodeterminazione del paziente, fino a riconoscere, in anni più recenti, un'autonomia del diritto di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche rispetto al diritto alla salute. La lesione della libertà del paziente, dovuta all'inadempimento da parte del medico del dovere informativo o alla mancata acquisizione del consenso al trattamento, determina, pertanto, una responsabilità del professionista e costituisce un'autonoma voce di risarcimento del danno.

In questo sviluppo della materia, il legislatore italiano è intervenuto con la legge n. 219 del 2017, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, che stabilisce una disciplina generale del consenso informato. La legge riconosce espressamente la dignità e la libertà di autodeterminazione del paziente come fondamento del diritto al consenso informato, segnando il definitivo passo verso la completa autonomia della tutela del diritto di autodeterminazione dalla tutela del diritto alla salute. L'art. 1 della legge, nel rispetto dei principi sanciti dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e dagli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e prevede che «[...] nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Il legislatore recepisce così gli esiti di un lungo percorso giurisprudenziale, volto al progressivo riconoscimento dell'informazione medica come parte integrante del processo di cura, che trova oggi esplicita affermazione nello stesso articolo 1, comma 8, della legge, secondo il quale: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

La legge n. 219 del 2017 regola le modalità di acquisizione del consenso informato, che deve essere prestato «[...] nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentono di comunicare» (art. 1, comma 4). L'adempimento da

parte del medico dell'obbligo informativo, quindi, non richiede una forma scritta a pena d'invalidità. L'acquisizione orale del consenso, non di meno, potrebbe costituire una violazione dell'obbligo informativo, quando, per le modalità della comunicazione, essa risulti inadeguata alle condizioni, alla cultura o alle cognizioni scientifiche del paziente.

La ripartizione dell'onere della prova tra medico e paziente costituisce nella prassi la questione spesso determinante del successo delle azioni per responsabilità da violazione del diritto di autodeterminazione. Il tema, a lungo dibattuto dalla dottrina, ha avuto una svolta fondamentale con la legge n. 24 del 2017, che distingue tra la responsabilità della struttura sanitaria e del medico che svolge la sua attività nell'ambito della struttura. Secondo la legge, la struttura sanitaria (quand'anche si avvalga per l'esercizio dell'attività medica di professionisti scelti dal paziente e non dipendenti dalla struttura stessa) e il medico che svolge attività come libero professionista rispondono a titolo contrattuale per i danni cagionati al paziente; diversamente, il professionista dipendente della struttura sanitaria o che comunque svolge la sua attività nell'ambito o per conto della struttura «[...] risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7, comma 3).

Nel caso di violazione delle regole per l'acquisizione del consenso libero e informato del paziente può sorgere, allora, una responsabilità per lesione del diritto di autodeterminazione del paziente sia in capo al medico, su cui incombe il dovere informativo, sia in capo alla struttura sanitaria che si è avvalsa del medico. Medico e struttura sanitaria saranno chiamati a rispondere del danno da lesione del diritto di autodeterminazione in modo diverso: il medico a titolo extracontrattuale (o contrattuale nei casi stabiliti dalla legge); la struttura sanitaria a titolo contrattuale. L'onere probatorio che ricade sul paziente, in caso di responsabilità extracontrattuale del medico, sarà più gravoso, dovendo riguardare tutti i requisiti costitutivi dell'illecito, *ex* art. 2043 c.c.: il paziente dovrà dar prova dell'atto illecito, del dolo o della colpa medica, del nesso di causalità e del danno conseguente (*ex multis* Cass. Civ., sez. III, n. 28985 del 2019).

2. L'acquisizione del consenso informato in situazioni di emergenza e urgenza

I ritmi incessanti ai quali è stato sottoposto il personale sanitario durante i mesi di massima diffusione del coronavirus, la difficoltà di comunicazione dovuta alle misure restrittive della circolazione delle persone e all'isolamento dei pazienti contagiati, la scarsità di risorse umane e di tempo hanno reso difficoltosa, se non in certi casi impossibile, la personalizzazione dell'informazione medica, richiesta dalla legge ai fini dell'acquisizione di un valido consenso informato. Le diverse condizioni di lavoro in cui si sono trovati i medici e il personale sanitario, in base alla normativa vigente, non consentono tuttavia deroghe al dovere informativo del medico.

La legge n. 219 del 2017 contempla una deroga al dovere di acquisizione del consenso preventivo in situazioni di emergenza e di urgenza per la salute del paziente. L'art. 1, comma 7, prevede che il medico e i componenti dell'equipe medica possano apprestare le cure necessarie, anche senza previa acquisizione del consenso, sempre che ciò avvenga «[...] nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla».

La situazione di emergenza ricorre nell'ipotesi di un trattamento sanitario indifferibile, mentre per urgenza deve intendersi una situazione di pericolo imminente per il paziente, nel quale rientra non solo il pericolo di vita, ma anche quello di gravi menomazioni della salute.

Si può ritenere che ricorra uno stato di emergenza e di urgenza nel caso di trattamenti salvavita, quali, ad esempio, l'ossigenazione o l'intubazione del paziente. La definizione di cura necessaria e l'individuazione di quali trattamenti sanitari possano essere apprestati, in situazioni di emergenza o urgenza, costituiscono, tuttavia, questioni dai contorni poco definiti, anche per l'assenza di una consolidata giurisprudenza in materia. Si tratta in ogni caso di ipotesi d'eccezione, che non esimono mai il medico dal dovere di indagare la volontà del paziente, espressa anche attraverso le disposizioni anticipate di trattamento (DAT). L'interpretazione trova conforto anche nelle recenti

raccomandazioni di etica clinica, pubblicate dall'Associazione italiana di anestesia analgesia, rianimazione e terapia intensiva per fronteggiare la problematica di squilibrio tra necessità e risorse disponibili durante la pandemia da coronavirus, che richiamano la necessità di valutare sempre la volontà del paziente di sottoporsi alle cure, espressa attraverso DAT o nel corso della pianificazione condivisa delle cure.

La disciplina stabilita dalla legge n. 219 del 2017 per le situazioni di emergenza e di urgenza, in conclusione, deve essere letta alla luce del principio del rispetto della libera scelta del paziente e del primato del diritto di autodeterminazione sulla tutela dell'integrità psico-fisica, a cui si ispira il testo legislativo, accogliendo un'idea di salute non basata esclusivamente sull'assenza di malattia, ma sulla percezione che il paziente ha di sé, che coinvolge sia lo stato clinico della persona sia gli aspetti interiori della vita, come avvertiti e vissuti dal soggetto.

3. Medicina sperimentale, uso compassionevole di farmaci off-label e consenso informato

Il contenuto del dovere informativo del medico è più ampio nei casi in cui il trattamento proposto e i risultati attesi della terapia non possano trovare conforto in dati scientifici consolidati, come avviene per le cure sperimentali. La sperimentazione può comportare effetti sulla sfera giuridica del paziente non del tutto noti; essa, inoltre, non ha un esclusivo scopo terapeutico, ma risponde anche a un interesse conoscitivo della comunità scientifica, teso a sviluppare nuove cure. Da qui il rilievo ancor più incisivo dell'informazione del medico sulle scelte terapeutiche del paziente.

Nel nostro ordinamento è prevista una disciplina speciale dell'acquisizione del consenso informato alle cure c.d. sperimentali, che prevede maggiori doveri informativi in capo al medico e più rigidi requisiti di validità del consenso prestato dal paziente.

Il tema è divenuto oggetto di particolare attenzione durante la pandemia da coronavirus perché molte delle patologie derivanti da infezione da Covid-19, in assenza di una terapia specifica, sono curate con farmaci c.d. *off-label*, ossia farmaci per i

quali esiste già un'autorizzazione all'immissione in commercio, ma che, sulla base di evidenze scientifiche, sono somministrati al paziente in maniera non conforme a quanto previsto dalla scheda tecnica del prodotto. La cura delle patologie da coronavirus, quindi, è apprestata nella maggior parte dei casi attraverso la partecipazione del paziente ad uno studio sperimentale o mediante la somministrazione al paziente di medicinali sperimentali ad uso compassionevole. In quest'ultimo caso, l'uso di medicinali sperimentali avviene nell'ambito di programmi terapeutici basati su protocolli clinici predefiniti e identici per più pazienti (c.d. *expanded access programmes*).

La medicina sperimentale è oggetto di una dettagliata disciplina di settore, che non è possibile richiamare compiutamente nel presente lavoro. Un principale riferimento normativo è costituito dalla direttiva 2001/20/CE *concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione della sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano*, attuata dal nostro ordinamento con d. lgs. n. 211 del 2003, da ultimo modificato dal d. lgs. n. 52 del 2019. L'uso compassionevole dei medicinali sottoposti a sperimentazione clinica trova disciplina, inoltre, nel d. del Ministero della salute del 7 settembre 2017.

Sulla base delle fonti richiamate, per poter avviare nei confronti dei pazienti affetti da Covid-19 un programma di uso di un medicinale sperimentale è necessario che il medicinale sia inserito nell'elenco speciale, secondo quanto stabilito dal d. lgs. n. 211 del 2003, e che il suo uso sia autorizzato dall'AIFA. La richiesta di autorizzazione deve essere corredata da una documentazione molto dettagliata, prevista dalla legge, che include anche il foglio informativo e il modulo del consenso informato da fornire al paziente, sui quali esprime la propria valutazione il Comitato etico.

La partecipazione del paziente ad una sperimentazione clinica o un programma di uso compassionevole autorizzati presuppone l'acquisizione del consenso scritto del paziente, in assenza del quale l'atto medico è illecito. L'art. 3 del d. lgs. n. 211 del 2003 stabilisce che l'acquisizione del consenso deve essere pre-

ceduta da un colloquio con il paziente, in cui il medico deve fornire una serie di informazioni atte a consentire di comprendere «[...] gli obiettivi, i rischi e gli inconvenienti della sperimentazione, le condizioni in cui sarà realizzata». Il paziente deve essere informato del suo diritto di ritirarsi dalla sperimentazione in qualsiasi momento. Se il paziente non è in grado di scrivere, è consentita in via eccezionale l'acquisizione del consenso orale, alla presenza di un testimone imparziale.

4. Forme semplificate di acquisizione del consenso durante la pandemia da coronavirus

La celerità delle procedure volte all'aggiornamento degli elenchi dei farmaci oggetto di sperimentazione clinica costituisce un fattore cruciale per l'avvio tempestivo di programmi di cura di pazienti affetti da patologie derivanti da infezione da coronavirus. In questa prospettiva si muove il decreto legge n. 18 del 2020, che all'art. 17 prevede deroghe alle procedure di acquisizione dei dati sugli studi sperimentali e usi compassionevoli dei farmaci da parte dell'AIFA, al fine di fronteggiare l'emergenza pandemica. La norma è stata ulteriormente modificata dall'art. 40 del decreto legge n. 23 del 2020 che specifica il coordinamento tra il Comitato Tecnico Scientifico dell'AIFA (CTS), il Comitato Etico Unico Nazionale, presso l'Istituto Nazionale "Lazzaro Spallanzani" di Roma, e il Comitato tecnico scientifico dell'unità di crisi della protezione civile per la valutazione dei protocolli degli studi clinici sperimentali sui medicinali. La norma prevede che il CTS dell'AIFA indichi entro dieci giorni le procedure semplificate per la menzionata acquisizione delle domande di autorizzazione ad un programma di uso terapeutico nonché per le modalità di adesione agli studi. In attuazione del decreto legge l'AIFA ha emanato la circolare del 27-03-2020, poi modificata in data 6-04-2020, *Sulle procedure semplificate per gli studi e gli usi compassionevoli per l'emergenza da Covid-19*. Nel documento si stabiliscono procedure straordinarie e semplificate per la presentazione e l'approvazione degli studi di sperimentazione clinica di medicinali per pazienti con Covid-19. La circolare stabilisce la predisposizione del modello per l'acqui-

sizione del consenso informato alla somministrazione di farmaci *off-label*, che, anche nel caso di procedure semplificate, deve essere sottoposto insieme ad altri documenti al Comitato Etico Unico Nazionale, ai fini dell'autorizzazione dell'inclusione del medicinale in un programma di cura.

Il problema dell'acquisizione del consenso informato per la somministrazione di medicinali ad uso compassionevole o per la partecipazione a studi sperimentali è affrontato in un comunicato dell'AIFA del 7-04-2020 sulla *Gestione degli studi clinici in Italia in corso di emergenza Covid-19*, che stabilisce una buona prassi per l'acquisizione del consenso informato nel caso in cui il paziente non possa fornire il consenso scritto. Nel documento s'individuano forme alternative alla prestazione del consenso per iscritto, quali la comunicazione telefonica, seguita da una e-mail di conferma, o l'uso di sistemi elettronici validati, ma si specifica che l'esercente la professione sanitaria non è esentato in ogni caso dall'acquisizione del consenso scritto, non appena la situazione lo permetta. L'opportunità di ottenere il consenso dal paziente deve essere sempre privilegiata rispetto ad altre soluzioni, anche nei casi di pazienti in isolamento. In tali ipotesi si suggerisce di far uso di telecamere o di fotografie della documentazione, prese attraverso le barriere d'isolamento trasparenti. Il Comunicato prevede, inoltre, la possibilità di acquisire un "temporaneo consenso in forma verbale" che deve avvenire alla presenza di un testimone imparziale, fermo restando il dovere di acquisire il consenso per iscritto non appena le condizioni del paziente lo consentano.

La buona prassi per l'acquisizione del consenso informato delineata dall'AIFA è in linea con le linee guida recentemente pubblicate dall'Agenzia Europea per i Medicinali (EMA), sotto l'egida della Commissione Europea, per la *Gestione delle sperimentazioni cliniche durante la pandemia da Covid-19*.

Le linee guida riconoscono la diversità delle discipline nazionali in materia di consenso informato e riaffermano che l'acquisizione del consenso del paziente alla cura, anche durante l'emergenza pandemica, deve essere conforme a quanto stabilito dalla legislazione europea e dalla legge nazionale applicabile. Il documento evidenzia la necessità di sviluppare protocolli alternativi

per l'acquisizione del consenso informato, soprattutto nel caso in cui l'isolamento del paziente non gli permetta di prestare il consenso in forma scritta. In materia si richiama l'art. 2 della direttiva 20/2001/CE secondo il quale, nell'impossibilità di acquisire il consenso informato per iscritto, si può acquisire il consenso oralmente alla presenza di un testimone imparziale. In questi casi – specificano le linee guida – il testimone deve apporre la data e sottoscrivere il modulo del consenso informato, mentre il medico che acquisisce il consenso deve documentare com'è stato selezionato il testimone. Nel caso di difficoltà di comunicazione con il paziente, dovute ad esempio all'isolamento, si possono redigere due documenti, uno sottoscritto dal medico e uno dal paziente. Il consenso al trattamento sanitario su minori o incapaci può essere prestato dal legale rappresentante, secondo quanto stabilito dalla direttiva 20/2001/CE agli articoli 4 e 5.

In situazioni d'urgenza, le linee guida dell'EMA raccomandando di iniziare il trattamento e acquisire il consenso in un momento successivo solo nel caso in cui la legislazione nazionale lo consenta. L'urgenza potrebbe essere determinata dalla necessità di modificare un programma di cura già intrapreso dal paziente. Si tratta di un caso piuttosto frequente nel trattamento di pazienti affetti da Covid-19, per la pluralità di programmi di cura avviati per il trattamento delle patologie derivanti dall'infezione e il continuo aggiornamento dei risultati degli studi sperimentali in materia. Le linee guida raccomandano di seguire modalità informali per acquisire il consenso alla modificazione in via d'urgenza di una cura in corso, quali il colloquio telefonico e la comunicazione orale, e di rinviare l'acquisizione del consenso secondo le normali procedure al primo momento utile, successivo all'inizio della sperimentazione.

5. L'emergenza pandemica e la divergenza tra diritto e prassi applicativa

Le buone prassi dell'AIFA e le linee guida dell'EMA in materia di consenso informato durante la pandemia da coronavirus possono trovare applicazione nel nostro ordinamento nei limiti della loro conformità alla legge. Allo stato dell'arte, anche du-

rante l'emergenza pandemica, la disciplina italiana del consenso informato non consente un'acquisizione del consenso successiva all'inizio della cura, ad eccezione delle ipotesi delle cure necessarie apprestate in situazioni di emergenza e urgenza del paziente. La possibilità di curare il paziente senza un previo consenso dipende dalla qualificazione della cura come necessaria, ai sensi dell'art. 1, comma 7, della legge n. 219 del 2017. Come evidenziato in precedenza, si tratta di un'eccezione contemplata dalla legge al principio del consenso preventivo alle cure, che non esime mai il medico dall'indagine della volontà del paziente, se in grado di esprimerla. Nel caso di somministrazione di medicinali sperimentali, in particolare, si può discutere della possibilità di ricomprendere un trattamento, i cui esiti non sono del tutto noti, nella definizione di cura necessaria attualmente accolta dalla giurisprudenza maggioritaria.

Al di fuori dei casi contemplati dall'art. 1, comma 7, della legge n. 219 del 2017, in conclusione, l'atto del medico è illecito e fonte di responsabilità in assenza di un consenso preventivo del paziente. Nel caso di partecipazione del paziente ad un programma sperimentale o di somministrazione di un farmaco sperimentale ad uso compassionevole, il consenso dovrà inoltre essere prestato per iscritto, con l'unica eccezione del paziente non in grado di scrivere, che può acconsentire al trattamento sanitario oralmente, alla presenza di un testimone imparziale.

Occorre osservare, tuttavia, che l'emergenza pandemica ha determinato una sorta di scollamento tra il diritto scritto e la prassi applicativa in materia di consenso informato. Così, autorevoli voci hanno denunciato un vero e proprio 'azzeramento' del consenso informato durante i mesi di massima diffusione del contagio da coronavirus. In quel contesto emergenziale si è assistito al ritorno ad una concezione clinica del paziente e le decisioni del medico si sono basate primariamente sul quadro clinico del paziente, a discapito della valutazione di dati extra-clinici, ciò con riflessi importanti non solo sul piano etico, ma anche sul significato giuridico di salute.

Da un punto di vista giuridico, questa divergenza tra diritto e realtà, ove verificata, esporrebbe la categoria dei medici e le strutture sanitarie alla conseguente responsabilità per violazione

dei doveri d'informazione e acquisizione del consenso alle cure. I medici si troverebbero a rispondere nei confronti dei pazienti di quelle difficoltà e carenze del Sistema sanitario di cui loro stessi sono stati vittima.

Al di là dei profili di responsabilità medica, il problema di uno scollamento tra diritto e prassi in materia di consenso informato fa emergere con più evidenza la polivalenza del significato di salute, con effetti importanti sul piano giuridico.

La pandemia sembra aver determinato una sorta di rivincita della salute come assenza di malattia sull'idea di salute come percezione di sé. Ciò interroga sia sull'effettiva possibilità di concepire la salute come non limitata allo stato clinico della persona sia sul rapporto tra salute pubblica e libertà individuale. La disapplicazione delle regole sul consenso informato si è verificata, se ciò è avvenuto, in situazioni di scarsità di tempo, risorse, organizzazione, in cui le forze sono state impiegate per assicurare una tenuta della salute pubblica. In questa prospettiva, la questione che emerge è di stabilire quanto e fino a che punto la libertà individuale è sacrificabile in ragione della salute pubblica e qual è il limite oltre il quale la privazione della libertà individuale fa implodere anche la salute pubblica. L'interrogativo pone una sfida per l'idea di persona e di libertà su cui si basano le democrazie occidentali, con cui ritengo che i giuristi siano chiamati a cimentarsi nel panorama giuridico post-pandemia.

Bibliografia essenziale

- L. Albanese, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per la violazione degli obblighi informativi*, nota a Cass. Civ., sez. III, 17 gennaio 2019 n. 1043; ord. Cass. civ., sez. III, 4 dicembre 2018 n. 31234, «Responsabilità civile e previdenza», 4, 2019, pp. 1169-1186;
- M. Azzalini, *Il diritto alla rinuncia e al rifiuto di cure necessarie alla propria sopravvivenza nella l. n. 219/17: questioni aperte e nuove prospettive di tutela dell'integrità della persona. Commento a legge 22 dicembre 2017 n. 219*, «Le Nuove leggi civili commentate», 1, 2019, pp. 102-124;
- M.N. Bugetti, *La disciplina del consenso informato nella Legge 219/2017. Commento a legge 22 dicembre 2017 n. 219 art. 1*, «Rivista di diritto civile», 1, 2019, pp. 106-129;

- V. Calderai, *Consenso informato*, «Enciclopedia del diritto, Annali», VIII, Milano, 2015, pp. 225-263;
- E. Calò (a cura di), *Consenso informato e disposizioni anticipate*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019;
- F. Carimini, *Ars medica e tutela del paziente*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019;
- Comitato Nazionale di Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020, <http://bioetica.governo.it/media/3997/p136_2020_covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica.pdf>, 4 giugno 2020;
- G. Facci, *San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, «Il Corriere Giuridico», 2020, vol. 3, pp. 353-364;
- E. Fazio, *Lesione del diritto all'autodeterminazione e danno alla persona*, «Danno e responsabilità», 2, 2020, pp. 163-172;
- F. Gambino, M. Cingolani (a cura di), *La riforma della responsabilità sanitaria: novità, continuità, criticità*, Milano, Giuffrè, 2019;
- M. Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. Lenti, E. Palermo Fabris, P. Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di Bioetica*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 191-288;
- G. Iudica (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, Giuffrè, 2019;
- M. Mori, *Come mai l'emergenza pandemica ha azzerato il consenso informato?*, «Quotidianosanità.it», 9 maggio 2020, <https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=85035>, giugno 2020;
- E. Novellino, *Il farmaco. Ricerca, sviluppo e applicazione in terapia*, Napoli, Fedoa Press, 2019;
- R. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, Giuffrè, 2010;
- P. Zatti, *Spunti per la lettura della legge sul consenso informato e DAT. Commento a L. 22 dicembre 2017, n. 219*, «La Nuova giurisprudenza civile commentata», 2, 2018, pt. 1, pp. 247-252.

Si vedano anche:

- AIFA, *Circolare sulle procedure semplificate per gli studi e gli usi compassionevoli per l'emergenza da Covid-19*, 6 aprile 2020, <<https://www.aifa.gov.it/web/guest/-/circolare-sulle-procedure-semplificate-per-gli-studi-e-gli-usi-compassionevoli-per-l-emergenza-da-covid-19>>, 4 giugno 2020;
- AIFA, *Gestione degli studi clinici in Italia in corso di emergenza COVID-19 (coronavirus disease 19)*, 07-04-2020, <<https://www.aifa.gov.it/>>

documents/20142/871583/Comunicato_gestione_studi_clinici_in_emergenza_COVID-19_07.04.2020.pdf/34d8c749-a329-990b-9ce3-2ea044cecc80>, 4 giugno 2020;

European Medicine Agency (EMA), *Guidance on the Management of Clinical Trials During the Covid-19 (coronavirus) Pandemic*, 28 aprile 2020, <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol10/guidanceclinicaltrials_covid19_en.pdf>, 4 giugno 2020;

SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensive e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 06-03-2020, <<https://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>>, 4 giugno 2020.

Mariano Cingolani

La medicina ai tempi del coronavirus: relazione medico-paziente, diagnosi, terapia e responsabilità nell'emergenza Covid-19

SOMMARIO: 1. Qualche dato di carattere epidemiologico – 2. La relazione medico-paziente – 3. La diagnosi – 4. La terapia – 5. La responsabilità dei sanitari

1. *Qualche dato di carattere epidemiologico*

Prima di affrontare la disamina degli aspetti che ineriscono alle conseguenze dell'emergenza Covid-19 su alcuni aspetti di fondamento dell'esercizio dell'attività sanitaria volta alla tutela della salute, è utile anteporre alcuni dati di carattere epidemiologico relativi al modo con il quale la pandemia da virus SARS-CoV-2 ha interessato il nostro paese. Come indicatore di carattere cronologico si è presa la data del 10 maggio.

Il contagio

Il numero dei casi registrati ha avuto un andamento rapidamente crescente dopo la prima settimana dal primo caso (21 febbraio), fino a raggiungere un picco massimo il 21 marzo, con oltre 6500 casi/giorno. Successivamente a tale data il numero dei contagiati/giorno si è stabilizzato su livelli compresi tra i 5000 ed i 6000, fino alla fine del mese di marzo. Quindi è disceso, stabilizzandosi fino al 12 aprile su livelli compresi tra i 4000 e i 5000 casi/giorno. Nel periodo successivo, fino al 10 maggio, si è avuta una lenta e progressiva discesa, fino a valori inferiori di poco a 1000 casi/giorno.

Le conseguenze

I casi, differenti per tipo di presentazione (asintomatici o in assistenza domiciliare, ricoverati, ricoverati in terapia intensiva, deceduti) hanno mostrato un andamento sovrapponibile.

Per tutto il periodo la maggior parte dei casi è rappresentata dagli asintomatici e dai soggetti in assistenza domiciliare (mediamente oltre l'80% del totale, con un massimo di oltre 80.000 intorno al 22 aprile); i ricoverati in reparti ordinari hanno avuto un massimo, pari a circa 30.000, il 18 aprile; i ricoverati in terapia intensiva hanno raggiunto il massimo, pari a oltre 4000, nei giorni compresi tra il 18 ed il 20 aprile. I deceduti si sono mantenuti, dopo il picco giornaliero di quasi 1000 casi dei primi giorni di aprile, su livelli superiori a 500 fino ad oltre il 15 dello stesso mese, per poi lentamente diminuire. I guariti sono, progressivamente e rapidamente, aumentati, a partire dalla metà di marzo, fino a raggiungere alla fine del periodo considerato, la cifra globale di oltre 90.000.

La diffusione del contagio nella popolazione

La percentuale di soggetti contagiati per 100.000 abitanti nelle diverse regioni italiane è stata assai variabile. In alcune regioni l'incidenza è stata superiore a 500 casi/100.000 abitanti (Valle d'Aosta, p.a. Trento, Lombardia, Piemonte, Emilia-Romagna, Liguria), in altre compresa tra 100 e 500 casi/100.000 (p.a. Bolzano, Marche, Friuli v.g., Veneto, Toscana, Abruzzo, Umbria, Lazio, Puglia), nelle restanti è stato inferiore a 100/100.000 abitanti. Nel complesso oltre il 71% dei casi si è concentrato in 4 regioni del nord (Lombardia, Piemonte, Emilia-Romagna e Veneto).

Il rischio di trasmissione

La quantificazione del rischio di trasmissione del contagio nelle regioni, espresso come relazione tra incidenza sulla popolazione ed incremento percentuale dei casi positivi, ha mostrato (alla data del 10 maggio 2020) in tre regioni (Liguria, Piemonte e Lombardia) un valore ancora elevato.

Il rischio di trasmissione del contagio, calcolato come R_t (capacità del contagiato di contagiare), valutato alla data del

5 maggio, era inferiore all'unità in tutte le regioni, tranne la Sicilia.

2. *La relazione medico-paziente*

Per descrivere, con la necessaria concisione, come la pandemia abbia inciso su tale fondamentale aspetto dell'esercizio dell'attività sanitaria, deve essere ricordato come gli indici dell'importanza di esso erano stati, nella legislazione recente, particolarmente enfatizzati e resi qualificanti anche con la legge 22 dicembre 2017 n. 219 ove, appunto, all'art.lo 1, comma 2, si indicava che «È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente». E ancora, a rafforzare questa previsione, il comma 7 dello stesso articolo ricordava che «Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'équipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirlo». Il comma successivo, quindi, dichiaratamente affermava che la comunicazione rappresenta un elemento qualificante della cura, indicando che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» e il comma 10 aggiungeva che «La formazione iniziale e continua dei medici e degli altri esercenti le professioni sanitarie comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative». La stessa legge, inoltre, all'art.lo 5 disciplinava un aspetto qualificante della relazione, costituito dalla «pianificazione condivisa delle cure», che era definita come «Nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inar-

restabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità».

Tali prerogative, nell'esperienza della pandemia da Covid-19 sono in larghissima parte andate perdute. Infatti le esigenze connesse con il contenimento del contagio hanno portato alla progressiva riduzione dei contatti 'fisici' tra personale sanitario e soggetto a rischio di essere stato contagiato, per cui è venuta meno l'essenza stessa della 'relazione', costituita dal contatto tra sanitario e paziente. Si è operato infatti 'a distanza', sostituendo la visita con la consultazione telefonica, peraltro gestita anche da personale non sanitario, ed organizzata in maniera impersonale ed assolutamente standardizzata. Anche quando, a valle di tale approccio iniziale, fosse richiesto l'intervento del medico di medicina generale, ciò è avvenuto 'a distanza', evitando il contatto diretto. Sia che il soggetto, al termine di tale preliminare studio, fosse lasciato al proprio domicilio, sia che ne fosse eventualmente disposto il trasferimento in ospedale, l'intero processo è avvenuto in assenza di ogni elemento di relazione. Peraltro, nelle fasi più acute dello sviluppo del contagio, anche in ambiente di ricovero, sia ordinario che a carattere intensivo, la 'relazione' ha ceduto il passo alle esigenze concrete dell'assistenza ed alle correlate necessità dipendenti dall'elevato numero di casi da trattare. L'espressione, indicata dalla legge, che il "tempo di relazione" fosse "tempo di cura" è stata contraddetta nei fatti. Per le stesse esigenze è stata interrotta ogni comunicazione con le persone di riferimento (i familiari, gli affetti) e i ricoverati sono stati sostanzialmente soli, non più protagonisti delle strategie di cura, ma semplici oggetti delle stesse. Si è tornati ad una medicina 'autoritaria' nella quale le scelte sono state condotte dai sanitari, solo sulla base del convincimento clinico, lasciando il paziente come testimone muto ed oggetto passivo delle determinazioni. Qualche settimana di pandemia ha di fatto cancellato alcuni decenni di elaborazione etica, deontologica ed anche clinica relativa alla relazione fiduciaria ed alle sue forme. La spinta dell'emergenza ha demolito la relazione, non sempre in maniera

giustificata. Anche l'elaborazione bioetica peraltro sembra essere stata attratta da tale regressione autoritaria, tanto che lo stesso Comitato Nazionale per la Bioetica, in un suo documento dell'8 aprile 2020, ha concluso che «Il triage in emergenza pandemica deve basarsi unicamente sul 'criterio clinico'». La figura della 'persona assistita', la sua autonomia, la sua personalità, il suo modo di sentire, è scomparsa dall'orizzonte delle scelte. Da tale punto di vista anche il documento della SIARTI (Società Italiana di Anestesia, Rianimazione e Terapia Intensiva) che all'inizio di aprile ha proposto alcuni indicatori di scelta relativi alla gestione delle risorse (soprattutto di assistenza alla respirazione) nei casi critici (quando gli strumenti fossero inferiori al numero di casi da trattare) ha nel complesso identificato un elemento di carattere 'clinico' (probabilità di riuscita dell'assistenza respiratoria) come fondante la scelta. Il paradosso è emerso quando un caso del tutto peculiare di un cittadino, di età giovane, che, di fronte alla pandemia ed alla consapevolezza della ristrettezza delle risorse, aveva predisposto e depositato una Dichiarazione anticipata di trattamento che prevedeva, con spirito altruistico, che in caso di sua necessità del sostegno respiratorio, l'utilizzo dell'apparecchio fosse destinato non a lui ma ad altri, ha messo in crisi il pregiudizio 'clinico', richiamando l'importanza della scelta di libertà anche in tale eccezionale situazione.

Indubbiamente c'è da chiedersi se, data la particolarissima condizione della pandemia, poteva essere fatto qualche cosa di diverso, magari recuperando, ove possibile, almeno un minimo di legame relazionale. Quanto la letteratura recente segnala nel Regno Unito, ove sono stati sviluppati veri e propri 'Covid-19 talking points', presso le strutture di ricovero, per promuovere la comunicazione efficace medico-paziente anche durante la pandemia, può costituire un utile suggerimento organizzativo anche per il nostro paese.

3. *La diagnosi*

Anche il percorso diagnostico durante la pandemia ha abbandonato le consuete indicazioni metodologiche, ormai consolidate, della medicina basata sulle evidenze, abdicando alle necessità

suggerite dall'emergenza. Le procedure diagnostiche sono state decise sulla base della salvaguardia dal contagio, prediligendo modalità di screening extraospedaliero e, soprattutto, domiciliare gestite a distanza, secondo specifiche previsioni indicate per circolare (Ministero della Salute, 27 febbraio 2020). La stessa circolare ha stabilito specifiche previsioni che consentissero di definire i casi 'sospetti', i casi 'accertati', i concetti di 'contatto'; con disposto di poco successivo (Circolare del Ministero della Salute del 28 febbraio 2020) si è inoltre definito il caso 'guarito'. In tale opera di standardizzazione, evidentemente sempre allo scopo di limitare i contatti dei casi sospetti con le strutture sanitarie, si è scelto di identificare nel laboratorio l'elemento essenziale e unico per la diagnosi, considerando come 'certo' solo il caso in cui l'accertamento di medicina molecolare relativo alla presenza di materiale virale nel tampone oro-faringeo, eseguito con metodica RT-PCR, fosse risultato positivo. Anche la guarigione è stata definita dalla duplice negatività, in tempi successivi, di due test dello stesso tipo. In tale modo oltre il 75% delle diagnosi è stata operata senza valutazione clinica e solo sulla base della positività alla ricerca del virus SARS-CoV-2, su soggetti che, dopo la stessa diagnosi, sono rimasti al proprio domicilio (in quanto asintomatici o paucisintomatici).

La 'clinica' in senso proprio (anamnesi, esame obiettivo, accertamenti strumentali) è stata applicata su circa il 25% dei casi, ovvero quelli ricoverati, peraltro sempre prediligendo il test di laboratorio come strumento di definizione del caso, anche quando emergevano nell'esperienza concreta altri dati utili al medesimo fine (come ad esempio quelli di tipo diagnostico per immagini, soprattutto polmonari). Concedendo dimensione esclusiva ad un test che, per tutta la durata della fase ascendente del contagio, non è stato disponibile secondo quelle che erano numericamente le esigenze e, quindi, essendo anche costretti a non poterlo applicare, tempestivamente, a tutti coloro che ne avessero necessità. Oltretutto utilizzando procedure di laboratorio che erano già state segnalate, durante l'esperienza cinese dell'infezione da Covid-19, come di buonissima specificità, ma con risultato positivo interpretabile solo come "presenza di materiale virale", senza che ciò nulla potesse dire sulla viabilità

del virus (e quindi sulla sua capacità di contagiare altri); ma di abbastanza bassa sensibilità, tanto da lasciare una quota di falsi negativi di rilievo (fin quasi al 30%).

Insomma, se nella relazione medico-paziente la pandemia ha prodotto un ritorno alla medicina autoritaria, nel campo della diagnosi si è raggiunta la sostanziale ‘assenza’ della medicina, come attività strutturata e complessa.

In questo ambito poteva, certamente, farsi qualcosa di differente, concedendo, almeno in chi raggiungesse l’assistenza ospedaliera, di venir studiato in maniera completa anche dal punto di vista diagnostico, utilizzando tutte le possibilità ed il know-out della medicina moderna.

4. *La terapia*

Anche la terapia, inevitabilmente, ha sofferto per la pandemia. Va ricordato che in precedenza alla pandemia dal punto di vista trattamentale si usavano strumenti adeguati e di efficacia controllata (i farmaci registrati per ciascuna indicazione), secondo le indicazioni della farmacopea e della letteratura più aggiornata (cosiddetto utilizzo ‘label’ del farmaci).

L’assenza di principi terapeutici utili per contrastare l’infezione da SARS-CoV-2 ha prodotto, inevitabilmente, all’inizio del contagio nel nostro paese, la necessità di utilizzare alcuni farmaci in modalità ‘off-label’, ovvero al di fuori delle indicazioni codificate e delle situazioni di efficacia conosciute, applicando il principio dell’assenza di alternative autorizzate di una qualche efficacia.

Si è fatto ritorno alla medicina ‘sintomatica’, alla medicina ‘empirica’ ed anche all’uso compassionevole dei presidi (Solnateide, Remdesivir, Canakinumab, Ruxolitinib).

Per superare il problema è stata introdotta una specifica previsione legislativa (art. 17 del decreto ‘Cura Italia’) che ha modificato i tempi ed i modi della sperimentazione clinica dei farmaci, centralizzando sia le richieste (ISS) sia le autorizzazioni alla sperimentazione (AIFA). Il percorso ha, indubbiamente, prodotto un effetto positivo, tanto che la procedura ha consentito di modificare le schede di registrazione di alcuni farmaci, in-

roducendovi l'indicazione relativa al Covid-19 (Eparine a basso peso molecolare, Azitromicina, Darunavir, Idrossiclorochina, Lopinavir). Lo stesso è avvenuto in riferimento all'autorizzazione alla sperimentazione clinica in fase III, che ha portato all'accoglimento di 29 protocolli sperimentali da parte dell'AIFA.

In questo particolare ambito, insomma, il contrasto alla pandemia sembra essere stato più tempestivo e più coerente, senza abdicare alla metodologia di sperimentazione che garantisce comunque la sicurezza.

5. La responsabilità dei sanitari

In ambito di responsabilità dei sanitari, come si ricorderà, il legislatore, abbastanza recentemente (legge 24 del 2017) aveva ancorato tale giudizio al rispetto, «salve le specificità del caso concreto, delle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ..., In assenza, alle buone pratiche clinico-assistenziali» (art. 5 legge 24/2017). È del tutto evidente come tale quadro di riferimento sia d'impossibile applicazione nei confronti dell'infezione da Covid-19, malattia sconosciuta fino all'inizio del 2020 e per la quale non erano e non sono neppure oggi disponibili non solo linee guida accreditate, ma neppure buone pratiche clinico-assistenziali. Peraltro anche i punti di riferimento della responsabilità penale dei sanitari, come sono stati delineati dalla stessa legge all'art. 6, sembrano coniugarsi in maniera molto problematica con le attività che i sanitari sono stati costretti a porre in essere nell'emergenza per curare i pazienti affetti da Covid-19. Anche considerando che il sistema sanitario italiano ha operato e sta operando nell'ambito di quella che può essere definita una urgenza catastrofica; si è dovuto ridisegnare l'assetto delle strutture sanitarie, con la riconversione nell'arco di 24-48 ore di ospedali ad utilizzo esclusivo per pazienti affetti da Covid-19, si è fatto ricorso per i reparti di rianimazione anche a personale non specializzato e non all'uopo congruamente formato, ci si è avvalsi anche di 'aiuti' internazionali (medici cubani, cinesi, russi ed albanesi). Viene a delinearsi lo scenario di ospedali con reparti attrezzati in massima urgenza, sia in termini logistici che di strutture che

di personale, con susseguenti inevitabili carenze operative. Carenze purtroppo anche dal punto di vista della prevenzione dei contagi, che hanno portato ad un numero notevole di infezioni e di decessi tra gli operatori sanitari stessi.

A fronte di questa drammatica situazione sono iniziate a comparire notizie di ‘studi legali’ che offrono consulenza gratuita per patrocinare richieste di risarcimento danni contro soggetti, medici e strutture sanitarie, impegnati nel curare i pazienti affetti da infezione da Covid-19. Nonostante le molteplici prese di posizione contro queste iniziative, anche da parte di alcuni ordini degli avvocati, il problema nell’attuale assetto normativo si pone per gli operatori sanitari che si sentono ‘schiacciati’ sotto il peso di una sensazione di impotenza non avendo armi adeguate a combattere l’infezione che ogni giorno li fa assistere alla morte di molti loro pazienti, con il rischio di vedersi un domani coinvolti in procedimenti civili e/o penali per non aver assistito i pazienti in modo corretto.

A tale proposito la strada della modifica legislativa, almeno dal punto di vista della responsabilità penale, è stata esclusa nella recente approvazione definitiva del decreto ‘Cura Italia’.

Da più parti però si sta invocando l’istituzione di un ‘fondo’ che valga a coprire l’indennizzo per i casi d’infezione correlati all’assistenza (sia del personale sanitario, sia degli utenti, comprensivo anche di coloro ai quali le condizioni di emergenza non hanno dato accesso alle cure). Nella bozza del decreto ‘Rilancio’ è già prevista, intanto, una norma che solleva da responsabilità per la prescrizione ‘off label’ avvenuta durante l’emergenza. Si tratta di interventi che sembrano utili almeno a ridurre le preoccupazioni sollevate in ambiente sanitario e che, se approvate, potrebbero utilmente rappresentare anche giusta considerazione dei diritti di coloro che hanno subito danni durante la pandemia per situazioni oggettive di carenza organizzativa da essa causate.

Bibliografia essenziale

- P. Fedeli, N. Cannovo, R. Scendoni, M. Cingolani, *The Coronavirus Flu Emergency in Italy: Legal Issues Regarding Minors*, «Biomed J Sci & Tech Res», 26, 2020;
- W. Guidance, *Clinical management of severe acute respiratory infection when novel coronavirus (2019-nCoV) infection is suspected*, World Health Organization, <<https://www.who.int/>>, giugno 2020;
- Y.R. Guo, Q.D. Cao, Z.S. Hong *et al.*, *The origin, transmission and clinical therapies on coronavirus disease 2019 (COVID-19) outbreak – an update on the status*, «Military Medical Research», 7, 2020;
- F. Ingravallo, *Death in the era of the COVID-19 pandemic*, «Lancet Public Health», 2667, 2020;
- S. Nandini, S.J. Sundararaj, R. Akihido, *Interpreting diagnostic tests for SARS-Cov-2*, «JAMA», 6, 2020;
- F. Nicoli, A. Gasparetto, *Italy in a Time of Emergency and Scarce Resources: The Need for Embedding Ethical Reflection in Social and Clinical Settings*, «The Journal of Clinical Ethics», 31, 2020;
- S.G. Parisi, G. Viel, R. Cecchi, M. Montisci, *Covid-19: the wrong target for healthcare liability claims*, «Legal Medicine», 46, 2020;
- A. Peterson, E. Largent, E. e R. Hart, J. Karlawish, *Ethics of reallocating ventilators in the covid-19 pandemic*, «British Medical Journal», 369, 2020;
- L. Santacroce, L. Bottalico, I.A. Charitos, *The impact of Covid-19 on Italy: a lesson for the future*, «The international journal of occupational and environmental medicine», 11, 2020.

Alessio Bartolacelli

Il diritto commerciale nel tempo della pandemia.
Tra neoprotezionismo, zone franche ed emergenza portata a sistema

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. ‘Dirigismo’ – 3. ‘Protezionismo’ – 4. ‘Attendismo’ – 5. ‘Pochi, maledetti, e subito’ – 6. Cosa resterà di questa pandemia...

1. *Introduzione*

La legislazione d'emergenza emanata in occasione della pandemia di Covid-19 ha interessato il diritto commerciale sotto molteplici profili anche se, in linea di tendenza, soprattutto attraverso norme aventi carattere temporaneo.

In particolare hanno avuto incidenza diretta su diritto societario e su diritto della crisi d'impresa i decreti legge 28/2020 (c.d. ‘Cura Italia’), 23/2020 (c.d. ‘Liquidità’) e 34/2020 (c.d. ‘Rilancio’), al momento in cui si scrive i primi due convertiti con modificazioni dalle leggi 27/2020 e 40/2020, rispettivamente.

In via preliminare si può osservare agevolmente come la materia giuscommerciale sia ampiamente interessata, ben al di fuori dei tempi pandemici, da interventi normativi condotti con lo strumento della decretazione governativa, pure in evidente assenza dei prescritti requisiti della straordinarietà e della necessità ed urgenza di cui all'art. 77 Cost.; le vicende che tra il 2012 ed il 2013 hanno interessato il requisito capitalistico minimo della s.r.l. – sei interventi in diciotto mesi – esemplificano assai bene tale tendenza. Non è naturalmente questo il caso che qui interessa, dove la necessità di contenere le ricadute in ambito econo-

mico di diverse regole di emergenza sanitaria giustifica senz'altro – perlomeno in via generale – l'utilizzo dello strumento del decreto legge. Vedremo come, tuttavia, tale affermazione debba necessariamente essere posta alla prova dei concreti interventi effettuati, che perlomeno in un caso paiono avere colto l'occasione dell'emergenza pandemica per porre rimedio – o tentare di farlo – a situazioni di criticità risalenti e insolute da decenni.

In linea generale, gli interventi normativi posti in essere in ambito giuscommercialistico hanno come scopi generali:

- il consentire l'ordinato svolgimento delle riunioni degli organi societari, nonostante le misure di distanziamento sociale in vigore durante la fase acuta dell'emergenza pandemica;
- il prevenire fenomeni speculativi, favoriti dalla sostanziale riduzione del valore di mercato delle partecipazioni sociali, anche al fine di evitare interventi opportunistici di investitori esteri in imprese nazionali;
- l'impedire – al fine di garantire la tenuta complessiva del sistema finanziario – liquidazioni o insolvenze 'a catena', che potrebbero minare la solidità complessiva dell'economia nazionale.

Le diverse misure adottate per le finalità appena ricordate possono a mio avviso essere sistematicamente raggruppate secondo alcune linee generali di politica normativa; ne identifico quattro, ben sapendo che non si tratta che di una tra le molte suddivisioni possibili: interventi improntati ad un'ottica 'dirigista'; misure caratterizzate da un anelito 'protezionista'; azioni volte ad uno spiccato 'attendismo'; e provvedimenti indirizzati a favorire la patrimonializzazione delle imprese. Accanto alla succinta presentazione delle singole misure, si tenterà di esaminare se fossero possibili alternative maggiormente efficienti rispetto a quella adottata, e se tra esse ne siano presenti alcune suscettibili di essere traslate tra le norme di ordinaria applicazione al termine del periodo emergenziale. Già sin d'ora si può tuttavia sostenere che la pandemia è vista dal legislatore come una occasione per perseguire il rafforzamento del ruolo degli amministratori in un contesto endosocietario – e ciò anche eventualmente a discapito dei soci, secondo una lettura marcatamente istituzionalistica del fenomeno societario –, e del ruolo dello Stato nell'economia, sotto il profilo esosocietario.

2. 'Dirigismo'

Da tempo il ruolo degli amministratori all'interno delle società, soprattutto di capitali, è oggetto di attenzione peculiare da parte del legislatore. Le ragioni sono diverse, ma essenzialmente riconducibili al fatto che una chiara demarcazione tra i ruoli interni alla società, con una sostanziale primazia dell'organo amministrativo, incaricato della gestione *tout court* (quotidiana, finanziaria, organizzativa, strategica...) dell'impresa, è necessaria soprattutto per una definita attribuzione delle responsabilità gestorie. Tale orientamento – già chiaro soprattutto per le società azionarie, a partire dalla riforma organica entrata in vigore nel 2004 – trova da ultimo conferma, in tutti i tipi societari, con l'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ai sensi del quale il principio di gestione esclusiva dell'impresa societaria – sino al 2019 patrimonio della sola s.p.a. *ex art. 2380-bis c.c.* – viene esteso (immediatamente, e non con l'entrata in vigore ritardata prevista per le norme propriamente concorsuali) a tutti i tipi societari, creando peraltro notevoli difficoltà interpretative per quei modelli (si pensi alle società di persone in primo luogo, ma anche alla s.r.l. in ragione del noto disposto di cui all'art. 2479¹ c.c.) in cui l'attività gestoria non era delineata in maniera chiaramente antinomica rispetto a quella decisionale dei soci. Già tale orientamento, dunque, faceva propendere per un indirizzo del legislatore in senso 'dirigista', di focalizzazione sulla figura degli amministratori, nonostante la quanto mai provvida azione della dottrina che ha nella sua maggioranza tentato di minimizzare la portata della novella normativa (e che parrebbe accolta nei progetti normativi, purtroppo solo parzialmente efficaci a quanto consta, attualmente in discussione per una modifica delle norme concorsuali approvate nel gennaio 2019 e in larghissima parte ad oggi ancora non entrate in vigore).

La gestione esclusiva in capo agli amministratori certamente ricomprende la predisposizione degli assetti societari necessari per la messa a punto di risposte tempestive nelle situazioni critiche, tra cui senz'altro è da includere l'emergenza sanitaria occasionata dalla pandemia di Covid-19. Questo in termini ge-

nerali, e senza dunque la necessità di alcuno specifico intervento normativo di attribuzione di poteri specifici.

Tuttavia, il legislatore ha inteso fornire agli amministratori, nella complessa situazione determinatasi, anche specifici poteri persino *contra voluntatem* dei soci. Il quadro temporale nel quale la vicenda si situa è del tutto peculiare; si deve infatti ricordare come le società siano tenute, ai sensi degli artt. 2364² e 2478-*bis* c.c. ad approvare il bilancio entro 120 giorni – 180 in casi particolari, estesi però come regola generale per il solo anno 2020 proprio dalla normativa qui in esame – dalla chiusura dell'esercizio, che sovente coincide con la fine dell'anno solare. Ciò significa che di norma l'approvazione del bilancio da parte delle assemblee ha luogo tra la metà del mese di aprile e la fine del mese di giugno; periodo che, nel 2020, ha coinciso in larghissima parte con la vigenza delle misure di distanziamento sociale che hanno caratterizzato la fase più acuta dell'emergenza sanitaria da pandemia.

Ora, vero è che le norme societarie generali consentono che i soci possano partecipare alle assemblee in forma telematica e votare in via elettronica o per corrispondenza (cfr. artt. 2370⁴, 2538⁶ c.c.); tale possibilità, tuttavia, per essere attuata deve essere esplicitamente prevista dai soci all'interno dello statuto. Analogamente deve dirsi per l'adozione di forme di collegialità non contestuale nelle modalità decisionali dei soci di s.r.l., *ex art. 2479-bis* c.c. Attese tali regole generali, l'assenza di una specifica disposizione abilitativa all'interno dello statuto di per sé impedisce che i soci possano esprimere il voto in forma elettronica, partecipare in via telematica all'assemblea, o adottare decisioni attraverso consultazione scritta o con consenso prestato per iscritto nella s.r.l.; talora, tuttavia, gli statuti e gli atti costitutivi addirittura rimarcano esplicitamente la volontà dei soci di *non* adottare tale modalità decisionali, per così dire *ad abundantiam*.

Nonostante questo, il primo provvedimento di stampo societario nella legislazione pandemica ha avuto ad oggetto proprio la possibilità di aversi assemblee telematiche, anche nella loro interezza, pure nel caso in cui ciò dovesse essere completamente contrario alla volontà dei soci. La facoltà di decisione nel senso

di una assemblea telematica, o di ammissione del voto elettronica spetta – in via generale e salve talune ipotesi, francamente residuali, in ambito di s.r.l. – agli amministratori, in quanto soggetti emittenti l'avviso di convocazione dell'assemblea (art. 106², d.l. 'Cura Italia'). La volontà degli amministratori prevale, quindi, esplicitamente, su quella dei soci. E non si tratta della disposizione più clamorosa.

Ancor più rilevante, infatti, è l'altra previsione, contenuta nell'art. 106⁶, ai sensi della quale è possibile agli amministratori di banche popolari e di credito cooperativo, cooperative e mutue assicuratrici di prevedere che l'assemblea si tenga utilizzando l'istituto del rappresentante designato, di cui all'art. 135-*undecies* del TUF, applicabile alle società quotate, e dunque, di fatto, prevedendo che i soci che intendano partecipare all'assemblea possano farlo solamente per delega, senza neppure essere nella posizione di scegliere il delegato che, essendo nominato dagli amministratori, ben potrebbe essere soggetto che non goda della fiducia di ciascuno dei soci. Questo, si sottolinea, anche in società come le cooperative che vedono nella forte partecipazione dei soci alla vita della società una caratteristica del tutto peculiare. La volontà dei soci passa quindi in secondo piano rispetto a quella degli amministratori. Era proprio necessario?

A mio avviso, no. Certamente si potrebbe ribattere che, in assenza di queste previsioni, non si sarebbe potuto dare luogo all'approvazione tempestiva del bilancio nella maggioranza delle società capitalistiche italiane, in quanto non avrebbe potuto tenersi l'assemblea chiamata a deliberare sul punto a causa delle misure di distanziamento sociale e dei divieti di assembramento. Tale obiezione non è tuttavia probante: la mancata approvazione in termini del bilancio non comporta, di per sé solamente considerata, 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'art. 106² 'Cura Italia', non avrebbe potuto essere imputata per evidente causa di forza maggiore. Ecco che, dunque, la presenza dell'art. 106² va ad *imporre* agli amministratori di convocare l'assemblea, di fatto ribaltando i termini della questione, e

facendo sì che l'omessa convocazione esponga, ora sì, gli amministratori ad azioni di responsabilità, stavolta giustificate, da parte dei soci più digitalizzati, che nella mancata convocazione vedrebbero conculcato il proprio diritto ad una assemblea telematica, o almeno al voto elettronico. Nessun rimedio, invece, resta ora esperibile ai soci non dotati di sufficiente competenza informatica, la cui volontà – in ipotesi maggioritaria all'interno della società – di non avere assise assembleari in forma telematica viene ad essere impunemente obliterata dagli amministratori, *ope legis*.

E ancora risponde all'obiezione la circostanza che l'art. 106 dispone riguardo non già le sole assemblee ordinarie convocate per l'approvazione del bilancio, ma anche le assemblee ordinarie aventi altri punti all'ordine del giorno, e pure le assemblee straordinarie. Non si tratta, quindi, di disposizioni strettamente motivate dalla necessità di approvazione del bilancio di esercizio – il cui termine di approvazione passa ad essere indiscriminatamente fissato a centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio, art. 106¹ 'Cura Italia' –, bensì a più ampio spettro, pur tuttavia fortunatamente limitate, nella loro vigenza, alle assemblee convocate entro il 31 luglio 2020 (art. 106⁷ 'Cura Italia'). Un approccio più rispettoso della volontà dei soci, in senso anche solo meramente attendista, sarebbe stato probabilmente preferibile.

E le medesime considerazioni possono essere riproposte con riferimento al tema del rappresentante designato dalla società: se l'assemblea era convocata per l'approvazione del bilancio, una delibera tardiva non avrebbe avuto particolari conseguenze negative; se l'argomento da discutersi era differente, o persino oggetto di assemblea straordinaria, il rispetto dei soci avrebbe voluto come preferibile una posticipazione ad altra data, piuttosto che una compressione non solo della volontà dei soci nella scelta del loro rappresentante, ma anche, e soprattutto, dei loro diritti specifici di porre domande in fase assembleare e preassembleare; parafrasando una canzonetta di trent'anni fa, urge evidentemente rilevare che sono soci, oltre al voto c'è di più. E di ciò si deve essere reso conto pure il legislatore che con il d.l. 'Liquidità', in sede di conversione, ha introdotto (art. 7^{2-bis})

un ulteriore paragrafo all'art. 106¹ 'Cura Italia', ammettendo la convocazione delle assemblee generali di società cooperative entro il 30 settembre 2020, consentendo così una reale assise assembleare per l'approvazione del bilancio in un momento in cui le norme sul distanziamento sociale saranno ragionevolmente più rilassate.

Ancora nel senso del dirigismo, ancorché a cavallo del versante attendista, si situa la disposizione di cui all'art. 7^{1 e 2} del d.l. 'Liquidità' che prevede, per i bilanci relativi all'esercizio 2020 (nonché per quelli «chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati», e dunque, verosimilmente, quelli relativi nella massima parte all'esercizio 2019), la possibilità di valutazione dei cespiti di bilancio in prospettiva di continuità aziendale, se questa era presente «nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020», con debita illustrazione del criterio utilizzato nella "nota informativa" (*sic!*). La disposizione è estremamente rilevante, e verrà ripresa su talune sue criticità nel paragrafo relativo all'attitudine attendista; ciò che qui vale la pena di osservare è che la valutazione delle voci secondo una prospettiva di continuità aziendale non costituisce un obbligo, bensì una facoltà degli amministratori. Saranno loro, nella redazione del bilancio, a prendere una decisione (quella rispetto alla valutazione secondo la prospettiva di continuità aziendale, anziché non nel senso di un orizzonte liquidatorio) che di norma deriva come conseguenza di una decisione, o perlomeno di una presa d'atto da parte dei soci. La decisione sulla fruizione (o meno) della 'finzione' di continuità aziendale, quindi, compete essenzialmente agli amministratori; ma da essa si riverberano effetti che sono destinati ad un impatto anche su altri soggetti, primi tra tutti i creditori sociali che si trovino a fare affidamento su di un bilancio redatto in funzione di una continuità aziendale che nella realtà potrebbe essere alquanto dubbia.

Certamente, la norma vorrebbe tutelare le società nei confronti di situazioni di crisi derivanti dalla pandemia di Covid-19; pare tuttavia prestarsi ad abusi, e a questo punto solamente l'intervento dell'interprete può tentare di porre alcuni limiti alla sua iperattività.

3. 'Protezionismo'

Con riferimento al protezionismo, l'attitudine emerge in diverse disposizioni in particolare nei dd.ll. 'Liquidità' e, con riferimento alla declinazione che vuole un più pregnante intervento dello Stato nell'economia, 'Rilancio'. La *ratio* fondamentale è quella di proteggere la proprietà 'nazionale' delle quote di quelli che potrebbero essere definiti del 'campioni nazionali' contro possibili scalate ostili, agevolate da un cospicuo abbassamento del loro valore di mercato determinato dalla pandemia. Nella situazione in cui diviene meno oneroso acquistare una quota, anche di controllo, di una società italiana, ciò che vuole essere evitato è che titolari di capitali esteri possano acquisirla, facendo nella sostanza venire meno la riconducibilità di tale impresa ad un controllo italiano.

La modalità concreta attraverso cui tale obiettivo è perseguito consiste in un sostanziale rafforzamento del c.d. *golden power* riconosciuto allo Stato in taluni settori strategici, ai sensi dell'art. 2, d.l. 21/2012, estendendo il novero dei settori originariamente previsti – che peraltro potrebbe essere ulteriormente ampliato anche senza ricorso ad una norma di rango primario, consentendo l'art. 4-*bis*^{3-bis, lett. b)}, d.l. 105/2019, che un DPCM individui autonomamente beni, rapporti, e si direbbe pure settori, aggiuntivi rispetto a quelli riportati nelle disposizioni normative di cui sopra.

L'orizzonte temporale della disposizione è l'anno 2020, essendo la norma in vigore sino al 31 dicembre prossimo, e si prevede che, nei settori a rilevanza strategica (investimenti esteri diretti, attività creditizie e assicurative, tutti i settori su cui l'investimento estero può incidere su sicurezza e ordine pubblico – es.: infrastrutture strategiche idriche, spaziali, nucleari –, biomedicale, IT e robotica, energia, informazioni sensibili, libertà e pluralismo dei media) l'acquisto di partecipazioni rilevanti da parte di «un soggetto esterno all'Unione europea» sia notificato entro dieci giorni alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. È inoltre richiesto che siano soggetti a notifica anche «le delibere, gli atti o le operazioni [...] che abbiano per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità» di tali partecipazioni, ovvero

una modifica nella loro destinazione. Si prevede che la notifica sia effettuata allorché siano superate, con le acquisizioni, le soglie “dei diritti di voto o del capitale” pari al 10% – se il valore complessivo dell’investimento sia perlomeno pari ad un milione di euro – e successivamente del 15%, 20%, 25% e 50%.

Di interesse, in quanto in ipotesi normali destinata a creare problematiche relative al rispetto del principio del libero mercato interno europeo, è la previsione, contenuta ancora nell’art. 4-*bis*^{3-bis, lett. b)}, d.l. 105/2019, di estendere l’obbligo di notifica di cui sopra anche agli acquisti effettuati da soggetti appartenenti all’Unione europea, quando le acquisizioni siano «di rilevanza tale da determinare l’insediamento stabile dell’acquirente in ragione dell’assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell’acquisto». Ancora con riferimento al medesimo profilo di (dubitabile) compatibilità con le norme europee, quando vi sia «minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali dello Stato [...] ovvero un pericolo per la sicurezza o per l’ordine pubblico», la validità dell’acquisto delle partecipazioni può essere subordinata alla prestazione di adeguate garanzie, in deroga estensiva a quanto previsto in linea generale dall’art. 2^{5, lett. a)}, d.l. 21/2012, anche quando l’acquirente sia direttamente o indirettamente controllato da una amministrazione pubblica di uno Stato appartenente all’Unione europea. In questi casi – naturalmente applicabili, *a fortiori*, ove l’amministrazione pubblica controllante dell’acquirente *non* sia riconducibile ad uno Stato membro dell’Unione – i poteri dello Stato si spingono sino alla possibilità di opporsi all’acquisto, se vengono ravvisati «casi eccezionali di rischio per la tutela dei predetti interessi, non eliminabili attraverso l’assunzione degli impegni» di cui sopra. Come la precedente, anche la disposizione appena descritta ha come orizzonte temporale, per la parte che estende la fattispecie anche agli acquirenti controllati da amministrazioni pubbliche di Stati membri della UE, il 31 dicembre 2020, restando invece di generale applicazione a tempo indeterminato per i rimanenti casi.

Riconducibili, perlomeno latamente, all’ipotesi protezionistica sono anche le disposizioni in materia di trasparenza delle partecipazioni rilevanti e delle intenzioni di investimento dell’acquirente di partecipazioni di società ad azionariato diffuso, di cui all’art.

120 TUF, che hanno visto una sostanziale riduzione dei requisiti, estendendo quindi la platea dei soggetti tenuti alla comunicazione (art. 17, d.l. 'Liquidità'). Tale norma, peraltro, a differenza delle altre sin qui osservate, è strutturale, e quindi destinata a produrre effetti anche una volta terminata l'emergenza pandemica.

Ancora protezionistica, dato l'ambito d'azione della norma, è la sostanziale ri-statalizzazione di Alitalia, operata già con l'art. 79 d.l. 'Cura Italia', e perfezionata, per così dire, dall'art. 202 d.l. 'Rilancio', peraltro in deroga alla disciplina prevista per le società a partecipazione pubblica dal T.U. di cui al d. lgs. 175/2016. Essa costituisce la punta di un *iceberg* con riferimento alla volontà di una più pervasiva presenza dello Stato o di sue emanazioni nell'economia.

Di tale attitudine sono evidenti spie, ad esempio, anche (l'autorizzazione al)la creazione del patrimonio destinato denominato 'Patrimonio Rilancio' da parte di CDP S.p.A., parzialmente in deroga alla disciplina di cui agli artt. 2447-*bis* c.c., volto a sostenere e rilanciare il sistema economico italiano ed in particolare le imprese di maggiori dimensioni, con un fatturato annuo superiore a 50 milioni di euro (art. 27 d.l. 'Rilancio', con durata massima del patrimonio, che può essere cofinanziato anche da privati, di dodici anni dalla costituzione); e pure, almeno parzialmente, il 'Fondo Patrimonio PMI' di cui all'art. 26^{12 ss.}, d.l. 'Rilancio', che finanzia le piccole e medie imprese per sostenere costi di personale, investimenti o capitale circolante relativamente a stabilimenti ed attività sul territorio nazionale, sottoscrivendo strumenti di debito, e non di capitale. Ancora sulle PMI, si deve segnalare la disciplina di semplificazione del Fondo di garanzia di cui all'art. 2^{100, lett. a)} della l. 662/1996, come previsto dall'art. 13 d.l. 'Liquidità'.

Naturalmente, i fondi appena ricordati potranno (e anzi, nel caso delle Fondo Patrimonio PMI, dovrà) essere utilizzati per iniezione di liquidità non a titolo di capitale, bensì di debito. Ciò non toglie che l'intervento dello Stato nell'economia a valle di questi provvedimenti risulta essere decisamente massiccio, e riflette a livello nazionale il mutato atteggiamento dell'Unione europea rispetto al tema degli aiuti di Stato, modificato proprio a seguito dell'emergenza pandemica.

4. 'Attendismo'

L'atteggiamento attendista contraddistingue molte tra le misure adottate per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia, in particolare – come in certa misura prevedibile – in ambito di insolvenza e procedure concorsuali. In qualche misura, tuttavia, si può tentare di distinguere tra attendismo 'passivo' e, per quanto possa apparire come una contraddizione in termini, attendismo 'attivo', che implica comunque scelte o attività in capo all'impresa.

Con riferimento al primo caso, si segnala innanzitutto la decisione di rinviare l'operatività delle parti ancora non vigenti del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Ai sensi dell'art. 5, d.l. 'Liquidità', il CCII entrerà in vigore solamente il 1° settembre 2021, con un ritardo di oltre un anno rispetto a quanto originariamente previsto. La *ratio* della norma è abbastanza chiara: attesa l'alta probabilità che, a seguito dell'emergenza Covid-19, si verifichi un numero elevato di insolvenze, risulta preferibile gestire tali situazioni con il più collaudato sistema attualmente in vigore, piuttosto che affidarsi a regole nuove, e sulla cui effettiva efficacia non si hanno ancora prove concrete. Inoltre, tale ritardo nell'entrata in vigore consente di disporre di un tempo più lungo per la predisposizione dei correttivi da più parti invocati, e che risultano essere al momento in un avanzato stato di discussione.

Certamente attendistica in senso passivo è pure la regola (art. 10 d.l. 'Liquidità') che prevede l'improcedibilità sino al 30 giugno 2020 delle istanze di fallimento e di liquidazione coatta amministrativa ove questa sia alternativa al fallimento. La norma è stata mitigata in sede di conversione del decreto, attraverso l'inserimento di un secondo comma che dispone la procedibilità dell'istanza ove sia presentata in proprio dall'imprenditore, in alcuni casi in cui sia richiesta dal pubblico ministero, e ove risultino non ammissibile il concordato preventivo.

Ancora in ambito di crisi d'impresa, correttamente attendistica – ma in senso attivo, presupponendo comunque che l'attività per l'adempimento prosegua *medio tempore*, e semplicemente l'emergenza sanitaria abbia reso maggiormente difficoltoso il ri-

spetto del termine originariamente proposto – è la statuizione di proroga semestrale dei tempi per l'adempimento di concordati preventivi e accordi di ristrutturazione, di cui all'art. 9, d.l. 'Liquidità'. E ancora, per l'amministrazione straordinaria, si v. nella medesima direzione quanto previsto dall'art. 51, d.l. 'Rilancio'.

In senso simile, seppure sul versante sostanziale, si declina la sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito, ove questa sia compresa tra 9 marzo e 31 agosto 2020, salvo che debitore e obbligati non scelgano di rinunciare espressamente a tale facoltà. Per il medesimo periodo sono anche sospese le trasmissioni dei protesti dai pubblici ufficiali alle Camere di Commercio (art. 11, d.l. 'Liquidità').

Anche quanto previsto dall'art. 8 d.l. 'Liquidità' si segnala per una posizione di attesa, per quanto attiva, di tempi migliori. In base a tale disposizione, la postergazione del rimborso del credito del socio per finanziamenti effettuati a favore della società sino al 31 dicembre 2020 non opera. Naturalmente la disciplina è finalizzata ad incentivare l'iniezione di liquidità da parte del socio e i finanziamenti infragruppo (operando la deroga sia rispetto all'art. 2467 che all'art. 2497-*quinquies* c.c.), senza che i finanziatori debbano temere la postergazione. La norma, tuttavia, pare potenzialmente lesiva degli interessi dei creditori sociali, che quindi nella scala valoriale presente al redattore della norma paiono essere in posizione deteriore rispetto ad un generale interesse alla continuità aziendale.

Un ulteriore rinvio, in certo senso semi-attivo, è sostanzialmente ravvisabile anche nella disciplina di cui all'art. 6, d.l. 'Liquidità', ai sensi del quale non si dà applicazione integrale della disciplina delle riduzioni del capitale per perdite rilevanti nelle società di capitali e cooperative. In sostanza, fermo restando in capo agli amministratori l'obbligo di rilevazione tempestiva della perdita e di convocazione dell'assemblea, c'è tuttavia un rinvio dell'operatività della regola "ricapitalizza, trasforma o liquida" a dopo il 31 dicembre 2020.

Infine, si veda la disposizione di cui all'art. 38⁵, d.l. 'Rilancio', che di fatto prolunga di 12 mesi la durata della qualificazione delle società come *start-up* innovative, consentendo la permanenza dell'iscrizione per un anno ulteriore nella apposita

sezione speciale del Registro delle imprese (curiosamente, tuttavia, senza che a ciò si accompagni un prolungamento delle agevolazioni fiscali e contributive riconosciute).

In conclusione, poi, si pone la già ricordata questione relativa alla facoltà in capo agli amministratori di dichiarare la prospettiva di continuazione dell'attività d'impresa per i bilanci relativi all'esercizio 2020 ove questa fosse presente nell'ultimo bilancio di esercizio «chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020» (art. 7, d.l. 'Liquidità'). La norma crea notevoli problematiche, anche in ragione della sua imprecisa formulazione. Non si intende, infatti, da un lato cosa significhi da un punto di vista tecnico giuridico che il bilancio di riferimento sia stato 'chiuso' prima del 23 febbraio 2020; d'altra parte, è discusso se la norma possa operare anche con riferimento a quelle società che adottino i principi IAS/IFRS per la redazione dei propri bilanci (e, ove si propenda per l'ammissibilità, se ciò non sia contrario alle norme europee in materia di bilancio). In generale, i rischi maggiori che la norma implica riguardano da un lato la possibilità che si avvalgano della facoltà anche imprese che fossero già oggettivamente in una fase crepuscolare prima dell'emergenza sanitaria; e dall'altro che, ove al 23 febbraio 2020 non fosse ancora stato 'chiuso' il bilancio relativo all'esercizio 2019, non sia eccessivo che i bilanci 2020, approvati nella primavera 2021, godano di una presunzione di continuità aziendale sulla base di quanto dichiarato nel bilancio relativo all'esercizio 2018, e dunque risalente a ben tre anni prima.

5. *'Pochi, maledetti, e subito'*

L'ultima tendenza riscontrata si riferisce al finanziamento della società nell'epoca della pandemia. Vi sono diversi interventi, anche tra quelli sin qui esaminati, che in larga misura sono riconducibili a questa categoria.

Da un punto di vista sistematico, si può ulteriormente distinguere a seconda dell'origine del finanziamento; i canali usuali sono, naturalmente: investimento da parte di soci o terzi a titolo di capitale di rischio; finanziamento bancario; finanziamento in capitale di debito, di norma a fronte di emissione di titoli (ob-

bligazioni, titoli di debito, o altro...) rimborsabili da parte della società.

In primo luogo, un incentivo al finanziamento pienamente a titolo di capitale di rischio era presente in una bozza avanzata del d.l. 'Rilancio', all'art. 45-*bis*, ma è stata espunta dal testo definitivo (come pure l'estensione del voto plurimo alle società quotate, art. 45 della medesima bozza); esso avrebbe previsto un rilassamento delle regole in materia di aumento del capitale sociale in particolare nelle società per azioni.

Non un rilassamento delle regole, ma consistenti incentivi sotto il profilo fiscale sono invece presenti nelle disposizioni volte al rafforzamento patrimoniale delle imprese di medie dimensioni di cui all'art. 26, d.l. 'Rilancio', che si sostanziano propriamente nel 'premiare' gli aumenti di capitale effettuati – innanzitutto, ma non necessariamente, da chi fosse già socio della società, la quale deve avere subito tuttavia una pesante contrazione dei ricavi a seguito dell'emergenza Covid-19 – nel periodo di crisi pandemica attraverso il riconoscimento di crediti d'imposta. Ai fini di evitare comportamenti opportunistici, per potere fruire dei benefici fiscali è naturalmente richiesto di mantenere la partecipazione durante un certo lasso di tempo, anche al termine della emergenza pandemica.

Naturalmente, rientra nel finanziamento a titolo di capitale anche la possibilità di sottoscrizione di quote di capitale di rischio da parte del già ricordato 'Patrimonio Rilancio' la cui costituzione è autorizzata presso CDP S.p.A. ai sensi dell'art. 27, d.l. 'Rilancio' (ne si v. in particolare il c. 5, in cui opportunamente si tenta di conciliare la disposizione con le norme europee in materia di aiuti di Stato).

Infine, con riferimento all'investimento in capitale di rischio, si deve considerare quanto previsto dall'art. 38³, d.l. 'Rilancio', che vede un sostanzioso incremento della dotazione patrimoniale dei fondi per il *venture capital* istituiti dalla l. 145/2018, art. 1²⁰⁹, esplicitamente anche al fine di «sostenere investimenti nel capitale» delle società *start-up* innovative.

Con riferimento al finanziamento bancario, si segnala la disposizione prevista dall'art. 1, d.l. 'Liquidità' sulla base del quale SACE S.p.A., controllata da Cassa Depositi e Prestiti, concede

sino al termine dell'anno 2020 garanzie agli istituti di credito per i finanziamenti sotto qualsiasi forma riconosciuti alle imprese con sede in Italia. Per potere beneficiare di tale garanzia, tuttavia, le imprese devono tra l'altro rinunciare alla distribuzione degli utili ai soci per un periodo pari a 12 mesi. La *ratio* della condizione è del tutto condivisibile, ma la formulazione della norma, per quanto modificata in sede di conversione del decreto, lascia tuttora questioni aperte a livello interpretativo (ad esempio se, con esegesi fortemente estensiva, debbano essere fatte ricadere nel concetto di distribuzioni le liquidazioni di somme ai soci a seguito di riduzione del capitale sociale, o di esercizio del diritto di recesso).

Quanto al finanziamento delle imprese a titolo di debito non bancario, le misure sono essenzialmente concentrate nel d.l. 'Rilancio', per quanto non caratterizzate da una particolare organicità. Sia pure senza pretesa di completezza – in questa sede non possibile, in quanto necessiterebbe di una puntuale analisi dei provvedimenti su ciascun settore industriale e dei servizi inclusi nei vari decreti – i tipi di intervento sono diversi tra loro, ma principalmente focalizzati sulle PMI e sulle start-up innovative. Naturalmente nulla vieta che anche taluni degli interventi sin qui citati siano utilizzati per la sottoscrizione, ad esempio, di obbligazioni di imprese di maggiori dimensioni da parte di istituti di credito – con il beneficio della garanzia di SACE S.p.A. – o del 'Patrimonio Rilancio' di CDP, ove ne ricorrano i presupposti, ma gli interventi pensati specificamente a livello di iniezione di liquidità a fronte del rilascio di strumenti di debito sono differenti.

Si deve prima di tutto perlomeno menzionare nuovamente il finanziamento della società da parte dei soci (con caratteristiche di debito, sia pure di norma possibilmente postergato nella restituzione); su di esso, già si è detto nel paragrafo precedente con riferimento alla non operatività della postergazione prevista dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., sino al 31 dicembre 2020.

Con riferimento alle altre fattispecie, in primo luogo con riferimento alle PMI si ricorda il 'Fondo Patrimonio PMI' di cui all'art. 26^{12 ss.}, d.l. 'Rilancio', volto esplicitamente alla sottoscrizione di obbligazioni e titoli di debito di nuova emissione

da parte della società, nel rispetto delle condizioni previste dal decreto. È questa l'unica misura che è chiaramente ed univocamente volta alla sola sottoscrizione di titoli soggetti a rimborso.

Altri strumenti che sin qui si sono incontrati, tuttavia, hanno tra le proprie finalità, sia pure non esclusive, la sottoscrizione di titoli che attribuiscono il diritto al rimborso emessi da parte delle società: in questa categoria si situa certamente il 'Patrimonio Rilancio' di CDP, e – limitatamente alle *start-up* innovative – l'incremento della dotazione patrimoniale dei fondi di *venture capital*.

Come si può agevolmente notare, si tratta di sforzi notevoli, per quanto non sempre perfettamente coordinati, e che in larga parte implicano, come già si è potuto osservare, un intervento diretto dello Stato nell'economia, *anche* in termini di capitale di rischio.

6. Cosa resterà di questa pandemia...

La domanda che residua, al termine di questa rapida carrellata tematica, è cosa resterà di questa legislazione di emergenza, al termine della pandemia; da un punto di vista più sistematico ci si può anche chiedere se, nella temporaneità delle misure adottate, si possano scorgere indizi per la gestione dell'economia nazionale nel non certo auspicato caso in cui si dovesse ripresentare una simile situazione di emergenza globale.

La risposta alla prima domanda sembra dover essere: "molto poco". Si è visto come in alcuni casi le misure adottate siano in linea con tendenze ormai consolidate – una su tutte, il ruolo sempre più centrale degli amministratori nella gestione delle società, soprattutto di maggiori dimensioni – ma pare davvero arduo pensare che un sistema che, nella sostanza, si disinteressa delle scelte dei soci possa essere veramente appoggiato dal legislatore in maniera strutturale. E, similamente, assai difficile è pensare che la massiccia iniezione di liquidità di cui si è detto possa essere agevolmente replicata in assenza di un evento così – fortunatamente – straordinario come una pandemia.

Di ciò si può peraltro trarre conferma anche osservando la natura, quasi esclusivamente temporanea, delle misure appena

considerate: l'unico provvedimento a valenza strutturale approvato è la modifica dell'art. 120 TUF, che certamente consente un maggiore livello di trasparenza, ma che con altrettanta certezza non può essere considerato in alcun modo rivoluzionario. Forse ancor più significativo è il fatto che gli altri provvedimenti strutturali immaginati e di cui si aveva notizia dalla stampa, la revisione delle regole sugli aumenti di capitale e l'estensione del voto plurimo alle società quotate, non sono infine stati approvati, pur essendo sino all'ultimo minuto – letteralmente – in predicato di vedere la luce. Questo può segnalare la volontà, da parte del redattore delle norme emergenziali, di distinguere abbastanza chiaramente la contingenza dalla struttura, tendendo a regolamentare solo la prima, salvo alcuni – discutibili – interventi di nazionalizzazione.

Se così si può ragionare con riferimento agli interventi di maggiore respiro, forse tuttavia si può addivenire ad una diversa conclusione con riferimento ad alcune tecniche normative specifiche, naturalmente in prospettiva *de lege ferenda*. Ancora utilizzando l'esempio delle assemblee virtuali, potrebbe ragionarsi su di una inversione dell'autonomia statutaria, per cui in assenza di specifica formalizzazione da parte dei soci di una volontà in senso contrario, riunioni in forma telematica e voto elettronico o per corrispondenza dovrebbero essere reputati legittimi. Ma, lo si riconosce, questo significherebbe veramente un cambiamento minimale all'interno del panorama societario italiano.

Forse di maggiore interesse, in quanto foriera di questioni di ordine sistematico, è la seconda domanda. Non c'è dubbio che una emergenza della portata di quella che abbiamo conosciuto in questi mesi richieda – in ogni ambito – una catena di comando chiaramente delineata. Tradotto in termini societari, ciò che ho chiamato 'approccio dirigista' è senz'altro adeguato, se significa avere certezze su chi sia titolato a gestire l'impresa nella crisi globale, quale nocchiero della nave nella tempesta. Come si è notato, questo è anche presente come linea di tendenza normativa pure al di là della contingenza determinata dalla pandemia di Covid-19. Altro, tuttavia, è avere chiarezza di attribuzione di poteri, ed altro conculcare diritti di altri soggetti – soci o creditori. Un indiscriminato ampliamento dei poteri degli ammini-

stratori parrebbe andare in un senso non solo istituzionalistico della società – il che non necessariamente sarebbe un male – ma tendenzialmente solipsistico, riducendo drasticamente e pericolosamente lo spazio per la discussione tra le *constituencies* interne ed esterne all'organizzazione.

Ed ecco che, in prospettiva, la sfida è questa. È individuare quali interventi endo- ed eso-societari sono *veramente* necessari ed improcrastinabili, e se vi sia, prima di obliterare una espressa volontà dei soci, o rendere peggiore la fruizione di un diritto ad altri soggetti, una via che maggiormente tuteli le diverse parti in causa.

È evidente che per questo è necessaria una presa di posizione a livello di politica normativa, e dunque una scala valoriale che riconosca una gerarchia delle priorità il più possibile chiara. In questo pare che l'intervento dello Stato nell'economia nazionale abbia in larga parte dato buona prova di sé: si è naturalmente dato priorità alla liquidità delle imprese per consentire di mantenere i livelli di impiego; si è tentato di agevolare gli aumenti di capitale per irrobustire le strutture finanziarie in vista dell'onda lunga delle conseguenze della pandemia sull'economia; lo Stato stesso – grazie al rilassamento complessivo a livello europeo delle norme sugli aiuti di Stato – ha dimostrato disponibilità ad essere parte attiva nella ricapitalizzazione, puntando evidentemente sulle imprese a più alto tasso di innovazione. Nel complesso, una serie di misure che paiono adeguate, perlomeno nei loro obiettivi. Se lo stanziamento complessivo sarà sufficiente, questo solo il tempo potrà dircelo.

Accanto ad esse, tuttavia, ci sono provvedimenti meno convincenti. Più di ogni altro, l'ulteriore tentativo di salvataggio di Alitalia attraverso una nazionalizzazione ha il sapore di un inutile e assai costoso accanimento terapeutico; ma anche l'estensione del *golden power* a fattispecie che vedono protagoniste imprese ed imprenditori appartenenti a Paesi membri dell'Unione segnala, se non altro, una attitudine protezionistica che, una volta di più, rende palese come la creazione di un reale spirito europeo unitario sia ben al di là dal venire.

Bibliografia essenziale

- S. Ambrosini, *La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell’insolvenza incolpevole*, IlCaso.it, <https://blog.ilcaso.it/news_912/21-04-20/La_%E2%80%9Cfalsa_partenza%E2%80%9D_del_codice_della_crisi_le_novita_del_decreto_liquidita_e_il_tema_dell%E2%80%99insolvenza_incolpevole>, aprile 2020;
- G. D’attorre, *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*, «Fallimento», 2020, pp. 597 ss.;
- M. Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da Emergenza Covid-19*, «Fallimento», 2020, pp. 589 ss.;
- R. Guidotti, *Misure urgenti in materia fallimentare e societaria di contrasto al Covid-19*, IlCaso.it, <https://blog.ilcaso.it/news_939/06-05-20/Misure_urgenti_in_materia_fallimentare_e_societaria_di_contrasto_al_COVID-19>, maggio 2020;
- M. Irrera (a cura di), *Il diritto dell’emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, «Quaderni di RES», 2020;
- M. Irrera, *Le novità in tema di procedure concorsuali nella conversione in legge del decreto liquidità (ovvero di quando i rimedi sono peggiori del male o inefficaci)*, IlCaso.it, <http://www.ilcaso.it/articoli/cri.php?id_cont=1247.php>, giugno 2020;
- A. Paolini, M. Garcea, *Sospensione degli obblighi di riduzione del capitale ed emergenza Covid-19 (D. l. 8 aprile 2020, n. 23)*, «CNN Notizie», 19 maggio 2020;
- M. Venteruzzo, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, «Società», 2020, pp. 525 ss.

Gabriele Franza

Tecniche e modelli di gestione dei rapporti di lavoro nel diritto dell'emergenza sanitaria

SOMMARIO: 1. Il divieto di licenziamento a 'causale vincolata' – 2. Il lavoro agile 'in deroga' e il modello post-pandemico – 3. L'inquadramento del rischio di contagio da Covid-19 nel sistema dell'assicurazione antinfortunistica

1. *Il divieto di licenziamento a 'causale vincolata'*

Lo stato di emergenza dichiarato dal governo e subito invertitosi nella pandemia da SARS-CoV-2 ha imposto il ricorso a poderosi interventi di sostegno del reddito di lavoro, realizzati dapprima istituendo, a fronte della cessazione forzata o della limitazione delle attività produttive, una integrazione salariale munita di apposita causale Covid-19, e poi prevedendo l'impegno delle imprese, destinatarie di finanziamenti speciali, alla gestione dei livelli occupazionali mediante accordi sindacali (art. 1, co. 2, lett. l), d.l. n. 23/2020).

Queste misure, volte a salvaguardare la continuità dell'occupazione nella speranza di una successiva ripresa dell'economia nazionale, potevano funzionare soltanto impedendo alle imprese di utilizzare gli ordinari strumenti di estinzione dei rapporti di lavoro, collegati alla riduzione della produzione e, più in generale, alla crisi economica. Il governo ha pertanto vietato (art. 46, d.l. n. 18/2020 c.d. 'Cura Italia'), dall'entrata in vigore del decreto (17 marzo 2020) e indipendentemente dal numero dei dipendenti di ciascun datore di lavoro, tanto i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo (art. 3, l. n.

604/1966) quanto l'avvio di quelli collettivi, sospendendo anche le relative procedure (artt. 4 e 5, l. 223/1991) se avviate dopo il 23 febbraio 2020 ed ancora pendenti al 17 marzo.

Nonostante circoli qualche opinione difforme, pare indiscutibile che la norma ponga un vero e proprio divieto, ricavabile sia dal tenore letterale della disposizione, in cui al concetto di 'preclusione' si aggiunge una sospensione riferita alle procedure e non agli effetti dell'atto estintivo, sia dalla *ratio* della complessiva disciplina dell'emergenza, poiché la funzione dell'integrazione salariale non può essere quella di accompagnare il lavoratore verso un'uscita già programmata dal rapporto. Mentre la sola sospensione delle procedure di licenziamento collettivo avviate in un periodo antecedente, che si presume riconducibile all'emergenza, si spiega con l'inammissibilità di un divieto con effetti retroattivi.

In qualche modo ozioso sembra anche il dibattito sulle conseguenze della violazione del divieto, per il quale non sarebbe espressamente stabilita la nullità del provvedimento estintivo. In realtà, per le ragioni già indicate la norma non solo è imperativa agli effetti dell'art. 1418, co. 1, cod. civ., ma sembra addirittura qualificabile di ordine pubblico (c.d. di protezione), sicché la sua violazione determina comunque la nullità dell'atto ai sensi degli artt. 1324, 1418, co. 2 e 1343 cod. civ.

La nullità del licenziamento comporta, a prescindere dalle dimensioni dell'impresa, l'applicazione della massima tutela per il lavoratore, cioè quella reintegratoria c.d. piena, ai sensi dell'art. 18, co. 1, Stat. lav. ovvero dell'art. 2, d. lgs. n. 23/2015 per gli assunti dal 7 marzo 2015.

Il vero problema è tuttavia costituito dalla tecnica legislativa adottata dal governo nella elaborazione del divieto. Invero, nel nostro ordinamento i divieti di licenziamento, tutti protetti con la nullità dell'atto contrario, sono riconducibili a due distinte categorie.

La prima riguarda i licenziamenti intimati per 'ragioni' illecite, e quindi quelli discriminatori, quelli intimati per motivo illecito determinante a cui è oramai equiparato il motivo ritorsivo, quelli in frode alla legge. Questi divieti si caratterizzano perché, rispetto ad un licenziamento ovviamente intimato sulla

scorta di altra motivazione, l'onere probatorio della 'ragione' illecita grava sul lavoratore, salvo le agevolazioni introdotte per le discriminazioni sotto l'influsso della disciplina comunitaria.

Alla seconda categoria appartengono invece i divieti costruiti attorno ad un periodo temporale (c.d. periodo di interdizione del licenziamento) ed a protezione di specifiche situazioni, come accade per il licenziamento della lavoratrice madre e per quello 'a causa' di matrimonio. La caratteristica di questi divieti è di operare in modo oggettivo ed assorbente, essendo tipizzate le sole motivazioni che consentono il recesso (giusta causa, cessazione dell'attività). Al di fuori di queste motivazioni, o nel caso di loro mancata dimostrazione a carico del datore di lavoro, il licenziamento è dunque attratto nel divieto, derivandone la nullità dell'atto e l'applicazione della ricordata tutela reintegratoria.

Senonché, la struttura del divieto introdotto dal decreto 'Cura Italia' non risponde a nessuna delle tecniche appena descritte. Infatti il divieto è incentrato su un periodo di interdizione ma al tempo stesso è vincolato ad una ragione, sempre di natura economica, che si traduce nei motivi organizzativi esplicitati nella riduzione collettiva o individuale di personale. È evidente, però, che solo un datore di lavoro incauto ricorrerebbe a queste tipologie di licenziamento, restando impregiudicata la sua facoltà di recesso per ogni altra possibile motivazione. Ma il fatto davvero decisivo è che, qualora la diversa motivazione dedotta dall'impresa non risultasse vera o comprovata in giudizio, la conseguenza diretta non potrebbe essere la nullità del licenziamento ai sensi dell'art. 46 d.l. cit., non esistendo in questo caso un divieto che opera in senso oggettivo e assorbente.

Tutto ciò comporta che un licenziamento per altri versi illegittimo soggiace, nell'ambito delle tutele diversificate in materia, alla sanzione propria del suo vizio, e quindi per il vizio di ingiustificatezza, tipico del recesso disciplinare, a sanzioni di carattere anche solo indennitario (art. 18, co. 5, Stat. lav. e art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015), oltretutto assai modeste e senza alcun rischio di reintegrazione per le imprese di ridotte dimensioni (art. 8, l. n. 604/1966 e art. 9, co. 1, d. lgs. n. 23/2015). Il che significa, in buona sostanza, che il divieto di licenziamento introdotto dal diritto dell'emergenza poteva e potrebbe essere aggirato.

Naturalmente non è esclusa la possibilità di impugnare ai sensi dell'art. 1344 cod. civ. un licenziamento diversamente motivato. Tuttavia questa *causa petendi* onera il lavoratore di una prova molto complessa. Infatti per configurare l'elusione della norma imperativa, cioè del divieto qui in esame, non basta l'assenza di una diversa giustificazione dell'atto, restando altrimenti priva di senso la tutela apprestata per quello specifico vizio. Ed anzi, a ben guardare, nel caso in esame il lavoratore è onerato di una prova ancor più rigorosa, dovendo dimostrare che il licenziamento, intimato per altre ragioni, costituiva proprio un recesso per ragioni economiche, in sé perfino legittimo ma vietato perché cadente nel periodo di interdizione.

A ciò va aggiunto che, nonostante la 'promessa' della rubrica dell'art. 46 cit., prontamente modificata in sede di conversione, il decreto 'Cura Italia' non ha previsto alcuna sospensione del breve termine decadenziale per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento. Infatti in forza del successivo art. 83 è possibile ritenere sospeso soltanto il collegato e successivo termine di impugnazione giudiziale.

In definitiva, la tecnica legislativa utilizzata dal governo, per quanto condizionata da una 'fretta' ineludibile, appare sbagliata rispetto all'intento di proteggere l'occupazione. Peraltro questa critica, se poteva risultare temperata in considerazione dell'originario e breve periodo del divieto di licenziamento, pari a soli 60 giorni e non modificato dalla legge di conversione del decreto 'Cura Italia', è adesso acuita dall'allungamento del periodo di interdizione, poiché il decreto Rilancio ha preteso, tra le altre novità, di elevarlo a cinque mesi (art. 80, d.l. n. 34/2020).

Senonché, il nuovo decreto legge è entrato in vigore il 19 maggio 2020, quando il periodo di interdizione di 60 giorni era già scaduto al 15 maggio. Si pone dunque il problema degli effetti del più recente provvedimento legislativo, al quale è certamente consentito modificare la disciplina di una disposizione già vigente, mentre è assai più discutibile che possa farlo regolando, in via retroattiva, anche un periodo, seppur brevissimo, che quella disposizione non disciplinava. Ed invero, benché il divieto di retroattività sia costituzionalizzato solo per le leggi penali, non può dirsi proprio di uno Stato di diritto vietare un atto che, al

momento del suo compimento, era invece considerato lecito. Al riguardo, neanche pare possibile superare il problema attraverso strumenti differenti, cioè valorizzando l'istituto della frode alla legge rispetto a licenziamenti intimati nell'arco temporale libero dal divieto. Infatti per configurare la nullità dell'art. 1344 cod. civ. occorre sempre l'elusione di una norma imperativa che, invece, in quell'arco temporale non esisteva.

Consapevole della complessiva situazione, il decreto Rilancio ha cercato di ovviarvi sospendendo espressamente, per i licenziamenti individuali, le procedure 'in corso' avviate ai sensi dell'art. 7, l. n. 604/66, che non costituiscono «condizioni di procedibilità» del giudizio ai sensi dell'art. 83, co. 20, d.l. n. 18/2020, ma che, almeno secondo l'Ispettorato Nazionale del lavoro (nota n. 2122/20), già rientravano tra le procedure amministrative sospese fino al 15 aprile 2020 (art. 103, d.l. cit.), peraltro con seri dubbi per quelle avviate prima del 17 marzo. L'idea, accompagnata da una eccezionale facoltà di revoca del recesso senza oneri per i datori di lavoro, è di provocare il ripensamento su eventuali licenziamenti attraverso la sospensione della procedura prodromica alla produzione dei loro effetti risolutivi, e quindi anche in relazione a procedure iniziate dal 16 aprile 2020.

Tuttavia tale procedura non si applica né ai licenziamenti collettivi (rispetto ai quali, anzi, con la cessazione al 15 maggio della sospensione delle procedure degli artt. 4 e 5, l. n. 223/1991, tornavano a decorrere gli ordinari termini per il loro completamento, qualora occorresse soltanto intimare i singoli recessi), né ai licenziamenti individuali delle imprese di minori dimensioni, né ai licenziamenti soggetti al regime temporale del *Jobs Act*. Senza dire che il mancato esperimento della procedura dell'art. 7 cit., non costituendo vizio di procedibilità, è sanzionato in giudizio con una ridotta tutela indennitaria, peraltro non cumulabile con la tutela per l'eventuale e più grave ingiustificatezza del recesso (art. 18, co. 6, Stat. lav.). Sicché, in quest'ultimo caso, una 'meditata' violazione di quella procedura nel breve arco temporale libero dal divieto avrebbe esposto l'impresa, sempre e soltanto, alla sanzione propria del vizio sostanziale del recesso ingiustificato per g.m.o.

2. Il lavoro agile ‘in deroga’ e il modello post-pandemico

Tra le altre misure introdotte dalla legislazione dell'emergenza e meritevoli di particolare attenzione, si segnala l'importanza attribuita al lavoro agile, in termini di raccomandazione per il settore privato rimasto attivo e di ordinaria modalità di lavoro per quello pubblico.

Al di là dei problemi emersi nella prassi applicativa, soprattutto in relazione all'utilizzo prioritario di questo strumento contrattuale in alternativa al godimento degli ammortizzatori sociali e delle ferie già maturate, l'aspetto più interessante è comunque costituito dalla attrattiva che questa peculiare modalità di lavoro esercita sull'individuazione dei nuovi modelli di organizzazione produttiva. In questo senso, la accentuata sperimentazione del lavoro agile nella fase dell'emergenza potrebbe (o addirittura dovrebbe) costituire il viatico, anche dopo l'auspicato ritorno alla normalità, per una decisiva innovazione nella c.d. 'era digitale'. In proposito, occorrono tuttavia delle precisazioni rispetto alla percezione del fenomeno che si è sviluppata nell'immaginario comune.

Innanzitutto, il lavoro agile costituisce la trasposizione in formula legislativa (o l'ingessatura, secondo le opinioni più critiche) delle esperienze di contrattazione collettiva note come *smart working*. Anche nella disciplina legale il lavoro agile resta dunque una modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato. Ne consegue che l'utilizzo di tale terminologia è del tutto improprio rispetto al (vero) lavoro autonomo, il quale (salvo collocarsi nella prospettiva del lavoro *sans phrase* o in quella, per molti versi contrapposta, dei mercati transizionali) nell'ordinamento positivo è ancora, per definizione, caratterizzato da una libertà di organizzazione del (proprio) lavoro ben più ampia della 'agilità' che dovrebbe contraddistinguere la 'corrispondente' modalità della subordinazione.

In secondo luogo, nella disciplina della legge n. 81/2017 il lavoro agile si caratterizza per l'assenza di «precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro». Il che non corrisponde a quanto accaduto nella fase della quarantena, in cui è stato semmai svolto un *home working*, e più precisamente un telelavoro a domi-

cilio, oltretutto coatto. D'altra parte, una volta ridotto in questi termini e col concorso della chiusura delle scuole e di ogni altra attività ricreativa, la natura agile o *smart* del lavoro è anche seriamente compromessa nella sua essenziale funzione di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Volgendo lo sguardo all'evoluzione post-pandemica con la potenziale rimozione di limiti quali quelli ora richiamati, va intanto evidenziato che il lavoratore subordinato può avere interesse allo svolgimento del lavoro in forma agile sia per la migliore gestione dei tempi di non lavoro, sia in relazione ad una maggiore produttività. Tuttavia la letteratura, non solo giuridica, ha già messo in luce varie possibili controindicazioni, tra cui il pericolo di 'distanziamento' dall'ambiente lavorativo, con ripercussioni anche psicologiche ma perfino sulla tutela dell'occupazione a causa della 'spersonalizzazione' del posto di lavoro. E in questa logica si è infatti parlato di lavoro 'fragile'.

In tale prospettiva, va anche chiarito che nella seconda fase della gestione dell'emergenza, pur essendo cessato lo stringente 'obbligo di domicilio', non è stata invece rimossa la deroga (evidentemente motivata da ragioni di celerità) alla stipula dell'accordo individuale, richiesto dalla disciplina legale per attivare la modalità di lavoro agile. Questa deroga, poi confermata dal decreto legge n. 19/2020 (art. 1, lett. *ff*) e dal decreto legge n. 34/2020 che ha ripristinato solo gli obblighi amministrativi di comunicazione (art. 90), è stata infatti introdotta dal d.P.C.M. 8 marzo 2020 (art. 2, lett. *r*) in forza della generale delega conferita al governo, per fronteggiare l'iniziale stato di emergenza, dal decreto legge n. 6/2020 (art. 1, lett. *o*).

Senonché, è necessario ribadire che questo accordo individuale è fondamentale per la tenuta della 'fattispecie' del lavoro subordinato agile. Il tema non riguarda la genuinità della volontà spesa dal prestatore di lavoro, che in effetti, salvo i vizi del consenso, non deve necessariamente corrispondere, per il noto squilibrio contrattuale, al suo interesse a lavorare in forma agile. Nell'accordo vengono però stabilite, peraltro in forma scritta, le condizioni coesenziali allo svolgimento di questa modalità di lavoro (durata, limiti all'esercizio del potere di controllo, facoltà di disconnessione, tipizzazione delle inadempienze correlate

all'esercizio del potere disciplinare). Senza l'accordo (ad eccezione delle pubbliche amministrazioni, per le quali è addirittura imposto un semi-obbligo dal diritto oggettivo) la scelta di ricorrere al lavoro agile diviene un diritto potestativo del datore di lavoro, riconducibile al suo più ampio potere organizzativo, a cui corrisponde una posizione passiva in capo al lavoratore; con quanto ne consegue sulla necessità di individuare eventuali e ulteriori limiti (interni) all'esercizio del potere medesimo.

Peraltro, a fronte di un lavoro svolto senza precisi vincoli di tempo e/o luogo, nei rapporti di dubbia qualificazione l'accordo individuale serve anche per distinguere il lavoro subordinato agile dalle collaborazioni continuative, e quindi per evitare l'accesso incontrollato alle tutele del lavoro subordinato mediante un canale alternativo a quello dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015, cioè attraverso un oggetto probatorio attenuato rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie dell'art. 2094 cod. civ.

Ragionando su un piano che trascende il singolo rapporto, va inoltre osservato che il lavoro agile, riguardando soprattutto professionalità che implicano l'utilizzo di strumentazione telematica (e non semplicemente l'utilizzo di macchinari serviti dall'innovazione tecnologica) ha in sé una carica particolarmente selettiva, che può svilupparsi in una duplice direzione e sempre in ragione della convenienza imprenditoriale alla riduzione dei costi imputabili alla presenza del personale in azienda.

In primo luogo, la considerazione interessa la dimensione dell'impresa, in cui è ipotizzabile che un ricorso marcato alla modalità di lavoro agile finisca per riproporre una distinzione simile a quella storica tra categorie legali, superata dal sistema dell'inquadramento unico. Col rischio, in definitiva, di generare all'interno della c.d. 'comunità aziendale' tensioni idonee a riflettersi sull'interesse collettivo aziendale, e più in generale su quello di categoria (merceologica), qui anche esondando dalle esperienze di 'mestiere' finora conosciute.

In secondo luogo, la portata selettiva del lavoro agile può riverberarsi sulle dinamiche che intercorrono tra i settori produttivi, premiando in particolare quello dei servizi, e così incidendo sulla 'capacità' economica o finanziaria delle imprese con effetti sperequativi sul costo del lavoro, equiparabili a quelli

che si evidenziano rispetto alla problematica della contribuzione previdenziale.

Su un piano macro-economico, infine, neppure può trascurarsi l'impatto che un utilizzo indiscriminato del lavoro agile, soprattutto ove concepito come *home working*, potrebbe avere in termini di consumi sul tessuto produttivo del Paese, notoriamente incentrato su una dimensione imprenditoriale medio-piccola e, in particolare, sulle attività dei piccoli esercenti.

Resta da dire, in conclusione, che la valutazione di efficienza di un modello organizzativo imperniato sul lavoro agile si intreccia con le tematiche occupazionali. Invero l'inarrestabile espansione, nei processi di produzione, dell'utilizzo di sistemi informatici e algoritmici può anche costituire il paradigma da contrapporre al dilemma post-fordista della sostituzione del lavoratore con la macchina intelligente; ma ciò a patto di non esasperare il modello fino al punto di trasformare il lavoratore nella macchina intelligente, cioè in una sorta di lavoratore-robotico. A tanto, infatti, il diritto del lavoro si ribella non solo per la sua vocazione originaria di protezione del contraente debole, ma soprattutto per la sua stessa ragion d'essere, avendo ad oggetto il lavoro umano, e quindi studiando l'implicazione della persona sia nell'esecuzione del rapporto contrattuale, sia in relazione alla più ampia accezione costituzionale di diritto al lavoro, quand'anche inclusiva dell'ordine giuridico del relativo mercato.

3. L'inquadramento del rischio di contagio da Covid-19 nel sistema dell'assicurazione antinfortunistica

Sotto diverso profilo, il lavoro agile costituisce un modello o, per meglio dire, un possibile modulo del più ampio modello organizzativo adesso richiesto per l'adeguamento delle misure di sicurezza in relazione al rischio di contagio sul lavoro. Tuttavia, il dubbio che per questa via sia configurabile un diritto soggettivo allo svolgimento del lavoro in forma agile va risolto negativamente. Infatti, salvo le eccezioni appositamente tipizzate (art. 39, d.l. n. 18/2020), in caso di violazione delle misure di sicurezza in azienda la protezione del lavoratore è rimessa, oltre

che all'azione collettiva, all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 cod. civ., che in questo caso è fondata sul diritto alla sicurezza e che non può confondersi con un diritto di lavorare fuori dai locali aziendali.

Sul più generale tema della sicurezza sul lavoro, il diritto dell'emergenza sanitaria pone, in ogni caso, l'esigenza di inquadrare il rischio di contagio nel sistema antinfortunistico. Infatti, anche a causa dell'ovvio collegamento con la generale tutela della salute pubblica, la disciplina della materia risulta estremamente intricata dal groviglio di fonti *lato sensu* normative che si sono succedute o, meglio, affastellate sulla questione. Oltre ai decreti governativi sono state adottate circolari dagli organi istituzionali competenti e sono stati concertati appositi Protocolli tra le parti sociali, peraltro non proprio in linea con un iniziale parere reso dal Garante della privacy.

Nei limiti della trattazione, è possibile fissare alcuni punti essenziali della problematica.

L'amministrazione dell'emergenza è innanzitutto di tipo prevenzionistico, sicché, come già rilevato, la tutela dell'interesse pubblico tende a sovrapporsi a quella posta dalla disciplina specialistica in materia di sicurezza sul lavoro. D'altra parte, secondo gli standard ordinari e salvo i settori caratterizzati dal rischio specifico, il rischio da contagio Covid-19 andrebbe considerato un rischio generico, come tale escluso dall'assicurazione INAIL e normalmente tutelato, quale causa di malattia comune, dalla competente gestione dell'INPS.

Queste considerazioni sono tuttavia disattese dal riconoscimento, ai fini della tutela INAIL, del contagio da Covid-19 come potenziale infortunio, quando ne sia accertata la contrazione in occasione del lavoro (art. 42, co. 2, d.l. n. 18/2020). In questo senso, è chiara la volontà di assicurare ai lavoratori una specifica tutela contro la particolare gravità dell'evento. Peraltro l'esplicita esclusione di questi eventuali infortuni dal computo per la determinazione dei tassi di oscillazione dell'andamento infortunistico rispetto all'indice di 'sinistrosità aziendale', esprime nitidamente la preferenza verso una 'socializzazione' del rischio, seppur nel rispetto del 'collegamento' tipicamente previdenziale tra prestazione e rapporto di lavoro.

Va da sé che tale riconoscimento legislativo impone di qualificare il contagio come infortunio piuttosto che come malattia professionale, in linea con l'orientamento consolidatosi in relazione al contagio da agenti patogeni secondo la teoria della c.d. causa violenta, anche se a manifestazione differita.

Del tutto incerta resta, invece, la definizione del perimetro dell'obbligazione datoriale di sicurezza, che ovviamente espone le imprese, alle condizioni del d.p.R. n. 1124/1965, sia al risarcimento del c.d. danno differenziale, sia all'azione di regresso dell'INAIL.

Al riguardo, la sovrapposizione degli interessi oggetto di tutela prevenzionistica permette intanto di affermare che la disciplina emergenziale integra quella ordinaria di sicurezza sul lavoro, richiedendo l'adozione di misure ulteriori, in gran parte corrispondenti a quelle previste per la salute pubblica e opportunamente specificate dai ricordati Protocolli sociali (distanziamento 'lavorativo' quando possibile; utilizzo dei dispositivi di protezione; obblighi di informazione; sanificazione degli ambienti di lavoro; misurazione della temperatura nel rispetto della riservatezza).

Il punto è stabilire in che modo l'adozione di tali misure interagisca col generale obbligo di protezione che grava sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 cod. civ. Ed infatti, una cosa è sostenere che le varie fonti dell'emergenza, spesso limitate a raccomandazioni o a forme di *moral suasion*, ovvero di dubbia efficacia generalizzata e/o normativa (come è a dirsi per i protocolli sociali, almeno fino al recepimento nel d.P.C.M. 26 aprile 2020) ricevano forza cogente tramite la clausola generale della fonte codicistica; di modo che, nella ricordata logica della socializzazione del rischio, la disciplina antinfortunistica risulterebbe anche funzionale alla tutela della salute pubblica, pur restando declinata all'interno dell'impresa secondo le regole dell'obbligazione contrattuale. Tutt'altro è sostenere che la protezione dal contagio da Covid-19 rientri automaticamente nell'obbligo di protezione dell'art. 2087 cod. civ., a prescindere dall'esistenza (e dalla durata) della normativa emergenziale.

La questione ha un evidente impatto pratico perché, pure ammettendo che sia comunque necessario un adeguamento del-

la valutazione dei rischi, nella prima ipotesi la responsabilità datoriale dipende dalla (ed è quindi circoscritta alla) attuazione della disciplina dell'emergenza (cfr. circ. INAIL 29 aprile 2020), mentre nella seconda ipotesi l'impresa è chiamata a rispondere anche per la mancata adozione delle c.d. misure innominate, secondo il modello di responsabilità costruito dalla giurisprudenza attorno all'art. 2087 cod. civ. e stando al quale il datore di lavoro deve dimostrare di avere adottato ogni misura possibile per prevenire l'evento lesivo.

Il problema, dunque, è stabilire quale sia l'estensione dell'obbligazione di sicurezza datoriale. E questo dipende dall'indiscutibile rilievo che il rischio di contagio da Covid-19 è comunque un rischio generico, mentre tutto il sistema della responsabilità datoriale per infortuni sul lavoro si fonda sul concetto di rischio specifico professionale. Ad eccezione dei settori come quello sanitario, non convince, infatti, né il riferimento alla teoria del rischio generico aggravato, dato che una pandemia esclude la possibilità di individuare l'origine dell'aggravamento in un collegamento «finalistico o topografico con l'attività svolta», né il tentativo di forzare l'interpretazione del decreto legislativo n. 81/2008 rispetto all'estensione del Titolo X, dedicato al rischio (appunto specifico) da agenti biologici.

In proposito, la soluzione 'restrittiva' sembra accolta dalla legge di conversione del decreto legge n. 23/2020, il cui art. 29-*bis* ha introdotto, a mo' di interpretazione autentica, la regola per cui l'obbligo dell'art. 2087 cod. civ. è adempiuto con l'attuazione (ma anche il mantenimento) delle prescrizioni contenute nel Protocollo sociale del 24 aprile 2020 e nelle linee guida governative e regionali (art. 1, co. 14, d.l. 33/2020), ovvero, in difetto di applicazione di tali 'fonti', con l'attuazione delle misure contenute in (eventuali) protocolli o accordi sindacali di settore.

In ogni caso, questa tematica è strettamente collegata a quella dell'accertamento del 'rapporto' tra lavoro e contagio, che ovviamente interessa anche l'INAIL (e prima ancora i medici certificatori) ai sensi dell'art. 42 d.l. cit. Infatti, qualunque sia l'estensione dell'obbligo datoriale di sicurezza (su cui insiste la prova dell'esatto adempimento a carico del datore di lavoro), a monte resta il problema di definire l'onere probatorio, a carico

del lavoratore, relativo alla circostanza che il contagio si è verificato almeno 'in occasione' del lavoro, secondo la nozione di 'occasionalità necessaria' accolta in giurisprudenza.

In effetti, si tratta di una prova assai complicata, tanto è vero l'INAIL ha già precisato che – ad eccezione degli operatori sanitari esposti a un elevato rischio di contagio, per i quali vale la presunzione semplice di origine professionale, nonché (in modo più discutibile) delle «altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza» – qualora l'episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore neppure tramite presunzioni, l'accertamento medico-legale «seguirà l'ordinaria procedura privilegiando ... i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale». Ed anzi, rispetto alla più specifica questione dell'infortunio *in itinere* l'Istituto si è spinto fino a ritenere «necessitato l'uso del mezzo privato», in esplicita deroga alle ordinarie regole elaborate in materia. Il che comprova ulteriormente la difficoltà di inserire nel canonico modello dell'assicurazione antinfortunistica le vicende di carattere emergenziale.

Bibliografia essenziale

- O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, Ediesse, 2020;
- S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, «WP "Massimo D'Antona".IT», 417, 2020, <<http://csdlex.unict.it/docs/workingpapers/Covid-19-obblighi-di-sicurezza-tutele-previdenziali-profilo-riparatori/6010.aspx>>, giugno 2020;
- A. Maresca, *Il diritto del lavoro al tempo del Covid-19*, «federalismi.it», 8, 2020;
- A. Occhino, *Lo smart working in tempo di Covid-19*, «Questione Giustizia», 1° maggio 2020;
- P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, «DSL», 1, 2020;
- A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, «LPO», 2020.

Guido Canavesi

Dall'emergenza un nuovo modello di tutela? Gli ammortizzatori sociali al tempo del Covid-19

SOMMARIO: 1. Covid-19 e occupazione – 2. Le alternative teoriche e la scelta mediana del d.l. n. 9 del 2020 – 3. La specialità del trattamento CIG Covid-19 tra blocco dei licenziamenti e oggettività della causale – 4. La Cassa guadagni in deroga – 5. Il finanziamento statale – 6. Considerazioni conclusive

1. *Covid-19 e occupazione*

A marzo 2020 erano circa ventitré milioni e quattrocentomila gli occupati in Italia, poco più di diciotto milioni dipendenti e altri cinque milioni e trecentomila autonomi. Dei primi, inoltre, circa tre milioni e trecentomila erano impiegati delle amministrazioni pubbliche e circa altro milione e mezzo aveva un contratto a termine.

Quale è stato l'impatto dell'epidemia da Covid-19 su questa platea di persone?

Il virus ha sì colpito molti lavoratori, ma non è certo questo l'aspetto rilevante per rispondere alla domanda: basti pensare che l'età media dei pazienti deceduti è di ottanta anni, mentre poche sia in valore assoluto sia in percentuale sono state le vittime di età inferiore a cinquant'anni.

L'impatto, invece, è stato indiretto e continua ad esserlo anche mentre il contagio sembra rallentare la sua corsa e finalmente si svuotano i reparti di terapia intensiva. Difatti, la capacità infettiva del virus ha portato nel breve arco di alcune settimane alla progressiva sospensione delle attività commerciali e produttive, a partire dalla chiusura delle frontiere, passando per il bloc-

co della mobilità e l'isolamento di alcune zone del paese, fino ad arrivare al *lockdown* della popolazione sull'intero territorio nazionale.

In realtà, quella sospensione non è mai stata totale: non si sono fermati i servizi essenziali, tra cui quelli preposti alla tutela della salute, e le attività accessorie o funzionali al loro espletamento, mentre molte altre, come ad esempio l'intero comparto pubblico, hanno potuto continuare in modalità di (pseudo) lavoro agile o *smart working*.

Fuori da queste ipotesi, la sospensione ha determinato l'impossibilità oggettiva a prestare il proprio lavoro per milioni di lavoratori dipendenti. Ma ha riguardato al contempo i lavoratori autonomi siano essi artigiani, piccoli imprenditori, partite IVA e perfino liberi professionisti, anch'essi impossibilitati a fornire i servizi o le prestazioni richieste.

Gli effetti conseguenti sono stati nell'immediato e per i lavoratori la perdita della retribuzione e il rischio della disoccupazione, per le organizzazioni produttive la contrazione o perfino l'azzeramento dei ricavi e in prospettiva l'incertezza della ripresa, lo spettro chiusura definitiva.

Come risponde tradizionalmente l'ordinamento a situazioni simili, seppure non di dimensioni come l'odierna?

Diciamolo subito: mentre due sono gli istituti giuridici da richiamare in relazione al lavoro subordinato, nulla è stato finora predisposto in favore del mondo del lavoro autonomo.

Anzi, ben può dirsi che proprio la pandemia, la sua imprevedibilità e la concentrazione nel tempo della sua diffusione, ha reso socialmente manifesta, come neppure la crisi economica di inizio decennio fece, l'esistenza di un segmento debole di questo mondo, ormai esteso oltre le collaborazioni coordinate e continuative e dove professionalità e autonomia non sono più garanzia di benessere materiale.

Guardando dunque al lavoro dipendente, il potere di recedere dal rapporto di lavoro per ragioni economiche è riconosciuto in capo ai datori di lavoro quale esplicazione della garanzia costituzionale di libertà dell'iniziativa economica che, ancorché nei limiti fissati dall'art. 41 Cost., comporta comunque la facoltà di determinare il dimensionamento dell'attività intrapresa.

Alternativa a questa soluzione, almeno nel proprio ambito di applicazione, sono gli ammortizzatori sociali in costanza di lavoro, la Cassa Integrazione Guadagni nelle sue tre *species*: ordinaria (da ora CIGO), straordinaria (CIGS) nonché nella forma dei fondi di solidarietà bilaterali latamente intesi, comprensivi cioè di questi in senso stretto (FSB), di quelli ad essi ‘alternativi’ (FSBA), nonché dell’intervento pubblico e sussidiario del Fondo di integrazione salariale (FIS).

In sintesi, l’integrazione salariale è una prestazione economica di natura previdenziale, sostitutiva della retribuzione in presenza di situazioni di oggettiva impossibilità del datore di lavoro a ricevere la prestazione lavorativa (CIGO) oppure di difficoltà dell’impresa a mantenere i livelli occupazionali (CIGS). CIGO e CIGS hanno campi di applicazione differenti anche se in parte sovrapponibili e sono finanziate con la contribuzione dei datori di lavoro e, per la CIGS, anche dei lavoratori

I FSB, anche nella forma alternativa (FSBA), trovano nei contratti collettivi la fonte istitutiva, presentano natura privata, ma assolvono una funzione pubblica, che realizzano nel rispetto di precisi vincoli di bilancio e nei limiti delle contribuzioni versate dai datori iscritti. Laddove non siano istituiti subentra il FIS, di natura pubblica, cui sono obbligatoriamente iscritti i datori di lavoro del settore privo del fondo bilaterale. I FSB e il FIS obbligatoriamente, i FSBA eventualmente assicurano una prestazione definita ‘assegno ordinario’ (AO), sostanzialmente speculare per funzione e causali alle integrazioni salariali.

Peraltro, nessuna delle tre *species* consente di offrire un’adeguata risposta ad un blocco generalizzato del sistema economico e per più ragioni. La prima, l’impossibilità di porre in capo alle aziende il costo economico dell’operazione: la situazione è assimilabile all’ipotesi del verificarsi contemporaneo e generalizzato del rischio assicurato, la conseguenza sarebbe il *default* dell’impresa assicuratrice. La seconda, la diffusione geografica nazionale dell’epidemia, rispetto a cui sono inadeguate le causali d’intervento delle integrazioni salariali, comprese, nonostante qualche voce contraria, quelle d’accesso alla CIGO, connotate sì in senso oggettivo, ma relative a situazioni localizzate o settorialmente circoscritte. L’ultima, il campo di applicazione

delle integrazioni salariali, anche sommando le tre forme d'intervento, da cui rimarrebbero comunque escluse molte imprese e tutte le attività non esercitate in tale forma, ma pur soggette alla sospensione.

In carenza di un adeguato quadro normativo, dal blocco delle attività produttive sarebbe ragionevolmente conseguita un'ondata di licenziamenti per ragioni economiche e dunque un aumento del numero dei disoccupati, aggravata, peraltro, dall'assenza di immediate prospettive rioccupazionali.

2. *Le alternative teoriche e la scelta mediana del d.l. n. 9 del 2020*

In teoria, le possibilità di risposta delle Istituzioni erano molteplici: si poteva puntare alla creazione di un nuovo schema giuridico di tutela dell'occupazione oppure ampliare il campo di applicazione delle forme esistenti di integrazione salariale, in particolare l'ordinaria. Tra questi due estremi erano ipotizzabili soluzioni ibride.

In effetti, è quest'ultima la strada intrapresa dal Governo fin dalle misure di sostegno ai lavoratori e alle imprese adottate dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9, ora abrogato, che riguardavano soltanto la 'zona rossa' composta dai comuni lombardi del lodigiano e poco più.

Pur d'applicazione così confinata, il Capo I del decreto, nel dettare *Misure in materia di lavoro pubblico e privato*, delineava, agli art. 13, 14, 15 e 16, uno schema d'intervento rubricato in termini di «specialità» rispetto alle norme «in materia di trattamento ordinario di integrazione salariale e assegno ordinario».

Un simile schema sarà poi ripreso e affinato, non senza qualche ambiguità, dal di poco successivo d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Peraltro, quest'ultimo non sancisce solo l'*estensione delle misure speciali in tema di ammortizzatori sociali per tutto il territorio nazionale*, richiamando l'intitolazione del Capo I del Titolo II, dedicato alle *Misure a sostegno del lavoro*. Il Capo II del medesimo Titolo, infatti, contiene una serie di *Norme speciali in materia di riduzione dell'orario di lavoro e di sostegno ai lavoratori*, tra le quali sono quelle sulle indennità per i professionisti, i lavoratori autonomi con rapporto di collaborazione coordi-

nata e continuativa oppure iscritti ad una delle gestioni speciali dell'AGO (artt. 27 e 28), speculari alle previsioni dell'art. 16 del precedente decreto legge.

La diversa collocazione formale degli interventi ha, in realtà, rilievo sistematico, separando concettualmente le misure sugli ammortizzatori sociali, riservate ai lavoratori subordinati e di natura previdenziale, da quelle per i lavoratori autonomi, del tutto nuove e di carattere assistenziale. L'indicazione ci consente di soffermarci sulle prime tralasciando queste ultime, non senza osservare che, per quanto disperse in una più ampia gamma di interventi, esse, insieme all'istituendo «Fondo per il reddito di ultima istanza a favore dei lavoratori danneggiati dal virus», peraltro destinato anche a lavoratori dipendenti, rappresentano il primo, invero timido, tentativo di risposta ai problemi di tutela del lavoro autonomo.

Venendo, allora, allo schema d'intervento, come accennato, esso era costruito intorno all'enucleazione di un'autonoma e speciale 'causale' del trattamento ordinario o dell'AO, la sospensione o riduzione dell'attività lavorativa «in conseguenza dell'emergenza epidemiologica»; una causale di tipo oggettivo, nel senso che per la sua esistenza era sufficiente l'insistenza su un determinato territorio – la c.d. zona rossa – ora delle unità produttive interessate dalla sospensione ora della residenza/domicilio di lavoratori occupati in aziende situate altrove.

Dall'oggettività della causale discendevano poi molteplici effetti: quanto al rapporto con le altre ragioni giustificative della CIGO, della CIGS o inerenti all'area della bilateralità, alla relazione con le regole che presiedono all'intervento, nonché in ordine alle procedure amministrative. Effetti tutti derogatori della disciplina generale.

Peraltro, poiché la nuova misura era comunque configurata quale 'trattamento ordinario' essa scontava anche il limite del campo di applicazione, almeno secondo la lettura della norma proposta dall'INPS, in realtà non del tutto supportata dalla sua incerta formulazione.

In ogni caso, a chiudere il sistema e assicurare la (tendenziale) universalità della tutela, l'art. 15 introduceva un'ulteriore misura definita «Cassa integrazione in deroga».

Infine, aspetto di particolare importanza, il finanziamento dell'intero intervento era a carico del bilancio statale.

3. La specialità del trattamento CIG Covid-19 tra blocco dei licenziamenti e oggettività della causale

Come accennato, lo schema è stato ripreso e affinato dagli artt. 19-22 del d.l. n. 18 del 2020, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27, e poi modificato dal d.l. n. 19 maggio 2020, n. 34, senza peraltro intaccarne l'impianto. Del resto, la continuità con le precedenti disposizioni è esplicitata in modo inequivoco nell'intitolazione del Capo I del Titolo II del provvedimento.

Ci sono, tuttavia, due importanti elementi normativi che, rispetto al precedente provvedimento, modificano il contesto in cui si calano le nuove disposizioni ed entrambi ne rimarcano il tratto di specialità in rapporto alla disciplina generale delle integrazioni salariali.

Il primo fattore è la dimensione nazionale nel frattempo assunta del blocco delle attività produttive: ne deriva un'accentuazione sia del carattere emergenziale dell'intervento sia degli interessi pubblici ad esso sottesi, rispetto alle normali dinamiche collettive e individuali del mercato del lavoro.

Il secondo è l'interdizione temporanea dal potere di recedere dal rapporto di lavoro per motivi economici, che l'art. 46 dispone con riferimento a tutti i datori di lavoro, a prescindere dalle dimensioni dell'organizzazione produttiva. Dapprima fino al 17 maggio, ora fino al 17 agosto (o, secondo altri, il 16), la disposizione vieta i licenziamenti sia collettivi (artt. 4, 5 e 24, l. n. 223 del 1991) sia individuali per giustificato motivo oggettivo e ne sospende le relative procedure, presumendone, in sostanza, l'esclusiva motivazione pandemica.

Salvo la possibilità di lavoro agile, è chiaro che l'eccezionalità di questa misura rende di fatto obbligatorio il ricorso al nuovo ammortizzatore sociale, in funzione di tutela dei lavoratori, ma anche di salvaguardia della funzionalità aziendale nella prospettiva della ripresa dell'attività produttiva.

Questo contesto accentua il tratto oggettivo della nuova causale d'intervento, ora definita 'emergenza Covid-19' (da ora

CIG o AO 'Covid-19'), ma accresce anche le incertezze in ordine al suo campo di applicazione, quantomeno nell'interpretazione data dall'ente previdenziale, nonostante la conferma della CIGD quale misura di chiusura del sistema.

Il punto è che dalla configurazione del trattamento quale 'ordinario' viene dedotta l'accessibilità nei limiti del campo di applicazione della CIGO – le imprese industriali ai sensi dell'art. 10, d. lgs. n. 148 del 2015 – con l'aggiunta di quelle che «abbiano in corso un periodo di CIGS al 23 febbraio 2020», secondo l'art. 20, d.l. n. 18 del 2020. D'altra parte, il successivo art. 22, esclude dalla CIGD i datori di lavoro «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», formula che si presta a coprire anche l'indennità straordinaria.

Ed allora non è chiaro quale sia la tutela accordata alle imprese dell'area CIGS, che non abbiano in corso il trattamento e non siano al contempo comprese anche nella CIGO.

Al riguardo, l'ente previdenziale ritiene che in tal caso non spetti la CIG Covid-19, bensì la CIGD.

La soluzione non pare condivisibile. Sul piano letterale essa non è supportata dall'art. 20 ed è perfino smentita dal successivo art. 22, appena sopra richiamato; sul piano effettivo un'impresa che rientri nel campo di applicazione sia della CIGS sia della CIGO ed abbia in corso una sospensione dell'attività con erogazione del primo trattamento potrebbe sospenderlo e ottenere la nuova prestazione, invece un'impresa rientrante esclusivamente nell'area CIGS potrebbe accedere alla CIGD solo se non avesse in corso il relativo trattamento, altrimenti ne resterebbe esclusa: un assetto palesemente irrazionale. Tutto ciò senza contare che il blocco delle attività incide indistintamente su tutte le aziende e può compromettere i programmi di fuoriuscita dalle situazioni di riorganizzazione o di crisi aziendale per cui è concessa la CIGS.

L'ambiguità è nel predicato di 'ordinarietà' del trattamento Covid-19. Meglio sarebbe stato ometterlo e tuttavia esso non va inteso come meccanico rinvio al campo di applicazione CIGO, limitandosi piuttosto a sottolineare l'omogeneità fra la speciale fattispecie e quelle generali.

Una conferma di questa conclusione arriva da ultimo dell'art. 68, d.l. n. 34 del 2020, che nel modificare l'art. 19, d.l. n. 18 del 2020, riconosce il trattamento speciale ad una serie di datori di lavoro – ad esempio del turismo o delle sale cinematografiche – non coperti dalla CIGO.

È sempre il tratto oggettivo della causale a dare ragione di altri profili di specialità della disciplina in esame.

Uno è il carattere neutro delle 18 settimane di intervento CIG Covid-19 – fruibili in parte (14 settimane) entro il 31 agosto 2020 e in parte (le restanti 4) anche tra il 1° settembre e il 31 ottobre 2020 – rispetto ai limiti di durata previsti per la CIGO. Neutralità che consente di accedere all'integrazione salariale anche ai datori di lavoro che già abbiano usufruito totalmente del trattamento ordinario e specularmente il ricorso a quest'ultimo, ove non esaurito il periodo godimento, dopo la fruizione del primo.

L'altro profilo è la semplificazione della procedura per richiedere l'intervento, peraltro oggetto di evidenti oscillazioni nella legge, riflesso presumibile della volontà delle organizzazioni sindacali a conservare un qualche ruolo nella gestione dell'integrazione salariale. Difatti, il d.l. n. 9/2020 prevedeva la dispensa totale dall'osservanza della fase preventiva di informazione, consultazione ed esame congiunto in sede sindacale, il successivo d.l. n. 18 ne ha richiesto lo svolgimento, seppur in via semplificata e nell'arco, invero puramente teorico, di tre giorni, la legge di conversione ha ripristinato la soluzione precedente, infine il d.l. n. 34 è ritornato alla necessità della fase preventiva semplificata.

Al di là della (improbabile) fattibilità ed effettività di un confronto sindacale in così breve termine, la mancanza di una chiara linea del legislatore moltiplica le difficoltà di gestione pratica delle procedure a danno dei lavoratori.

4. *La Cassa guadagni in deroga*

A chiudere il sistema, come detto, è la CIGD, di cui all'art. 22, d.l. n. 18 del 2020, modificato dall'art. 60, d.l. n. 34 del 2020, con cui sono stati aggiunti anche gli artt. 22-ter, quater e quinquies.

Il trattamento è ‘in deroga’, definizione dal sapore ormai paradossale, visto il carattere praticamente ‘istituzionale’ assunto nel tempo da questa forma d’intervento, perché destinato a soggetti normalmente non coperti né dalla CIGO né dalla CIGS e neppure dai FSB/FSBA/FIS, secondo l’interpretazione qui preferita.

La disposizione richiama i «datori di lavoro del settore privato, ivi inclusi quelli agricoli, della pesca e del terzo settore compresi gli enti religiosi civilmente riconosciuti», ma l’elenco non è esaustivo, dovendosi ad esempio aggiungere i datori di lavoro iscritti al FIS che occupano mediamente meno di cinque lavoratori.

Neppure così, tuttavia, la tutela copre tutti i lavoratori subordinati.

Coordinando l’art. 19 e l’art. 22, ne restano privi i dirigenti e, sembrerebbe, i lavoratori a domicilio, estranei tanto alla CIGO quanto alla CIGS (art.1, comma 1, d. lgs. n. 148 del 201), come pure i lavoratori domestici, in questo caso per espressa previsione dell’art. 22, ed ancora i tirocinanti o figure similari, che non costituiscono rapporto di lavoro.

Peraltro, il carattere derogatorio s’appalesa sul terreno burocratico/amministrativo in termini che da inefficienza o, comunque, scarsa efficienza nella gestione della misura rischia di tramutare in inefficacia della stessa. In effetti l’individuazione nelle Regioni del soggetto che autorizza il trattamento e nell’INPS del materiale erogatore, congiunto all’obbligo datoriale del «previo accordo» sindacale, ha accresciuto gli adempimenti e dilatato i tempi di godimento della prestazione.

E difatti, a (tentare di) risolvere il problema il c.d. decreto rilancio ha esautorato le regioni rimettendo direttamente all’INPS la concessione dei periodi CIGD ulteriori rispetto alle nove settimane inizialmente previste, esattamente come per la CIG Covid-19.

5. Il finanziamento statale

Il finanziamento delle misure a integrale carico del bilancio statale è stato certo una scelta obbligata per il Governo e tuttavia la circostanza emergenziale e l’entità dello stanziamento accendono i riflettori e rinnovano aspettative e interrogativi su

questo snodo cruciale e in continua fibrillazione del sistema di protezione sociale.

Ma prima di valutarne le potenzialità sistematiche occorre delineare l'articolazione e la struttura dell'intervento finanziario dello Stato.

Innanzitutto, va detto che le risorse sono destinate a copertura delle prestazioni tanto della CIGO Covid-19 quanto dell'AO, a prescindere dalla fonte istitutiva e/o dalla natura giuridica del fondo erogatore, siano essi configurati come gestioni INPS (FSB e FIS), ovvero mantengano la forma di enti di diritto privato (FSBA).

Questo aspetto non è di poco conto. Ancorché tutti i fondi di solidarietà assolvano una funzione di previdenza obbligatoria, rispetto alla CIG l'assetto privatistico porta a differenze nel regime della contribuzione, dal marcato tratto categoriale, e soprattutto nella gestione delle risorse, vincolate alla regola del pareggio di bilancio con divieto di erogare prestazioni in carenza di disponibilità.

D'altra parte, è un ulteriore profilo, la legge stabilisce in via preventiva i limiti di spesa consentiti per ciascuna linea d'intervento. Ciò significa che le risorse stanziare non sono illimitate. E se l'art. 126, comma 9, d.l. n. 18 del 2020 dispone il tempestivo trasferimento delle somme così quantificate dal bilancio statale all'INPS, questi deve monitorare le domande e soprattutto «non prende(rne) in considerazione ulteriori» qualora «emerge che è stato raggiunto anche in via prospettica il limite di spesa», pure con riguardo ai FSB, in quanto gestioni INPS. Analoga previsione vale per la CIGD, con il divieto per regioni e province autonome, ora anche l'INPS, di «emettere altri provvedimenti concessori» quando dal monitoraggio dell'ente previdenziale risulti raggiunto il limite di spesa.

Ai FSBA, invece, proprio perché alternativi, le risorse sono direttamente trasferite dallo Stato ed anche in assenza di specifiche disposizioni è chiaro che la spesa per prestazioni di AO Covid-19 non potrà superare quanto ricevuto. Pur nei limiti e alle condizioni consentiti dal d. lgs. n. 148 del 2015, tuttavia, non è da escludere che, nella loro autonomia, tali fondi predispungano misure ulteriori.

Al riguardo, peraltro, la copertura delle misure, anche in termini prognostici, pare ora assicurata tramite la norma del d.l. n. 34 del 2020 che ne consente il rifinanziamento ed anche l'aumento dei periodi di copertura mediate decreti ministeriali che attingono ad un apposito capitolo di bilancio istituito nell'ambito dello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Quali indicazioni si ricavano da un simile assetto?

La prima attiene alla posizione soggettiva dei datori di lavoro rispetto alle diverse forme di integrazione salariale: non si tratta di un diritto soggettivo perfetto, perché l'accesso è condizionato alle disponibilità finanziarie. In realtà, neppure l'intervento appena sopra ricordato pare in grado di superare questa conclusione, la garanzia ivi prevista restando sul piano di fatto. Ciò significa anche che alcuni lavoratori potrebbero non accedere alla tutela, salvo ovviamente ulteriori stanziamenti di risorse, che comunque richiederebbero un intervento legislativo.

In secondo luogo, l'estensione del finanziamento statale ai fondi di solidarietà bilaterali, anche alternativi, presuppone una considerazione egualitaria delle diverse forme di tutela, certo consentita dall'identica funzione assoluta, ma nel quadro delle descritte differenze giustificata dal carattere emergenziale della situazione contingente. Ne deriva la sottolineatura degli interessi generali coinvolti e dunque della specialità della misura, con possibili ricadute operative, ad esempio – ma il punto richiede altri approfondimenti – in termini di spettanza della stessa anche a datori non in regola con gli obblighi contributivi al fondo.

L'osservazione, peraltro, apre il passaggio a valutazioni di maggiore respiro sistematico.

Secondo alcuni, infatti, la risposta del Governo all'emergenza riproporrebbe l'antico dilemma sul rapporto tra pubblico e privato nella realizzazione della tutela previdenziale, evidenziando l'inadeguatezza del segmento privato ad assolvere una funzione obbligatoria.

Il tema non può essere qui approfondito, tuttavia prima di concludere in tal senso va almeno considerata una lettura in ottica sussidiaria dell'intervento, tanto più a fronte dell'imprevedibilità ed oggettività della pandemia.

Ancora, è noto che il finanziamento tramite fiscalità generale è tradizionale fattore distintivo dell'assistenza dalla previdenza sociale connotata, invece, in senso contributivo. Peraltro, per le ragioni più volte ripetute, soltanto lo Stato può disporre delle risorse necessarie ad affrontare un'emergenza simile, che inaridisce le fonti stesse del sistema contributivo. Non perciò l'ammortizzatore sociale CIGO/AO Covid-19 è da considerare una prestazione assistenziale, ma conserva la sua natura previdenziale.

Il nuovo ammortizzatore sociale, allora, rende trasparente l'attuale inadeguatezza del metodo di finanziamento quale criterio distintivo, del resto da tempo appannato se si considerano gli stanziamenti di risorse dal bilancio statale annualmente trasferiti all'INPS a sostegno di alcune misure previdenziali. Donde, tra l'altro, l'annoso e in parte artificioso dibattito sulla necessità di una distinzione tutta interna all'ente previdenziale tra assistenza e previdenza sociale.

Al contempo, ove ancora se ne dubiti, risulta chiaro che il momento finanziario non è un condizionamento esterno al sistema previdenziale, ma un suo dato strutturale, di modo che non può darsi per presupposta la capienza delle risorse disponibili, neppure ove sia lo Stato a garantirle.

A simile configurazione non pertiene la fiscalizzazione delle risorse: tra i due termini non c'è una corrispondenza obbligatoria, anzi con ragione l'art. 38 Cost. rimette alla fonte ordinaria, quindi ad una scelta politica, la concreta determinazione delle modalità di finanziamento, lasciando di principio spazio all'azione rinnovatrice e innovatrice rispetto al mutare dei tempi delle Istituzioni. Se ciò è vero, deve aggiungersi che la vicenda in esame mostra con plastica evidenza il ruolo 'integratore' dello Stato, semmai ampliandone la portata oltre gli 'istituti' del testo costituzionale.

6. *Considerazioni conclusive*

Quello sopra descritto è un nuovo modello di tutela suscettibile di conformare, oltre il tempo dell'emergenza, la disciplina degli ammortizzatori sociali?

La risposta, a mio avviso, è negativa.

Troppi sono gli elementi derogatori della disciplina generale che trovano l'esclusiva ragion d'essere nella contingenza pandemica.

Non alludo solo al blocco dei licenziamenti, che vincola i datori di lavoro a ricorrere all'integrazione salariale, bensì allo stesso metodo di finanziamento e prima ancora all'oggettività della causale di sospensione dell'attività lavorative, che, in realtà, rappresenta il vero perno attorno a cui si dispongono gli altri fattori

Siamo in presenza di una risposta di carattere contingente, volta, cioè, a sostenere i lavoratori nell'immediato, ma priva di un disegno organico, ammesso che potesse averne uno. Comunque, resta l'ancoraggio degli ammortizzatori sociali al lavoro dipendente, mentre al prepotente presentarsi sulla scena del welfare del lavoro autonomo la risposta è di tipo assistenziale.

Neppure l'integrale finanziamento statale è elemento da sopravvalutare sia perché obbligato sia perché comunque astretto nei limiti degli stanziamenti di spesa, che finiscono semmai per evidenziare l'importanza di un bilancio se non in pareggio certo con un deficit contenuto.

Bibliografia essenziale

- I. Alvino, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Decreto legge "Cura Italia": strumenti di sostegno del reddito e delle esigenze di assistenza dei lavoratori subordinati e autonomi*, Treccani.it, <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Alvino_Tutela_del_lavoro_e_emergenza_da_COVID-19_Decreto_legge_Cura_Italia.html>, giugno 2020;
- C. De Marco, *La cassa integrazione guadagni in deroga alla prova del Covid-19*, in A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, «LPO», 2020;
- M. Faioli, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19*, Treccani.it, <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/>, giugno 2020;
- M. Faioli, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, Ediesse, 2020;

- G. Fiaccavento, *Integrazioni salariali speciali: un primo tentativo di universalizzazione delle tutele*, in A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, «LPO», 2020;
- D. Mesi, *La tutela previdenziale temporanea speciale dei lavoratori nell'emergenza Covid-19*, in A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, «LPO», 2020;
- E. Rocchini, *Coronavirus, ammortizzatori sociali e bilateralità: primissime considerazioni*, «Massimario di giurisprudenza del lavoro», 1, 2020.

Gianluca Contaldi

Le misure poste in essere dall'Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia di Covid-19

SOMMARIO: 1. Premessa: le conseguenze economiche della pandemia da Covid-19 – 2. L'interpretazione dell'art. 122 TFUE come risultante dalla prassi sorta nel corso della precedente crisi finanziaria – 3. La deroga al Patto di stabilità e di crescita e la creazione del fondo SURE – 4. Il MES e l'azione della BCE – 5. La proposta della Commissione «Next Generation EU»

1. Premessa: le conseguenze economiche della pandemia da Covid-19

La pandemia provocata dal morbo che causa la malattia SARS-CoV2, più comunemente noto come coronavirus, ha determinato una diffusa contrazione economica in vari Stati membri dell'Unione europea. Si afferma infatti che, a differenza della crisi economica che investì il mondo nel 2008, questa sarebbe una crisi simmetrica, nel senso che gli effetti si verificano tendenzialmente in maniera simile (seppure in scala diversa) in tutti gli Stati.

Il problema, ovviamente, è stato determinato dalle politiche attuate dai governi per fronteggiare l'epidemia. A differenza della Corea del Sud, che tramite un meccanismo di sorveglianza obbligatoria ha garantito – anche nella fase più acuta dell'epidemia – la prosecuzione delle attività economiche, i paesi europei hanno preferito procedere a chiusure e confinamenti. La libertà di movimento, d'altro canto, è stata ristretta sia su un piano locale, sia a livello internazionale. Più dettagliatamente, all'interno dell'Unione europea è stata sospesa l'applicazione dell'Accordo di Schengen nei rapporti bilaterali tra diversi Stati

membri e la stessa Commissione ha invitato gli paesi dell'Unione a restringere gli accessi da paesi terzi.

Detta metodologia, seppure maggiormente garantista della privacy rispetto al modello coreano, ha prodotto serie conseguenze sul funzionamento del sistema economico.

Per fare fronte alle quali le istituzioni europee hanno pensato di disporre diverse misure di sostegno dell'economia. Le misure introdotte nell'Unione europea si fondano eminentemente sull'art. 122, par. 2, TFUE. Detta disposizione, come è noto, consente al Consiglio di concedere un'assistenza finanziaria allo Stato membro che «si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo». Il valore e la portata giuridica di questa previsione è tuttora oggetto di discussione.

2. L'interpretazione dell'art. 122 TFUE come risultante dalla prassi sorta nel corso della precedente crisi finanziaria

La disposizione menzionata nel precedente paragrafo è l'unica che, nel capo del Trattato dedicato alla politica economica, fa riferimento al principio di solidarietà. Il principio di solidarietà in materia economica, a differenza di quanto si verifica in altre parti del Trattato istitutivo che pure si ispirano ad un analogo principio (articoli 2, 3, 21, 24 e 31 TUE; articoli 67, 80, 194, 222 TFUE), ha acquisito, nel corso degli anni, una particolare accezione. Detta previsione normativa è stata infatti interpretata nella prassi in maniera profondamente diversa dall'accezione che il medesimo termine riveste secondo il senso comune. In campo economico, il principio di solidarietà non identifica una dazione di denaro senza contropartita, quanto piuttosto un prestito soggetto ad una 'rigorosa condizionalità'. Il percipiente dell'aiuto economico che riceve una determinata somma è tenuto a garantire il rispetto di due condizioni: la prima è, appunto, restituire la somma ricevuta in prestito, seppure in un tempo e ad un costo più comodo di quello imposto dal ricorso al mercato dei capitali; la seconda è la disponibilità ad effettuare determinate riforme in campo economico che consentano di rendere il sistema produttivo maggiormente competitivo.

L'interpretazione sopra ricordata dell'art. 122 TFUE risulta comunque più favorevole di quella originaria. È infatti solo in conseguenza dei cambiamenti operati nel funzionamento delle istituzioni europee nel corso della crisi finanziaria del 2008, che si è passati dalla proibizione degli aiuti pubblici agli Stati membri, di cui agli articoli 123 e 125 TFUE, alla creazione di veri e propri meccanismi di assistenza finanziaria a carattere permanente.

Questo non è avvenuto in maniera evidente. Per non compromettere l'equilibrio insito nell'ordinamento europeo, infatti, gli strumenti di assistenza che si sono susseguiti nel corso degli anni sono stati generalmente mascherati sotto forme astrattamente compatibili con il Trattato istitutivo; ma, al di là delle singole ipotesi, ciò che indubbiamente sorprende, è il numero e l'articolazione dei meccanismi di aiuto messi in campo sia dagli Stati membri, sia dalle istituzioni europee: ed è proprio la quantità degli interventi che induce a ritenere che sia mutato il principio ispiratore della disciplina.

L'assistenza finanziaria, a seguito della precedente crisi economica, si è infatti concretizzata in vari strumenti. Il primo di questi è stato il fondo istituito per il salvataggio della Grecia. Questo, come è noto, aveva assunto due forme. Nella specie, tramite un regolamento (Regolamento n. 407/10 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo di stabilizzazione finanziaria, GUUE L 118 del 12 maggio 2010, pp. 1 ss.), venne costituito un fondo di garanzia, dalla limitata capacità finanziaria (circa ottanta miliardi), denominato Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (*European Financial Stability Mechanism* - EFSM) congiuntamente alla costituzione di una società di diritto privato, con sede in Lussemburgo (denominata *European Financial Stability Facility* - EFSF), il cui capitale fu contestualmente sottoscritto da tutti i paesi della zona euro. A tale modalità di finanziamento si aggiunsero poi gli aiuti direttamente erogati dai singoli Stati dalla Grecia, attraverso accordi bilaterali con il governo di questo paese.

Il secondo strumento posto in essere per fornire assistenza finanziaria agli Stati membri è rappresentato dalla costituzione del Meccanismo europeo di stabilità (MES). Il MES, come è noto, è una vera e propria istituzione finanziaria internazionale,

creata mediante un accordo internazionale tra gli Stati membri dell'eurozona, con la precipua finalità di erogare prestiti agevolati agli Stati membri in difficoltà nella bilancia dei pagamenti. La funzione del MES consiste nell'intervenire nel momento in cui uno Stato partecipante all'euro non è più in condizione di finanziarsi autonomamente sul mercato dei capitali. Dal momento che da forme di aiuto temporaneo si passò, con la creazione del MES, all'istituzione di un fondo a carattere permanente, gli Stati partecipanti si posero il problema della compatibilità di detto strumento con il divieto di finanziamento pubblico previsto dal Trattato. Per evitare contrasti formali con il dettato normativo del TFUE, si decise di introdurre un'apposita modifica all'art. 136 del Trattato. Tuttavia la Corte di Giustizia, nella sentenza *Pringle* precisò che il MES non costituiva alcuna violazione del divieto di *bail-out*, di cui all'art. 125 TFUE, perché il Trattato istitutivo vietava solo l'aiuto finanziario diretto, ma non l'erogazione di prestiti soggetti ad obbligo di rimborso (Corte di giustizia, sentenza del 26 ottobre 2012, causa C-370/12, *Pringle v. Ireland*, ECLI:EU:C:2012:756, punti 139-145).

Da ultimo, nel novero degli strumenti di assistenza finanziaria, è opportuno ricordare che la Banca Centrale Europea, che, con vari programmi di assistenza finanziaria, ha erogato, nel corso degli anni, consistenti somme a supporto degli Stati membri ovvero delle istituzioni finanziarie ivi stabilite attraverso molteplici programmi: tra questi un posto di rilievo, per dimensioni e portata, riveste indubbiamente il *Quantitative Easing* (QE).

La rete di protezione che discende dalla pluralità degli strumenti messi in campo è di portata tale da avere eliminato, in passato, ogni forma di speculazione sulla zona euro. La quantità e la varietà degli interventi appare infatti talmente estesa da indurre l'interprete a ritenere che, nella sostanza, sia mutato il principio ispiratore della politica economica europea, nel senso che, anche in campo economico, vi è spazio per un certo grado di condizionalità, seppure alle condizioni sopra ricordate. Esso, tuttavia, non può significare accollo dei debiti altrui, ma sempre e solo prestiti ad un tasso e a condizioni più favorevoli di quelli imposti dal mercato, subordinatamente rispetto al rispetto di talune condizioni. Come è stato giustamente rilevato, si tratta di

un'applicazione 'egoistica' del principio di solidarietà, nel senso che l'aiuto è concepito non tanto a favore del destinatario dello stesso, quanto piuttosto nell'interesse generale dello sviluppo del mercato interno.

Poste queste premesse, possiamo passare in rassegna le principali misure economiche poste in essere dalle istituzioni europee nel corso dell'attuale crisi economica e verificare se, almeno allo stato, la consueta interpretazione del disposto dell'art. 122 TFUE sia, in qualche modo, oggetto di evoluzione.

3. *La deroga al Patto di stabilità e di crescita e la creazione del fondo SURE*

Per quanto concerne l'azione delle istituzioni europee per fronteggiare la crisi pandemica è, innanzitutto, opportuno menzionare la sospensione del Patto di stabilità e di crescita. Come è noto si tratta dello strumento che consente di monitorare i bilanci degli Stati e di evitare i disavanzi eccessivi. In concreto la Commissione si è impegnata ad invitare il Consiglio a fare uso di tutta la flessibilità possibile. Naturalmente non si tratta di una abrogazione dello strumento, ma semplicemente di una sospensione temporanea per consentire agli Stati membri di affrontare la crisi economica provocata dalla pandemia (*Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup*, Brussels, 13.3.2020 COM(2020) 112 final, pp. 10 s.).

Tale sospensione, per funzionare efficacemente come misura di stimolo all'economia, deve essere accompagnata da una deroga alle ordinarie regole sugli aiuti di Stato. E difatti, le istituzioni europee hanno deciso di non perseguire gli Stati membri per gli aiuti che questi erogheranno a favore delle imprese per sostenere le perdite subite per effetto della chiusura coatta.

Come è evidente, dette misure non divergono in alcun modo dalla tradizionale applicazione del principio di solidarietà in campo economico, dal momento che esse consentono solo agli Stati membri che dispongono di maggiori risorse economiche di erogare fondi e rafforzare le strutture produttive nazionali. Non

è pertanto un caso che queste deroghe siano state finora utilizzate soprattutto dagli Stati che dispongono del maggior margine di manovra, perché godono di consistenti surplus di bilancio, tra i quali, in particolare la Germania.

Quale ulteriore strumento di supporto per l'ipotesi di riduzione dell'attività lavorative vanno poi ricordate ulteriori misure. Nella specie l'Eurogruppo, in occasione di una riunione svolta in data 9 aprile 2020, ha deliberato svariate azioni, alcune delle quali sono state recentemente implementate dalla Commissione (V. il *Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, consultabile al sito <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/>>).

Tra queste merita di essere menzionato il regolamento n. 2020/672 (regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19, in GUUE del 20 maggio 2020, L 159/1), con il quale è stato istituito un fondo per l'erogazione di prestiti agli Stati membri per aiutarli a fare fronte all'aumento della spesa pubblica per fronteggiare gli effetti sociali ed economici dell'epidemia. Detto fondo, denominato SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), graverà sul bilancio europeo e sarà sostenuto attraverso l'emissione di bond da parte della Commissione europea, con la garanzia degli Stati membri della zona euro. In sostanza, quando verrà concretamente attuato, esso consentirà agli Stati membri che vi faranno ricorso di reperire risorse ad un tasso di interesse più conveniente di quello offerto dal mercato; a patto, tuttavia, che le risorse così reperite vengano indirizzate solo al superamento delle conseguenze sociali ed economiche dell'epidemia.

È opportuno avvertire che per attivare detto fondo tutti gli Stati membri dovranno avere costituito garanzie corrispondenti al 25% del totale dei fondi disponibili. Quindi, in sostanza, esso entrerà in funzione solo allorquando tutti gli Stati membri avranno costituito garanzie complessivamente corrispondenti a venticinque miliardi.

È evidente che pure detto strumento non diverge dalla consueta lettura del principio di solidarietà. Innanzitutto perché si tratta sempre e soltanto di prestiti condizionati, i quali, pertanto, implicano la creazione di nuovo debito pubblico ed il correlato obbligo di restituzione. Al riguardo è esplicito lo stesso testo normativo, il quale chiarisce che il prestito verrà erogato a rate man a mano che lo Stato membro destinatario pone in essere le misure di sostegno all'occupazione concordate con la Commissione europea (articoli 4, 7 e 8, del regolamento 2020/672).

A ciò si aggiunga che la percezione dell'aiuto è subordinata alla presenza di presupposti rigorosi. L'art. 3, del regolamento istitutivo presuppone infatti che lo Stato destinatario fornisca prove che ha subito «un aumento repentino e severo a decorrere dal mese di febbraio 2020 per via di misure nazionali direttamente connesse a regimi di riduzione dell'orario lavorativo o a misure analoghe per far fronte agli effetti socioeconomici delle circostanze eccezionali causate dall'epidemia di Covid-19».

Fino a questo punto, pertanto, non si ravvisa alcuna deroga alla tradizionale interpretazione del disposto dell'art. 122, par. 2, TFUE, secondo cui l'assistenza finanziaria assume solo la forma di un prestito ed è comunque soggetta ad una rigorosa condizionalità. Più complesso è stabilire se detti presupposti ricorrano anche in relazione alle altre misure che sono state adottate dall'Unione europea per fronteggiare la crisi economica generata dalla pandemia.

4. *Il MES e l'azione della BCE*

Maggiormente articolata risulta la lettura delle ulteriori misure adottate a livello europeo e che, apparentemente, pongono in essere strumenti di parziale condivisione del debito pubblico. Un primo passo in questa direzione è stato fatto con l'allentamento delle condizioni previste per l'accesso al MES. Nella specie, sempre in occasione dell'Eurogruppo del 9 aprile 2020, è stato deciso che gli Stati contraenti potranno fare ricorso a risorse pari al 2% del rispettivo PIL, a condizione che queste vengano utilizzate per finanziare «spese mediche dirette o indirette». Si tratta, come è evidente, di prestiti, che lo Stato dovrà comunque

restituire, seppure in un lasso temporale sufficientemente ampio e corrispondendo un tasso di interesse più contenuto di quello offerto dal mercato.

Non è per la verità del tutto chiaro se si tratti realmente di un prestito incondizionato, nel senso che esso prevede, quale unico presupposto, l'osservanza del requisito delle spese mediche. Tale condizione di accesso al MES è stata affermata nell'ambito delle conclusioni del Consiglio europeo ed è stata ulteriormente ribadita da una lettera inviata al Presidente dell'Eurogruppo dai commissari Gentiloni e Dombrowski.

Invero sia le conclusioni del Consiglio europeo, sia la lettera di due commissari non sembrano costituire strumenti idonei, da un punto di vista formale, per introdurre una deroga al principio di condizionalità. La condizionalità è infatti insita sia nel disposto nel Trattato istitutivo (art. 136 TFUE, par. 3), sia nello Statuto del MES (art. 12), sia, infine, nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Nella citata sentenza nel caso *Pringle*, la Corte aveva accertato la compatibilità dell'Accordo istitutivo del MES con il divieto di *bail-out*, proprio in ragione del principio di condizionalità che caratterizza gli interventi di sostegno economico del fondo.

A questo punto appare francamente difficile che si possa escludere una qualunque forma di condizionalità nell'intervento del MES, a meno di non ipotizzare una modifica del Trattato e dell'Accordo istitutivo del MES. Se queste riflessioni sono corrette, è necessario concludere che talune condizioni economiche, seppure estremamente leggere, dovranno essere verosimilmente incluse nell'Accordo che verrà concluso con lo Stato membro al momento dell'erogazione del prestito allo Stato membro che ne farà richiesta.

Per quanto rileva ai fini del nostro discorso, ne discende che la modifica delle condizioni di accesso al MES non determina una modifica della tradizionale lettura dell'art. 122 TFUE come risultante dal Trattato e dalla prassi applicativa emersa in occasione della precedente crisi economica.

Non sembra, invece, ricorrere tale condizionalità nelle misure adottate, fino a questo momento, dalla Banca centrale europea, la quale ha lanciato un massiccio piano di acquisto di

titoli, dell'importo complessivo di settecentocinquanta miliardi di euro (denominato PEPP, *Pandemic Emergency Purchase Programme*). Tale programma è stato successivamente esteso a seguito della riunione del Consiglio direttivo del 4 giugno 2020.

Non sono noti i dettagli tecnici di attuazione del piano, ma se traiamo spunto dalle analoghe operazioni monetarie condotte dall'Istituto di emissione durante la Presidenza Draghi, si può immaginare che esso implichi l'acquisto sul mercato secondario di titoli di Stato, in modo da alleggerire il tasso di interesse che gli Stati e le imprese sono tenuti a pagare per finanziarsi sul mercato. A differenza del programma QE, sopra ricordato, il piano attuale presenta una maggiore flessibilità, dal momento che tali acquisti si possono indirizzare verso gli Stati ed i settori che richiedono maggiori interventi. La decisione istitutiva del programma prevede, infatti, la possibilità di derogare alla condizione della *capital key*, secondo la quale gli acquisti devono rapportarsi al capitale della BCE che è stato sottoscritto da ogni banca centrale nazionale (art. 5, della decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea del 24 marzo 2020, su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17), in GUUE del 25 marzo 2020, L/91, pp. 1 ss.). Inoltre, l'istituto di emissione sta attualmente accettando, come collaterale o come garanzia, anche titoli che non godono di un *rating* adeguato, in modo da facilitare l'intervento sul mercato a favore dei paesi maggiormente bisognosi.

In realtà, nonostante l'apparenza, neppure l'azione della BCE sembra costituire effettivamente un superamento della tradizionale interpretazione in materia economica del principio di solidarietà. È vero che la Banca centrale europea sta acquistando titoli del debito sovrano degli Stati membri, in tal modo riducendo il tasso di interesse che questi corrispondono sul mercato per finanziarsi; ma si tratta, pur sempre di debito pubblico, che pertanto dovrà pur sempre venire ripagato attraverso la creazione di altro debito ovvero mediante prelievi fiscali.

Dal punto di vista dell'efficacia concreta, poi, il piano di acquisti rischia poi di arrestarsi a causa della recente sentenza della Corte costituzionale tedesca nel caso *Weiss*. In data 5 maggio la

Corte federale ha infatti pronunciato una sentenza interlocutoria con la quale ha posto in rilievo taluni dubbi di legittimità del programma QE (BVerfG, BvR 859/15, 1651/15, 2006/15, BvR 980/16). Nella specie, la Corte tedesca ha al momento stabilito che il precedente programma di acquisti (il citato QE) viola il principio di proporzionalità, dal momento che non è chiaro in che modo sia accertata la sua efficacia rispetto alla ravvisata esigenza di garantire la circolazione monetaria tra i paesi dell'eurozona. A tal fine ha ordinato alla Banca centrale europea di fornire alla Corte gli elementi idonei a dimostrare il rispetto di tale parametro che tradizionalmente connota la legittimità dell'azione delle istituzioni europee. Al di là della legittimità di tale presa di posizione e della correlata esistenza di un obbligo in capo alla BCE di rispondere ad un ordine ad essa impartito da un giudice nazionale (escluso, almeno in via di principio, dalla stessa Banca centrale europea in un comunicato stampa: *ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate*), non può non sorprendere la tempestività della decisione stessa.

In altri termini, la posizione della Corte federale appare talmente netta, da suscitare il dubbio che detto organo giudiziario aspiri in realtà ad intervenire nel dibattito sulle misure in corso di realizzazione a livello europeo. Questa perplessità risulta, d'altro canto, rafforzata dalla lettura del punto 216 della decisione, nel quale la Corte dice espressamente che il precedente programma non dava adito a dubbi di compatibilità con il Trattato, sul piano del rispetto del divieto di facilitazioni creditizie da parte della Banca centrale europea, dato che rispettava proprio la condizione della *capital key*. In altri termini, la Corte di Karlsruhe sembra indirettamente contestare proprio la mancanza di tale requisito nel programma PEPP, quale elemento suscettibile di minarne la compatibilità con il Trattato istitutivo.

Pur prescindendo dalla possibilità che la Corte federale dichiari illegittimo il programma QE e, conseguentemente, dall'eventualità che la decisione definitiva incida sull'attuale programma di acquisti, è tuttavia evidente che pure le misure poste in essere dalla Banca centrale europea non derogano alla consueta lettura del principio di solidarietà economica, dal momento che

non viene ovviamente meno l'obbligo per lo Stato membro di ripianare il proprio debito pubblico nei confronti degli investitori.

A questo punto, per trarre le fila del nostro discorso, rimane solo da trattare del c.d. *Recovery Fund*.

5. *La proposta della Commissione «Next Generation EU»*

Più complessa, anche perché il negoziato nel momento in cui scriviamo è tuttora in corso di svolgimento, appare invece la valutazione della proposta di istituzione di un *Recovery Fund*, ovvero di un fondo europeo creato appositamente per fronteggiare l'emergenza economica determinata dalla diffusione della pandemia. Detto piano è stato dapprima invocato nelle conclusioni del Consiglio europeo del 23 aprile 2020 ed è stato poi effettivamente presentato dalla Commissione europea in data 28 maggio 2020.

La proposta della Commissione, contraddistinta con la dicitura *Next Generation EU*, è composta da un regolamento istitutivo del fondo e da ulteriori atti cinque atti normativi, che con il primo sono funzionalmente collegati, consistenti, in particolare, in una decisione di modifica del bilancio europeo, una comunicazione, un accordo interistituzionale, una proposta di modifica al precedente regolamento del 2013 che stabiliva l'esercizio finanziario pluriennale per gli anni 2014-2020.

Nella sostanza, tale articolata proposta prevede che la Commissione europea emetta obbligazioni sui mercati finanziari per finanziare un aumento straordinario del bilancio europeo (quantificabile in ben settecentocinquanta miliardi di euro). Detta somma sarà rimborsabile in un arco temporale alquanto esteso, fino a trent'anni, al tasso di interesse previsto dal mercato (confidando sul fatto che la Commissione europea, godendo della tripla A presso le agenzie di *rating*, riesca a contrarre debiti ad un tasso di interesse estremamente contenuto).

La somma così reperita verrà utilizzata eminentemente per l'erogazione agli Stati membri di fondi a titolo perduto (quindi, senza necessità di restituzione) e, in misura minore, per la concessione di prestiti. La disposizione fondamentale della proposta di regolamento istitutivo del fondo è l'art. 3, il quale, appunto,

prevede che cinquecento miliardi verranno erogati a fondo perduto, per finanziare vari programmi europei, i più rilevanti dei quali sono: programmi di coesione territoriale; ricerca e innovazione; programmi di sostegno alla ricostruzione postpandemica; riconversione verso un'economia verde; sostegno alle zone rurali.

Inoltre, nelle spiegazioni introduttive, la Commissione chiarisce espressamente che i fondi verranno erogati laddove sarà necessario ed in particolare saranno indirizzati verso gli Stati che dispongono di un minore margine di manovra.

La proposta è stata accolta con notevole clamore ed è stata salutata con favore dai mercati, tanto è vero che, all'indomani della presentazione, tutte le borse europee hanno fatto segnare cospicui rialzi degli indici economici e gli spread sono generalmente calati nei paesi maggiormente indebitati. In realtà, tale ventata di ottimismo appare eccessiva. Innanzitutto perché gli esiti del negoziato in corso sono quanto mai incerti. Non sarà infatti facile trovare un'intesa tra gli Stati c.d. 'frugali' (Austria, Paesi Bassi, Finlandia, Svezia), contrari a qualunque forma di mutualizzazione del debito, e tutti gli altri, ed in particolare al gruppo dei paesi più popolosi (Germania, Francia, Italia e Spagna). Mentre infatti la proposta di regolamento può essere approvata anche a maggioranza qualificata, la modifica del budget europeo, presuppone l'unanimità. Quindi, se la semplice introduzione del regolamento, può avvenire anche senza il consenso dei quattro paesi restrittivi, la modifica al bilancio europeo presuppone l'accordo tra tutti gli Stati membri.

Ad ogni buon conto, pur prescindendo dall'esito di detto complesso negoziato, emerge tuttavia che il c.d. *Recovery Fund* non corrisponde ad una dazione di denaro senza contropartita. I fondi che verranno raccolti attraverso l'emissione straordinaria di bond europei non potranno, infatti, essere utilizzati per ridurre il debito pubblico pregresso e saranno comunque condizionati alla realizzazione degli specifici programmi europei che verranno di volta in volta previsti.

Né viene meno un obbligo contributivo a carico degli Stati membri. Gli Stati membri saranno comunque tenuti a contribuire, secondo le rispettive quote, all'aumento del bilancio eu-

ropeo, con la conseguenza che questo peserà soprattutto sugli Stati membri con il debito pubblico più elevato. Quindi, anche se non si può parlare tecnicamente di un prestito, non è neppure corretto affermare che si tratterà di un'elargizione gratuita. A ciò si aggiunga che la percezione delle somme, specie di quelle a fondo perduto, non rappresenterà una vera e propria deroga al principio di condizionalità, dal momento che tali somme saranno indirizzate solo alla realizzazione di progetti specifici e verranno corrisposte a stati di avanzamento (come avviene già oggi per i fondi strutturali). Detto strumento, pertanto, seppure profondamente innovativo rispetto a quelli esaminati nei precedenti paragrafi, non sembra costituire una vera novità nella tradizionale lettura del principio solidaristico in campo economico.

Bibliografia essenziale

- R. Baratta, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da COVID-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea?*, Sidiblog.it, <<http://www.sidiblog.org/2020/04/09/il-contrasto-alla-disoccupazione-a-fronte-dellemergenza-sanitaria-da-covid-19-e-attuale-il-principio-di-solidarieta-neunione-europea/>>, giugno 2020;
- B. Caravita, M. Condinanzi, A. Morrone, A. Poggi, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, «federalismi», 14, 2020, pp. iv ss.;
- F. Costamagna, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 ('SURE'): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, Sidiblog.org, <<http://www.sidiblog.org/2020/04/05/la-proposta-della-commissione-di-uno-strumento-contro-la-disoccupazione-generata-dalla-pandemia-covid-19-sure-un-passo-nella-giusta-direzione-ma-che-da-solo-non-basta/>>, giugno 2020;
- R. D'Ambrosio, *Dal Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza Covid-19*, «Eurojus», numero speciale *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, 2020, pp. 115 ss.;
- D.U. Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, «federalismi.it», 14, 2020, pp. 166 ss.;

- L. Lionello, *La BCE nella tempesta della crisi sanitaria*, Sidiblog.org, <<http://www.sidiblog.org/2020/03/28/la-bce-nella-tempesta-della-crisi-sanitaria/>>, giugno 2020;
- E. Pistoia, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità"*, Aisdue.eu, <<https://www.aisdue.eu/emanuela-pistoia-i-trattati-ue-e-il-via-libera-alluso-del-mes-senza-condizionalita/>>, giugno 2020;
- G. Morgese, *Solidarietà di fatto... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, «Eurojus», numero speciale *L'emergenza sanitaria Covid-19* cit., pp. 77 ss.;
- L. Pace, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione*, Aisdue.eu, <<https://www.aisdue.eu/lorenzo-f-pace-una-nuova-crisi-che-lunione-deve-risolvere-o-la-crisi-dellunione/>>, giugno 2020;
- A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, «DPCE online», anticipazione 2, 2020, <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/announcement/view/187>>, giugno 2020;
- G. Tesauro, P. De Pasquale, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, «DUE Osservatorio europeo», maggio 2020.

Fabrizio Marongiu Buonaiuti

Le disposizioni adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus come norme di applicazione necessaria

SOMMARIO: 1. Le disposizioni del decreto legge c.d. 'Cura Italia' per fronteggiare le ricadute delle misure restrittive adottate per il contenimento della diffusione della pandemia sui servizi turistici e dei trasporti – 2. La 'autoproclamazione' del carattere di applicazione necessaria delle disposizioni inserite nel decreto legge – 3. Problemi di compatibilità delle disposizioni in esame con la definizione di norme di applicazione necessaria contenuta nel regolamento 'Roma I' – 4. L'idoneità delle disposizioni in esame a tutelare l'interesse dei viaggiatori-consumatori, piuttosto che quello degli operatori dei servizi turistici e dei trasporti – 5. Problemi specifici posti dal conferimento del carattere di applicazione necessaria a disposizioni che intervengono in materie regolate da norme materiali dell'Unione europea – 6. In particolare: il difficile coordinamento con la disciplina, maggiormente favorevole ai passeggeri, contenuta nei regolamenti europei in materia di trasporto passeggeri per via aerea, marittima, ferroviaria e con autobus – 7. Il coordinamento con la direttiva (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi collegati – 8. L'eventuale presa in considerazione delle disposizioni di cui all'art. 88-bis del decreto legge 'Cura Italia' come norme di applicazione necessaria straniere in relazione a rapporti soggetti ad una diversa legge regolatrice

1. Le disposizioni del decreto legge c.d. 'Cura Italia' per fronteggiare le ricadute delle misure restrittive adottate per il contenimento della diffusione della pandemia sui servizi turistici e dei trasporti

Nella pluralità di disposizioni adottate in modo piuttosto alluvionale dal Governo italiano a mezzo di decreti legge per fronteggiare l'emergenza coronavirus e limitare, tra l'altro, le sue ricadute economiche pregiudizievoli su ampie categorie di soggetti, a co-

minciare da quelle particolarmente svantaggiate, vi è stato anche lo spazio per una disposizione di rilievo internazionalprivatistico.

Questa disposizione, inizialmente contenuta nell'art. 28, c. 8, del D.L. n. 9/2020, è successivamente transitata nel successivo D.L. n. 18/2020 (c.d. 'Cura Italia'), che ha abrogato il precedente, così come integrato dalla legge di conversione di quest'ultimo decreto, la l. 24 aprile 2020, n. 27, che la ha inserita all'art. 88-*bis*. La norma prevede un'apposita disciplina del rimborso di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici a beneficio dei viaggiatori/consumatori che non hanno potuto fruirne in conseguenza delle misure restrittive adottate per contenere la diffusione dell'epidemia, la quale si rivela volta al tempo stesso a contenere le ricadute finanziarie negative della situazione per gli operatori del settore.

Senza soffermarci, più di quanto è necessario ad una corretta comprensione dei rilievi internazionalprivatistici, sulla disciplina materiale contenuta in questa disposizione, che ha già formato oggetto di altro contributo in questo volume al quale si rinvia [Pollastrelli *supra*], ci si intende concentrare sui profili di rilievo internazionalprivatistico posti dal comma 13 della norma in questione, per il quale «Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme di applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218, e dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008». Questa peculiare disposizione appare verosimilmente dettata dall'esigenza di assicurare l'applicazione delle garanzie disposte dalla norma a favore del viaggiatore-consumatore, nonché, come si è accennato, dell'operatore dei servizi turistici o di trasporto, anche nel caso in cui il contratto di viaggio, di soggiorno o il pacchetto turistico siano soggetti ad una legge straniera.

2. La 'autoproclamazione' del carattere di applicazione necessaria delle disposizioni inserite nel decreto legge

Invero, le norme di applicazione necessaria, dette anche norme internazionalmente imperative per distinguerle dalle semplici norme imperative che operano come limitazioni all'autonomia

privata anche nelle situazioni puramente interne all'ordinamento giuridico statale, operano tradizionalmente come un limite all'applicazione del diritto straniero a un determinato rapporto giuridico, tanto ove tale diritto sia individuato come applicabile per effetto della scelta delle parti, quanto ove lo sia per effetto di un criterio di collegamento obiettivo, vale a dire, operante in mancanza di scelta. La deroga al normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, che in un sistema tradizionale di tipo bilaterale pongono in linea di principio sullo stesso piano l'applicazione della legge straniera come della legge nazionale, in tanto trova giustificazione in quanto le norme che si assumono di applicazione necessaria tutelino un interesse da ritenersi particolarmente imperativo, che rischi di essere pregiudicato dall'applicazione delle norme di una legge straniera che si assume possa non garantire analoga tutela all'interesse preso in considerazione [v., per tutti, Bonomi 1998, pp. 78 ss.].

L'inserimento nella disciplina contenuta, ora, nell'art. 88-*bis* del D.L. n. 18/2020 così come convertito nella l. n. 27/2020, di una espressa previsione del carattere di applicazione necessaria della disciplina stessa ha suscitato un certo dibattito nei *blogs* frequentati dalla dottrina internazionalprivatistica italiana [si vedano Piovesani 2020, Zarra 2020, con commenti e repliche rispettive]. La prima questione intorno alla quale tale dibattito è ruotato è costituita dalla scarsa opportunità dell'espressa previsione legislativa del carattere di applicazione necessaria delle norme in questione. Infatti, generalmente tale carattere deve individuarsi da parte dell'interprete, vale da dire, in sede giurisdizionale, da parte del giudice, che si troverebbe a dover applicare al rapporto il diritto straniero, in un caso in cui riscontri la presenza di una disciplina nazionale che appaia dettata da una specifica finalità protettiva di un interesse materiale.

Tuttavia, benché non sia proprio della generalità delle norme di applicazione necessaria il fatto di essere assortite di una disposizione che espressamente indichi tale loro carattere, questa ipotesi non può nemmeno considerarsi del tutto incompatibile con le caratteristiche proprie delle norme in questione. La dottrina internazionalprivatistica aveva infatti da tempo individuato una sorta di sottocategoria delle norme di applicazio-

ne necessaria, costituita dalle norme c.d. autolimitate, che cioè individuano autonomamente i presupposti della loro applicazione in relazione a situazioni implicanti elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico statale [De Nova 1959]. Un esempio di scuola, in questo senso, è costituito dalle norme che pongono i requisiti inderogabili per poter contrarre matrimonio, delle quali gli articoli 115 e 116 del codice civile impongono l'applicazione, rispettivamente, nei confronti del cittadino italiano che contragga matrimonio all'estero e dello straniero che contragga matrimonio in Italia. Deve ritenersi pienamente coerente con tale modello, del resto, la disposizione inserita all'art. 32-ter della legge n. 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato dal decreto legislativo n. 7/2017, per la quale i motivi ostativi alla conclusione di un'unione civile nel nostro ordinamento, contemplati dall'art. 1, comma 4, della legge n. 76/2016, che sostanzialmente replicano, in negativo, i requisiti inderogabili per contrarre matrimonio di cui prima si è detto, devono intendersi di applicazione necessaria, e come tali da applicarsi alla costituzione in Italia di un'unione civile anche ove questa sia soggetta ad un diritto straniero.

3. Problemi di compatibilità delle disposizioni in esame con la definizione di norme di applicazione necessaria contenuta nel regolamento 'Roma I'

In realtà, il profilo maggiormente problematico insito in questa espressa declaratoria del carattere di applicazione necessaria delle norme in esame è da individuarsi non tanto nel fatto in sé di questa 'autoproclamazione' [Piovesani 2020], quanto nella sua incidenza sul normale operare delle norme di conflitto in una materia nella quale, trattandosi di obbligazioni contrattuali, queste, come del resto ricorda la formula piuttosto articolata contenuta nell'art. 88-bis, comma 13, del D.L. n. 18/2020 come convertito, sono contenute in un atto legislativo dell'Unione europea il quale è per sua natura direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri soggetti alla sua applicazione, segnatamente nel regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. 'Roma I'), il quale,

peraltro, reca, all'art. 5, par. 2, un'apposita disciplina della legge applicabile ai contratti di trasporto di passeggeri [Contaldi 2009]. In linea di principio, ogni disposizione di diritto interno di uno Stato membro che per sua natura possa incidere sull'autonoma ed uniforme applicazione di un atto direttamente applicabile dell'Unione potrebbe rivelarsi incompatibile con l'effetto utile dell'atto in questione, comportando un venir meno dello Stato membro in questione al suo dovere di leale cooperazione nella sua valenza di obbligo negativo, in termini di dovere di astensione da ogni atto incompatibile col perseguimento dei fini propri dell'Unione.

Come la disposizione contenuta nell'art. 88-*bis* del D.L. n. 18/2020 così come convertito ricorda, il regolamento Roma I contempla espressamente la possibilità che sull'applicazione della legge individuata come applicabile al rapporto incidano le norme di applicazione necessaria, tanto, secondo una soluzione che è comune ad altri regolamenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea ed alla stessa legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, con riferimento alle disposizioni di questa natura che appartengano all'ordinamento del foro, quanto, con soluzione meno frequente e che trova precedenti essenzialmente nella Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, antesignana del regolamento stesso [Bonomi 1998, pp. 233 ss.], e nella Convenzione dell'Aja del 1985 sulla legge applicabile ai *trusts* e al loro riconoscimento [Contaldi 2001, pp. 203 ss.], relativamente alle disposizioni aventi tale natura che appartengano ad un diritto straniero diverso da quello individuato come applicabile al rapporto.

Lasciando per il momento da parte quest'ultima ipotesi, che è peraltro contemplata dal regolamento in termini più restrittivi, facendo invece riferimento all'obiezione sopra prospettata nel senso di una potenziale incompatibilità della previsione del carattere di applicazione necessaria della disciplina in esame con l'effetto utile del regolamento Roma I, appare doversi osservare che nella misura in cui il regolamento contempla la possibilità che all'applicazione della legge designata in base ai criteri di collegamento da esso previsti sia fatta eccezione in presenza di

norme di applicazione necessaria dell'ordinamento del foro, l'obiezione in questione pare destituita di fondamento.

Al tempo stesso, si deve osservare che, dal momento che il regolamento Roma I reca una propria definizione di norme di applicazione necessaria per i fini del regolamento stesso, il problema ipotizzato si ripresenterebbe nella misura in cui uno Stato membro intendesse conferire carattere di applicazione necessaria a disposizioni che non rientrino nella definizione adottata dallo strumento. A questo riguardo, l'art. 9, par. 1, del regolamento Roma I reca una definizione molto tradizionale e piuttosto tralatizia di norme di applicazione necessaria, per la quale queste «sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento». Questa definizione è mutuata pressoché testualmente da quella adottata dalla Corte di giustizia delle allora Comunità europee nella nota sentenza *Arblade* (Corte di giustizia CE, sentenza 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Leloup*, in *Raccolta*, 1999, pp. I-8498, par. 30), nella quale veniva in considerazione il carattere di applicazione necessaria di alcune disposizioni della legge belga in materia di sicurezza sociale, la cui applicazione nei confronti del datore di lavoro francese in relazione al distacco di lavoratori in Belgio si rivelava suscettibile di costituire una restrizione della libertà di prestazione dei servizi. La definizione di norme di applicazione necessaria contenuta nella sentenza appena richiamata si presentava a sua volta mutuata dalla definizione datane un trentennio prima da un'autorevole voce della dottrina internazionalprivatistica francese [Francescakis 1966], e può nel contesto attuale rivelarsi eccessivamente restrittiva.

La sua principale criticità appare costituita dal riferimento che essa fa alla finalità di salvaguardia degli interessi pubblici dello Stato che intende imporre l'osservanza di tali norme, laddove sovente si presentano casi, come quello offerto dalle norme in esame, nei quali l'interesse tutelato non presenta strettamente

un carattere pubblico, bensì si connota come un interesse collettivo di una categoria di soggetti privati riconosciuto come meritevole di particolare protezione, come, nel caso in esame, l'interesse degli acquirenti di titoli di viaggio o di soggiorno, ovvero di pacchetti di viaggio 'tutto compreso' che a seguito delle misure restrittive adottate per contrastare la diffusione della pandemia non hanno potuto godere delle prestazioni alle quali avrebbero avuto diritto in base ai contratti conclusi con gli operatori, e, di converso, l'interesse generale a che sia evitata l'insolvenza degli operatori a fronte del gravoso onere di dover provvedere ai rimborsi su così larga scala, situazione la quale finirebbe per ritorcersi negativamente anche sugli aventi diritto ai rimborsi.

A questo riguardo, pur dovendosi osservare che il carattere di applicazione necessaria di determinate disposizioni, in considerazione delle eccezioni che determina rispetto al normale operare delle norme di conflitto, dovrebbe in linea di principio formare oggetto di un'interpretazione restrittiva (Corte di giustizia UE, sentenza 18 ottobre 2016, in causa C-135/15, *Republik Griechenland c. Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, par. 44), al tempo stesso un argomento di carattere teleologico non può non militare a favore di un'interpretazione più flessibile ed adeguatrice della definizione di norme di applicazione necessaria fatta propria dal regolamento Roma I, sol che si osservi che la protezione degli interessi di una categoria particolarmente svantaggiata di soggetti che si presentano sostanzialmente in una posizione di parte debole del rapporto contrattuale, coincidente, nella gran parte dei casi, a quella dei consumatori, può considerarsi corrispondere ad una finalità di interesse generale per lo Stato che la persegue, non meno, potenzialmente, di quella, già indicata, di salvaguardare la stabilità economica di un settore importante dell'economia nazionale come quello dei trasporti e del turismo. Simili finalità possono rivelarsi atte a giustificare il ricorso allo strumento delle norme di applicazione necessaria non troppo diversamente da quanto si è notato con riferimento alle norme sulla protezione dei diritti dei lavoratori che venivano in considerazione nel caso *Arblade* prima evocato [si vedano Bigioni 2009, pp. 791 s.; Bonomi 2009, pp. 177 ss.].

4. *L'idoneità delle disposizioni in esame a tutelare l'interesse dei viaggiatori-consumatori, piuttosto che quello degli operatori dei servizi turistici e dei trasporti*

Superate queste obiezioni di principio, il discorso si deve ora necessariamente focalizzare sulla effettiva idoneità delle norme in questione a salvaguardare l'interesse tutelato in via prioritaria, da identificarsi con quello dei viaggiatori-consumatori in quanto parti deboli dei rapporti che vengono in considerazione, in termini tali da giustificare in concreto una deroga all'applicazione al rapporto contrattuale delle legge straniera alla quale questo fosse eventualmente soggetto. Deve infatti essere notato che, nella logica fatta propria dalla Corte di giustizia nella sentenza *Arblade*, in tutte le situazioni in cui, come può ben porsi nelle ipotesi contemplate dall'art. 88-*bis* del D.L. n. 18/2020 come convertito, il rapporto contrattuale della cui disciplina si discute abbia ad oggetto una prestazione di servizi da parte di un soggetto stabilito in un paese membro dell'Unione europea diverso da quello di residenza del fruitore della prestazione, oppure quando, come sovente avviene in relazione a servizi di trasporto e simili, pur essendo il prestatore stabilito nel medesimo paese membro del destinatario del servizio, quest'ultimo debba essere materialmente prestato almeno in parte in un paese membro diverso, il potenziale ostacolo alla libertà di prestazione dei servizi insito nella pretesa di assoggettare il prestatore a norme appartenenti ad una legge diversa da quella ordinariamente applicabile alla prestazione del servizio in tanto può considerarsi giustificato in quanto si possa dimostrare che l'interesse ritenuto meritevole di tutela non possa essere altrettanto efficacemente tutelato in base alla disciplina normalmente applicabile all'attività del prestatore (Corte di giustizia CE, sentenza 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Leloup*, cit., par. 31, 35, 39; [in proposito, Davì 2007, pp. 36 ss.]).

A questo proposito, si deve per un verso considerare che le norme di conflitto contenute nel regolamento Roma I si applicano universalmente o *erga omnes*, ciò che comporta che le norme di applicazione necessaria poste da uno Stato membro possano operare come eccezione non soltanto all'applicazione della legge

di un diverso Stato membro, come nell'ipotesi appena considerata di una prestazione di un servizio da parte di un prestatore stabilito in un paese membro diverso, bensì anche all'applicazione della legge di un paese terzo, come potrebbe avvenire nell'ipotesi in cui la disciplina prevista dall'art. 88-*bis* del D.L. n. 18/2020 come convertito trovi applicazione nei confronti di un vettore od operatore turistico stabilito in un paese terzo. In quest'ultimo caso, la prospettiva dalla quale deve essere considerato, dal punto di vista del diritto dell'Unione europea, il problema dell'incidenza delle norme la cui applicazione sia pretesa da uno Stato membro a titolo di norme di applicazione necessaria muta. In quest'ultimo caso, l'applicazione di tali norme, lungi dall'incidere sulla libertà di prestazione dei servizi, che non trova applicazione, in quanto tale, al di fuori del mercato interno, potrebbe invece, nella misura in cui le norme in questione siano dettate dall'esigenza di dare attuazione alla disciplina materiale posta da norme dell'Unione, dimostrarsi giustificata sulla base dell'esigenza di assicurare l'applicazione delle garanzie previste da quest'ultime norme in una situazione che sarebbe altrimenti regolata dalla legge di un paese terzo, non necessariamente ispirata ai medesimi obiettivi di protezione di determinati interessi materiali (Corte di giustizia CE, sentenza 9 novembre 2000, in causa C-381/98, *Ingmar GB c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, in *Raccolta* 2000, pp. I-9325, par. 25-26, con riferimento all'applicazione, quali norme di applicazione necessaria, della normativa britannica di attuazione della direttiva 86/653/CEE sul trattamento degli agenti commerciali indipendenti nei confronti di un committente stabilito negli Stati Uniti, in relazione ai servizi prestati da un agente nel Regno Unito).

Per altro verso, si deve considerare che tutte le volte in cui le disposizioni di cui uno Stato membro intende invocare l'applicazione a titolo di norme di applicazione necessaria intervengano in un ambito materiale regolato da norme dell'Unione, se ciò, come si è appena considerato, ne può rinforzare la giustificazione dell'applicazione in una situazione che, pur presentando legami effettivi con uno Stato membro, sia soggetta alla legge di un paese terzo, di converso ne indebolisce la pretesa a trovare applicazione tutte le volte in cui il rapporto, in base alle regole di

conflitto pertinenti, sarebbe soggetto alla legge di un altro Stato membro. In quest'ultimo caso, infatti, la logica sottesa alla sentenza *Arblade* della Corte di giustizia, sopra richiamata, appare imporsi con ancor maggiore vigore rispetto a quanto avveniva nel caso oggetto di quella pronuncia, nella quale venivano a confronto disposizioni autonomamente poste dalla legislazione interna di due Stati membri diversi.

5. Problemi specifici posti dal conferimento del carattere di applicazione necessaria a disposizioni che intervengono in materie regolate da norme materiali dell'Unione europea

Infatti, come la Corte di giustizia ha chiarito nella relativamente più recente sentenza *Unamar*, nei casi in cui le norme delle quali uno Stato membro dell'Unione europea intenda imporre l'applicazione a titolo di norme di applicazione necessaria nei confronti di un prestatore di servizi stabilito in un diverso Stato membro costituiscano attuazione di una disciplina contenuta, tipicamente, in una direttiva dell'Unione, l'applicazione di tali norme in luogo di quelle alle quali il prestatore sarebbe ordinariamente soggetto in tanto può considerarsi giustificata in quanto possa dimostrarsi che queste offrano una tutela dell'interesse protetto che vada sensibilmente al di là di quanto strettamente richiesto dalla direttiva stessa (Corte di giustizia UE, sentenza 17 ottobre 2013, in causa C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) BV c. Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663, par. 52, con riferimento alle disposizioni della legge belga che prevedono una tutela corrispondente a quella prevista per gli agenti commerciali indipendenti dalla direttiva 86/653/CEE, riguardante le prestazioni concernenti la vendita o l'acquisto di merci, con riferimento a servizi di intermediazione prestati in un settore diverso, come quello della gestione di un servizio di trasporto marittimo).

È alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Unamar* appena richiamata che emerge il principale profilo di criticità insito nell'autoproclamato carattere di applicazione necessaria delle disposizioni contenute nell'art. 88-bis del D.L. n. 18/2020 così come convertito. Infatti, come osser-

vato in un precedente contributo contenuto in questo stesso volume [Pollastrelli *supra*, pp. 112 ss.], le disposizioni in esame si sovrappongono infelicemente, per quanto riguarda il regime di rimborso che esse prevedono per i titoli di viaggio, con le disposizioni, per loro natura direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, contenute in quattro regolamenti dell'Unione europea, rispettivamente, il regolamento (CE) n. 261/2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, il regolamento (CE) n. 1371/2007 relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, il regolamento (UE) n. 1177/2010 relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e il regolamento (UE) n. 181/2011 relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus. A questi si deve aggiungere, per quanto riguarda il regime di rimborso relativo ai pacchetti turistici, la direttiva (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi collegati, la quale è stata attuata in Italia con D. lgs. 21 maggio 2018 n. 62.

6. In particolare: il difficile coordinamento con la disciplina, maggiormente favorevole ai passeggeri, contenuta nei regolamenti europei in materia di trasporto passeggeri per via aerea, marittima, ferroviaria e con autobus

La problematica appena tratteggiata si pone, in linea di principio, in modo diverso per quanto attiene per un verso, ai rapporti tra le disposizioni contenute nell'art. 88-bis del D. L. n. 18/2020 e la disciplina contenuta nei quattro regolamenti sopra richiamati in materia di diritti dei viaggiatori relativamente alle diverse tipologie di trasporto, e, per altro verso, ai rapporti con le disposizioni della direttiva relativa ai pacchetti turistici. Relativamente ai primi, le cui disposizioni non sono affatto richiamate nell'art. 88-bis, si deve ritenere che la diretta applicabilità che è propria dei regolamenti dell'Unione osti, salve espresse previsioni in questo senso all'interno degli atti stessi, non soltanto al conferimento del carattere di applicazione necessaria, bensì anche alla mera adozione di una disciplina interna da parte di uno

Stato membro che preveda un regime diverso per le questioni che formino oggetto di una disciplina comune all'interno dei regolamenti (si vedano, tra le tante, Corte di giustizia CE, sentenza 7 febbraio 1973, in causa 39/72, *Commissione c. Repubblica italiana (Premio per la macellazione delle vacche)*, in *Raccolta* 1973, p. 102, par. 15; sentenza 10 ottobre 1973, in causa 34/73, *Frattelli Variola SpA c. Amministrazione delle Finanze*, in *Raccolta* 1973, p. 982, par. 10), e ciò – salva, come vedremo, specifica previsione in tal senso all'interno del regolamento – anche ove tale disciplina si rivelasse in concreto più favorevole alla parte debole del rapporto, da identificarsi col viaggiatore, o, meglio, con l'acquirente del titolo di viaggio. Infatti, l'adozione di una disciplina più favorevole a quest'ultimo rispetto a quella dettata dai regolamenti in vigore, come, di converso, di una, come nel caso delle disposizioni in esame, più favorevole all'operatore del servizio, rischierebbe di alterare indebitamente il bilanciamento dei diritti ed obblighi dei viaggiatori da una parte e degli operatori dei servizi dei trasporti dall'altra, operato dal legislatore dell'Unione mediante l'adozione di atti che non lasciano margini di discrezionalità ai singoli Stati membri, con l'inevitabile rischio di effetti distorsivi nel mercato dei servizi di riferimento (si veda Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione 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*, 28 maggio 2020, <www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnalazione.pdf> [su cui Palmigiano 2020]).

Le disposizioni contenute nell'art. 88-bis del D. L. n. 18/2020 così come convertito appaiono dunque, per quanto attiene al rimborso dei titoli di viaggio, applicabili unicamente a titolo residuale, in relazione ai limitati casi nei quali i regolamenti in questione, che coprono nel loro insieme la generalità dei tipi di contratti di trasporto passeggeri e determinano piuttosto ampiamente i rispettivi ambiti di applicazione *ratione loci*, non trovino applicazione, dal momento che un'applicazione cumulativa del regime previsto dai regolamenti in questione e dalle norme nazionali può ammettersi solamente nella misura in cui i primi, come vedremo, lo consentano.

a) *l'ambito di applicazione ratione loci dei regolamenti europei in materia di trasporto passeggeri.*

A questo riguardo, non si può fare a meno di notare che i casi che fuoriescono dall'ambito di applicazione del regolamento richiamati appaiono piuttosto limitati, e riferibili tendenzialmente a viaggi totalmente extraeuropei. Per quanto riguarda il regolamento n. 261/2004 in materia di trasporto aereo, questo, ai sensi dell'art. 3, par. 1, si applica a tutti i voli in partenza da un aeroporto situato in un paese membro, ed anche a quelli in partenza da un paese terzo con destinazione in un aeroporto situato in un paese membro, a condizione che il vettore aereo sia un vettore 'comunitario' nel senso precisato dal regolamento. Simili sono i criteri adottati dal regolamento n. 1177/2010 per delimitare il proprio ambito di applicazione relativamente al trasporto marittimo, facendosi anche in questo caso riferimento, all'art. 2, par. 1, al fatto di trattarsi di un trasporto marittimo o fluviale con imbarco in un porto situato in uno Stato membro, ovvero con sbarco in un porto di uno Stato membro, a condizione, in quest'ultimo caso, che il servizio sia prestato da un vettore di uno Stato membro come definito dal regolamento. Non trascurabilmente, considerate le numerose problematiche verificatesi nella fase più acuta della pandemia relativamente alle navi da crociera, il regolamento, ad esclusione di alcune disposizioni, si applica altresì alle crociere con imbarco in un porto di uno Stato membro.

Potenzialmente ancora più ampio è l'ambito di applicazione *ratione loci* del regolamento n. 1371/2007 sul trasporto ferroviario, che, ai sensi dell'art. 2, par. 1, si applica a tutti i viaggi e servizi ferroviari forniti all'interno dell'Unione da un'impresa ferroviaria munita di licenza ai sensi della disciplina pertinente adottata dall'Unione stessa. Dalla previsione della facoltà per gli Stati membri di prevedere un regime transitorio ai sensi del par. 4 dello stesso articolo, si desume che per servizi ferroviari forniti all'interno dell'Unione devono intendersi anche quelli solo parzialmente ricompresi nel territorio dell'Unione stessa. Simili a quelli adottati in quest'ultimo regolamento sono i criteri fatti propri dal regolamento n. 181/2011 concernente il trasporto con autobus, il quale ai sensi dell'art. 2, par. 1, si applica ai

contratti di trasporto con autobus di linea per percorsi di almeno 250 chilometri con imbarco ovvero sbarco dei passeggeri in uno Stato membro, il medesimo criterio venendo adottato nel par. 3, con l'esclusione dell'applicazione di alcune disposizioni, per i servizi di carattere occasionale. Il regolamento contempla altresì, similmente al regolamento n. 1371/2007 relativamente al trasporto ferroviario, la possibilità per gli Stati membri di prevedere un regime transitorio, che escluda l'applicazione del regolamento ai trasporti con autobus che si svolgano per la maggior parte al di fuori del territorio dell'Unione, come pure di escluderne, sempre per un periodo transitorio, l'applicazione a viaggi puramente interni al proprio Stato membro.

b) i profili di incompatibilità della disciplina materiale recata dall'art. 88-bis del decreto legge 'Cura Italia', come convertito, con il regime previsto dai regolamenti richiamati.

Per venire brevemente al merito della disciplina materiale recata dai regolamenti che si sono richiamati in punto di diritti dei passeggeri, e, reciprocamente, obblighi dei vettori in caso di cancellazione del viaggio, essa è generalmente basata sulla regola del rimborso integrale del corrispettivo pagato, venendo al contempo escluso, in relazione a circostanze eccezionali che non avrebbero potuto essere evitate nemmeno con l'adozione da parte del vettore di tutte le precauzioni del caso, il diritto ad una compensazione aggiuntiva. In questo senso depongono l'art. 5 e l'art. 8 del regolamento n. 261/2004 in materia di trasporto aereo, l'art. 18 del regolamento n. 1177/2010 concernente il trasporto marittimo e per vie fluviali, il quale contempla in aggiunta al rimborso del prezzo del biglietto anche il ritorno gratuito al punto di partenza, l'art. 16 del regolamento n. 1371/2007 per il trasporto ferroviario, e l'art. 19 del regolamento n. 181/2011 per il trasporto con autobus.

La più evidente criticità che presentano in proposito le regole contenute nell'art. 88-bis del D.L. n. 18/2020 come convertito è data dal fatto che esse prevedono che il vettore possa senz'altro offrire, in alternativa al rimborso del prezzo del biglietto, un *voucher* per il medesimo importo, utilizzabile entro un anno dall'emissione, precisando espressamente, al comma 12, che «l'emissione dei *voucher* previsti dal presente articolo assolve

i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario». Il ricorso a questa soluzione alternativa, invece, nei regolamenti in esame è espressamente subordinata, in un'ottica maggiormente protettiva dei diritti del passeggero, all'espresso consenso di quest'ultimo. Al riguardo, per quanto, come già accennato, possa leggersi dietro quest'opzione che il decreto legge, e la legge che lo ha convertito, hanno inteso rimettere al vettore una preoccupazione per le conseguenze economiche non indifferenti derivanti dal dover provvedere senz'altro al rimborso integrale del prezzo dei biglietti emessi, con conseguente rischio di insolvenza degli operatori che renderebbe ancor più difficoltoso il conseguimento materiale del rimborso (si veda Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione*, cit., pp. 6 s.; Commissione europea, *Raccomandazione (UE) 2020/648 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 di Covid-19*, in *G.U.U.E.*, L 151 del 14 maggio 2020, p. 10, punto 2) non si può fare a meno di concludere che, per quanto già si è osservato, in tutti i casi in cui la disciplina direttamente applicabile contenuta nei regolamenti esaminati trova applicazione, il legislatore nazionale non può sostituire la soluzione che ritiene preferibile a quella contemplata dal legislatore dell'Unione, né con riferimento a fattispecie che siano soggette alla propria legge, né, tantomeno, a titolo di norme di applicazione necessaria, relativamente a rapporti giuridici soggetti a una legge straniera.

c) le limitate ipotesi di applicazione cumulativa della disciplina nazionale contemplate dai regolamenti in esame.

Infatti, il legislatore dell'Unione, nei casi in cui ha inteso lasciare un margine di autonomia nella disciplina della materia agli Stati membri lo ha fatto espressamente, precisandone al tempo stesso i limiti, come nel caso del regolamento n. 261/2004 in materia di trasporto aereo, il quale, all'art. 12, fa salvo il diritto del passeggero a risarcimenti supplementari che siano previsti da altre disposizioni di fonte interna o convenzionale, prevedendo nondimeno che quanto conseguito dal passeggero per tale via possa essere detratto da quanto dovutogli in base

al regolamento. La norma limita ulteriormente tale possibilità, prevedendo, in termini peraltro non del tutto lineari, che, salve disposizioni del diritto interno che prevedano diversamente, dei risarcimenti supplementari in parola non potrà godere il passeggero che rinunci volontariamente alla prenotazione in cambio di benefici concordati con l'operatore del servizio aereo in caso di mancato imbarco.

Più ampia, ma ugualmente orientata nel senso di non pregiudicare ulteriori vie di ristoro al passeggero, è la disciplina contenuta nel regolamento n. 1177/2010 in materia di trasporto marittimo, il quale, all'art. 21, fa salve le ulteriori azioni di cui il passeggero possa disporre innanzi ai giudici interni in base al diritto nazionale per ottenere risarcimenti per perdite dovute a cancellazioni o ritardi subiti dai servizi di trasporto. Quest'ultimo regolamento richiama in proposito anche la disciplina contenuta nella direttiva 90/314/CEE, la quale è stata nel frattempo sostituita dalla direttiva (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi collegati, sul cui coordinamento con la disciplina introdotta dal decreto legge in esame ci si soffermerà più avanti. Una soluzione simile, nel senso di non pregiudicare ulteriori richieste risarcitorie che il passeggero possa avanzare in base alla legislazione nazionale, è contemplata dal regolamento n. 181/2011 sul trasporto con autobus.

Maggiormente articolata è la soluzione recata dal regolamento n. 1371/2007 in materia di trasporto ferroviario, il quale opera un rinvio indiretto alle regole nazionali, per tramite dell'allegato I al regolamento stesso, nel quale sono riprodotte le disposizioni delle regole uniformi sul trasporto internazionale per ferrovia dei passeggeri e dei bagagli (CIV), riportate in appendice alla Convenzione COTIF del 9 maggio 1980, come modificata dal protocollo del 3 giugno 1999. Il rinvio in questione è operato dall'art. 32, par. 3, delle regole uniformi, che rimette alle disposizioni nazionali il risarcimento dovuto al passeggero per danni derivanti dalla soppressione, ritardo o mancata corrispondenza in circostanze diverse da quelle contemplate dalla norma.

In sintesi, pur nella varietà delle soluzioni di dettaglio che si sono brevemente illustrate, un tratto comune della disciplina

recata dai quattro regolamenti esaminati è dato dal fare salva, con maggiore o minore ampiezza, la libertà degli Stati membri di prevedere nelle proprie leggi interne forme di risarcimento aggiuntive rispetto al rimborso integrale dovuto in caso di cancellazione del viaggio in base ai regolamenti stessi. In quest'ottica, una disciplina come quella contenuta nell'art. 88-*bis* del D.L. n. 18/2020 come convertito, la quale, come si è notato, tende ad introdurre una disciplina meno favorevole al viaggiatore in quanto lascia alla discrezionalità dell'operatore del servizio di trasporto di offrire un *voucher* in luogo del rimborso, non può utilmente venire in considerazione al fine di integrare la disciplina prevista nei regolamenti nei termini che questi consentono.

7. Il coordinamento con la direttiva (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi collegati

Solo formalmente diverso appare presentarsi il caso in relazione ai pacchetti turistici, materia che, come si è notato, forma oggetto di una direttiva che, come tale, in linea di principio dovrebbe lasciare un margine di discrezionalità agli Stati membri quanto alle modalità specifiche di attuazione. Pur sempre, non può farsi a meno di osservare che la direttiva 2015/2302 non può certo considerarsi come una direttiva c.d. di armonizzazione minima, sol che si abbia riguardo al suo art. 4, nel quale essa preclude, salva diversa disposizione, la possibilità per gli Stati membri di introdurre disposizioni divergenti da quelle dettate dalla direttiva stessa, con particolare riferimento a disposizioni più o meno severe che intendano garantire al consumatore un livello di tutela diverso.

Pertanto, in relazione ad una direttiva di carattere dettagliato o, piuttosto, di armonizzazione massima (così l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione*, cit., p. 5), come quella in esame si pone nuovamente la questione non solo della difficoltà di giustificare la prevalenza, a titolo di norme di applicazione necessaria, delle disposizioni adottate da uno Stato membro su quelle di un altro Stato membro che, in relazione ad un rapporto rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva, sarebbero state applicabili in base alle ordinarie norme di

conflitto (si veda la sentenza *Unamar* sopra citata, par. 52), bensì, a fortiori, della compatibilità stessa di tali disposizioni con la direttiva. Deve a questo riguardo notarsi che, benché le norme della direttiva in questione non siano espressamente richiamate nei commi pertinenti dell'art. 88-*bis* del D. L. n. 18/2020 come convertito, questi ultimi richiamano invece le disposizioni del D. Lgs. 23 maggio 2011, n. 79, novellate dal D. Lgs. 21 maggio 2018 n. 62 di attuazione della direttiva, intendendo modificare, limitatamente ai casi nei quali l'art. 88-*bis* stesso trova applicazione, la disciplina dei rimborsi ai quali l'operatore è tenuto nei confronti dell'acquirente del pacchetto ai sensi dell'art. 41, commi 5 e 6 del D. Lgs. n. 79/2011, come novellato in attuazione delle disposizioni della direttiva, che vi si trovano pressoché testualmente riprodotte.

Entrando sinteticamente nel merito delle disposizioni pertinenti, si deve notare che l'art. 12 della direttiva prevede, al par. 2, che l'acquirente del pacchetto turistico possa esercitare il diritto di risolvere il contratto prima dell'inizio del pacchetto senza corrispondere spese di risoluzione in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione, prevedendo che, in questo caso, l'acquirente del pacchetto turistico abbia diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, senza avere diritto ad un indennizzo supplementare. Reciprocamente, la norma prevede, al par. 3, che l'organizzatore del pacchetto turistico può recedere a sua volta dal contratto, con l'obbligo di offrire all'acquirente il rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, senza dover versare un indennizzo aggiuntivo, se non è in grado di eseguire il contratto a causa di circostanze inevitabili e straordinarie e comunica la risoluzione del contratto stesso all'acquirente senza indebito ritardo prima dell'inizio del pacchetto.

Le disposizioni appena richiamate dalla direttiva appaiono a dire il vero formulate in termini immediatamente precettivi, ciò che appare ulteriormente evidenziato dal raffronto con gli altri commi dello stesso articolo, relativi invece alla possibilità

per l'acquirente del pacchetto di recedere *ad nutum* dal contratto in assenza delle circostanze eccezionali che si sono dette, in quest'ultimo caso verso il diritto del prestatore di trattenere dal rimborso le spese di risoluzione. Questi ultimi commi sono invece formulati, infatti, nel senso di dare mandato agli Stati membri di individuare le forme più opportune nelle quali tale diritto possa essere esercitato.

Non si può conseguentemente fare a meno di osservare che le disposizioni contenute nell'art. 88-bis del D. L. n. 18/2020 come convertito, nel prevedere una soluzione non in linea con le disposizioni immediatamente precettive della direttiva che si sono richiamate, con particolare riferimento alla possibilità per l'organizzatore del pacchetto di offrire all'acquirente, indipendentemente dal consenso di quest'ultimo, un pacchetto alternativo oppure un *voucher* da utilizzare entro un anno dall'emissione per un importo pari al rimborso dovuto, non solo non possono considerarsi materialmente idonee ad offrire all'acquirente del pacchetto turistico, che si presenta alla stregua di un consumatore, una protezione più ampia di quella prescritta dalla direttiva, in termini tali da giustificare, secondo l'approccio seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Unamar*, la pretesa di imporne l'applicazione a titolo di norme di applicazione necessaria in luogo delle disposizioni della legge di un altro Stato membro che fosse applicabile al rapporto (sentenza *Unamar*, cit., par. 52), bensì si pongono in contrasto con l'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 4 della direttiva stessa di astenersi dall'adottare misure che abbiano l'effetto di alterare, in senso più o meno favorevole, lo standard di tutela che la direttiva stessa ha fissato per l'acquirente del pacchetto turistico nella sua veste di consumatore-viaggiatore.

Appare quindi doversi concludere che anche in relazione ai pacchetti turistici le disposizioni dell'art. 88-*bis* potranno trovare applicazione solamente nei casi che non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva, la quale, configurandosi come uno strumento volto alla tutela dei consumatori (si vedano i considerando 6 e 7 del preambolo della direttiva in esame), appare applicabile a tutti i pacchetti turistici e servizi collegati, come definiti nella direttiva stessa – salve le assai limitate eccezioni

contemplate all'art. 2, par. 2 – offerti a soggetti residenti in uno Stato membro. E ciò indipendentemente dal paese in cui è stabilito l'operatore che offre il pacchetto, tenuto conto che questo può materialmente essere offerto anche *online*, e dall'eventuale prevalente localizzazione dei servizi rientranti nel pacchetto, o ad esso collegati, in uno o più paesi terzi.

8. L'eventuale presa in considerazione delle disposizioni di cui all'art. 88-bis del decreto legge 'Cura Italia' come norme di applicazione necessaria straniere in relazione a rapporti soggetti ad una diversa legge regolatrice

Un ultimo profilo sul quale merita soffermarsi conclusivamente è dato dall'eventualità che le disposizioni contenute nell'art. 88-*bis* del D.L. n. 18/2020 così come convertito, nella inevitabilmente limitata misura in cui, per quanto si è osservato, esse possano considerarsi applicabili fatta salva la disciplina contenuta nei regolamenti e nella disciplina attuativa delle disposizioni immediatamente precettive contenute nella direttiva sopra richiamata, possano venire in considerazione come norme di applicazione necessaria straniere ai sensi dell'art. 9, par. 3, del regolamento Roma I. Questa ipotesi presuppone, evidentemente, che esse possano venire in considerazione in una controversia portata davanti ai giudici di un altro Stato membro soggetto al regolamento in questione. In proposito, l'art. 9, par. 3, del regolamento Roma I consente di prendere in considerazione le norme di applicazione necessaria di un altro Stato, diverso da quello la cui legge è applicabile al rapporto, quando lo Stato al quale le norme in questione appartengono sia quello nel quale il contratto debba ricevere esecuzione, e quando le disposizioni in questione abbiano per effetto di rendere illecita l'esecuzione stessa.

A questo riguardo, ferma restando, a ben considerare, la relativa improbabilità dell'invocazione davanti a giudici di un altro Stato membro delle norme in questione, in relazione ad un contratto non sottoposto al diritto italiano, sol che si consideri che le categorie di soggetti contemplate dall'art. 88-*bis* al comma 1 come beneficiari delle disposizioni in questione appaiono

per implicazione dover o essere residenti in Italia, o, quantomeno, aver acquistato in Italia i titoli di viaggio o pacchetti turistici della cui cancellazione si discute, è il soddisfacimento dei due requisiti indicati dall'art. 9, par. 3, del regolamento 'Roma I' a rivelarsi poco verosimile in relazione alle disposizioni in esame.

In proposito, se il primo dei due requisiti non sarebbe difficile da soddisfare tutte le volte in cui le prestazioni oggetto del contratto di trasporto, di soggiorno o del pacchetto turistico siano almeno in parte da eseguirsi in Italia, il secondo invece non pare poter essere soddisfatto dalle norme in esame, le quali in realtà non hanno per oggetto o per effetto di rendere illecita l'esecuzione delle prestazioni in questione, bensì di dichiararne, come espressamente fa il primo comma dell'art. 88-*bis*, l'impossibilità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1463 del codice civile. Del resto, come la Corte di giustizia ha chiarito nella sentenza *Nikiforidis*, i requisiti ai quali l'art. 9, par. 3, del regolamento 'Roma I' subordina la possibilità di prendere in considerazione le norme di applicazione necessaria di Stati diversi tanto dallo Stato del foro quanto dallo Stato la cui legge è applicabile al rapporto sono da considerarsi di stretta interpretazione. Ciò a motivo della deroga che tale possibilità comporta al normale funzionamento delle regole di conflitto poste dal regolamento, e del pregiudizio per la certezza del diritto, in termini di prevedibilità della legge regolatrice, che un'interpretazione estensiva di tale possibilità rischierebbe di comportare (Corte di giustizia UE, sentenza 18 ottobre 2016, in causa C-135/15, *Republik Griechenland c. Nikiforidis*, cit., par. 45-49).

Piuttosto, i requisiti in questione potrebbero dirsi soddisfatti in relazione alle misure restrittive adottate, tanto in Italia quanto in altri paesi, membri come non membri dell'Unione europea, per contenere la diffusione della pandemia, nella misura in cui tali misure abbiano avuto per effetto di vietare gli spostamenti, e, pertanto, di rendere illecita l'eventuale esecuzione di contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetti di viaggio, nel territorio dello Stato che le ha adottate.

Bibliografia essenziale

- G. Biagioni, *Art. 9*, in F. Salerno, P. Franzina (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, *Commentario, Le nuove leggi civili commentate*, 2009, pp. 788 ss.;
- A. Bonomi, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998;
- A. Bonomi, *Le norme di applicazione necessaria nel regolamento «Roma I»*, in N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Torino, Giappicchelli, 2009, pp. 173 ss.;
- G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, Giuffrè, 2001;
- G. Contaldi, *Il contratto internazionale di trasporto di persone*, in N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Torino, Giappicchelli, 2009, pp. 359 ss.;
- A. Davì, *La Rivista e gli studi di diritto internazionale privato in Italia nel dopoguerra*, «Rivista di diritto internazionale», 2007, pp. 5 ss.;
- R. De Nova, *I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, «Diritto internazionale», 1959, I, pp. 13 ss.;
- Ph. Francescakis, *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflit des lois*, «Revue critique de droit international privé», 1966, pp. 1 ss.;
- A. Palmigiano, *Emergenza coronavirus: le tutele nel settore del trasporto aereo*, Giustizia Insieme, <<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1150-emergenza-coronavirus-le-tutele-nel-settore-del-trasporto-aereo-di-alessandro-palmigiano>>, giugno 2020;
- E. Piovesani, *Italian Self-Proclaimed Overridingly Mandatory Provisions to Fight Coronavirus*, Conflictoflaws.net, <<https://conflictflaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/>>, marzo 2020, con commenti di P. Franzina, C. Benini, M. Salvadori e replica di E. Piovesani, *ivi*, 27 marzo 2020;
- S. Pollastrelli, *Trasporti e turismo nell'emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri, supra*, pp. 105 ss.;
- G. Zarra, *Alla riscoperta delle norme di applicazione necessaria. Brevi note sull'art. 28, co. 8, del D.L. 9/2020 in tema di emergenza Covid*, Sidiblog.org, <<http://www.sidiblog.org/2020/03/30/alla-riscoperta-delle-norme-di-applicazione-necessaria-brevi-note-sullart-28-co-8-del-dl-92020-in-tema-di-emergenza-covid-19/>>, marzo 2020, con replica di P. Franzina, *ivi*, 31 marzo 2020.

Notizie sugli Autori

Alessio Bartolacelli è professore associato di diritto commerciale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, e membro del Collegio docenti del Dottorato di ricerca in diritto e innovazione attivo presso lo stesso Ateneo. È autore di due monografie e diversi contributi su rivista e in volume, editi in Italia e all'estero, su temi di diritto dell'impresa e delle società, anche con taglio europeo e comparato. I suoi attuali interessi scientifici principali sono negli ambiti del diritto societario, con speciale attenzione alle società a responsabilità limitata, del diritto commerciale europeo, e dei profili giuridici dell'economia sostenibile.

Ermanno Calzolaio è professore ordinario di Diritto Privato Comparato nell'Università di Macerata, dove è anche coordinatore del progetto Dipartimento di Eccellenza finanziato dal Ministero dell'Università per il quinquennio 2018/2022. È stato visiting professor nell'Università Normal di Pechino e nella Shanghai University of Political Sciences and Law (Cina), nella Murdoch School of Law (Perth-Australia), nell'Università di Orléans (Francia). È membro della International Academy of Comparative Law e componente del Comitato direttivo dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato. I suoi principali interessi di ricerca riguardano la comparazione civil law-common law, con particolare riguardo al ruolo del precedente, alla proprietà, al diritto dei contratti e delle successioni, nonché a tematiche connesse all'impatto delle nuove tecnologie sul diritto.

Simone Calzolaio è professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Macerata. Si occupa di temi legati alle fonti del diritto, al diritto regionale, al diritto dell'informazione e della comunicazione e dell'internet, alla protezione dei dati personali. Nel 2012 ha pubblicato con Giappichelli il volume "Il cammino delle materie nello stato regionale" e nel 2017 la voce "Protezione dei dati personali" (Dig.disc.pubbl., UTET). Partecipa a diversi progetti europei finanziati, fra cui un dottorato industriale europeo HEART

(<http://heart-itn.eu/>), ed è membro della Direzione del Master in Formazione, gestione, conservazione degli archivi digitali in ambito pubblico e privato dell'Università di Macerata.

Guido Canavesi è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Macerata e Direttore della *Scuola di specializzazione in Diritto sindacale del lavoro e della previdenza* della medesima Università. È promotore degli annuali Seminari Previdenziali Maceratesi, rivolti ai giovani studiosi della materia. Suoi principali temi di ricerca sono il Diritto della sicurezza sociale e il Diritto del mercato del lavoro.

Mariano Cingolani è professore ordinario di Medicina Legale nell'Università di Macerata, dove è stato Direttore della Scuola di Dottorato di Ateneo dal 2007 al 2014; è attualmente Responsabile ed Amministratore dello Spin-off For. Med. Lab. approvato dall'Università di Macerata e Presidente della Classe di Laurea in Servizi Sociali. È autore di oltre 260 lavori scientifici pubblicati su riviste italiane e straniere nei settori della patologia forense, della antropologia forense, della tossicologia forense e della responsabilità medica, con i seguenti indici bibliometrici: WOS: prodotti 54, citazioni 1144, h-index 21; SCOPUS: prodotti 62, citazioni 1376, h-index 23; ResearchGate: prodotti 73, citazioni 1850, h-index 24; Scholar: prodotti 104, citazioni 2365, h-index 25.

Gianluca Contaldi è professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata. È autore di saggi in diritto internazionale, diritto internazionale privato e processuale e diritto dell'Unione europea. Recentemente ha pubblicato un volume sui problemi giuridici dell'integrazione economica europea. È stato docente erasmus a Leicester e *visiting professor* a Paris Nanterre. Ha partecipato, anche in qualità di responsabile, a progetti di ricerca nazionali ed europei. È stato Presidente del Corso di laurea in giurisprudenza ed è attualmente membro del Consiglio di amministrazione presso l'Università degli Studi di Macerata.

Ninfa Contigiani è ricercatore confermato in Storia del diritto medievale e moderno nell'Università di Macerata. È componente del comitato di redazione del «Giornale di storia costituzionale/Journal of Constitutional History». Ha studiato la legislazione penale pontificia e la repressione dei reati di sangue intrafamiliari tra il XIX e il XX secolo e più in generale le ragioni del sangue come elemento fondativo della costruzione giuridico-legale della famiglia e della

cittadinanza. Si interessa anche di temi relativi alle politiche sociali nel welfare italiano, ai modelli europei di sicurezza sociale, alla condizione femminile, al lavoro sociale, al Terzo settore. In quest'ambito è coordinatrice del Centro interdipartimentale per il Terzo settore e l'Economia civile costituito presso l'Università di Macerata.

Angela Cossiri è Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Macerata ed è componente del Collegio docenti del Corso di dottorato "Diritto e innovazione". Marie Curie Fellow presso la University of Shanghai, ha svolto attività didattica presso l'Universidad Autonoma de Barcelona, l'Universidad de Barcelona e la University of Wroclaw. Già Consigliere del Sottosegretario di Stato per le politiche e gli affari europei, ha svolto l'attività di "Esperto" presso il Dipartimento politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri. È Responsabile scientifico di "Sustainable Innovation Lab. Progetto per la co-creazione e rigenerazione di soluzioni sostenibili ad alto contenuto di innovazione sociale, culturale e istituzionale". I suoi studi riguardano principalmente il rapporto tra ordinamento interno e diritto dell'Ue, la tutela dei diritti fondamentali e la crisi della rappresentanza politica.

Giovanni Di Cosimo È professore ordinario di diritto costituzionale presso l'università di Macerata, dove è anche componente del Consiglio di Direzione della Scuola di studi superiori Giacomo Leopardi. È responsabile scientifico dell'unità locale della ricerca di interesse nazionale "L'impatto delle nuove tecnologie sui processi di auto- e co-regolazione: verso uno Stato di diritto tecnologico" (Prin 2017) e componente della direzione delle riviste: Osservatorio sulle fonti, Le Regioni, Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale. I suoi scritti sono dedicati ai temi delle libertà, delle fonti normative, del regionalismo.

Romolo Donzelli è professore associato di Diritto processuale civile nell'Università di Macerata. È autore di quattro monografie, voci enciclopediche, nonché scritti vari in materia di diritto civile, diritto processuale civile, anche comparato, diritto di famiglia e diritto concorsuale. È membro dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, dell'Istituto Superiore per lo Studio dell'Arbitrato - ISSA, del Comitato editoriale e di redazione della Rivista di diritto processuale, nonché della Commissione di studio per il diritto processuale civile e fallimentare istituita presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma. Esercita la professione di avvocato ed è abilitato al patrocinio innanzi alle Giurisdizioni superiori.

Tommaso Febbrajo è professore associato di Diritto privato presso l'Università di Macerata. Dottore di ricerca in "Diritto civile nella legalità costituzionale". I suoi studi sono dedicati prevalentemente al diritto privato europeo, al diritto contrattuale e alle problematiche legate alla tutela giuridica dei consumatori.

Gabriele Franza è professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Macerata, dove è anche componente della Scuola di Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza sociale, nonché coordinatore del corso di diritto del lavoro della Scuola di specializzazione nelle professioni legali. È componente del Collegio di dottorato in autonomia individuale e autonomia collettiva presso l'Università di Roma Tor Vergata. I suoi scritti sono principalmente dedicati al rapporto di lavoro ed al relativo mercato, anche nella prospettiva eurounitaria e sovranazionale.

Fabrizio Marongiu Buonaiuti è professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Macerata, dove siede anche nel Collegio dei docenti del Dottorato in Diritto e innovazione. Ha svolto periodi di studio e di ricerca nel Regno Unito (LL.M., Università di Cambridge), in Svizzera, Germania, Paesi Bassi e ha conseguito nel 2010 il Premio AiSDC (*Association des alumni et des amis de l'Institut suisse de droit comparé*) per la sua prima monografia. Si occupa principalmente di diritto internazionale privato e, nel campo del diritto internazionale pubblico, di temi concernenti le immunità giurisdizionali degli Stati e la tutela internazionale dei diritti umani.

Massimo Meccarelli è professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno nell'Università di Macerata, dove è anche coordinatore del Corso di dottorato in Diritto e Innovazione. È *affiliate researcher* del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main) ed è stato professore visitante invitato presso l'Universidad Autónoma de Madrid, la Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main, l'Universität Wien. I suoi scritti sono dedicati alla storia del pensiero giuridico, alla storia della giustizia, alla storia del diritto penale. Attualmente le sue ricerche insistono sui seguenti temi: diritti fondamentali e umani, diritto e diversità, diritto in tempo di transizione, multi-normatività.

Stefano Pollastrelli è professore ordinario di diritto della navigazione nell'Università di Macerata dove è anche coordinatore del Centro

Universitario di Studi Marittimi Adriatico-Ionici e dei Trasporti Trans-europei, docente nella Scuola di Specializzazione delle professioni legali e componente del Collegio dei docenti del dottorato di ricerca in “Diritto ed Innovazione”. È membro del Comitato scientifico della rivista del Diritto della Navigazione e Responsabile del coordinamento scientifico della collana “Quaderni della rivista del diritto della navigazione”. È avvocato ammesso al patrocinio presso le giurisdizioni superiori. È autore di numerosi saggi e contributi in materia di diritto della navigazione e dei trasporti. Dal 1° novembre 2018 è Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Macerata.

Monica Stronati è professoressa associata di Storia del diritto medievale e moderno nell’Università di Macerata, dove è anche responsabile della Sezione di Scienze giuridiche, economiche e sociali applicate. I suoi temi di ricerca vertono sulla storia della giustizia e la storia costituzionale. Attualmente si occupa di associazionismo e solidarismo giuridico tra Otto e Novecento.

Andrea Francesco Tripodi è Professore associato di Diritto penale nell’Università di Macerata e presso lo stesso Ateneo è membro del Collegio dei docenti del dottorato di ricerca in diritto e innovazione. Docente presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scuole di specializzazione nelle professioni legali, Master e Corsi di dottorato di ricerca, è stato componente di comitati scientifici di commissioni ministeriali istituite per l’elaborazione di riforme legislative. È autore di due monografie e di diversi contributi su riviste e volumi. I suoi scritti hanno ad oggetto principalmente temi di diritto penale dell’economia e diritto penale europeo. Attualmente le sue ricerche si concentrano sulle garanzie convenzionali di rilievo penale.

Laura Vagni è professore associato di Diritto Privato Comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, dove insegna Diritto Privato Comparato, *Comparative Legal Systems* e Diritto comparato e dei contratti internazionali. È referente di Ateneo per il tema Health del Programma Nazionale per la Ricerca (PNR 2015-2020). I suoi principali interessi scientifici riguardano il diritto privato europeo in formazione, il diritto dei trusts, la proprietà e il diritto dei contratti nella prospettiva comparatistica. Ha partecipato a vari progetti di ricerca internazionali, finanziati dall’UE nell’ambito del programma Horizon 2020.

Il diritto nella pandemia

Temi, problemi, domande

Il coronavirus (Covid-19) ha colpito direttamente la vita e la salute di un alto numero di persone e ha imposto a tutti un cambiamento che nessuno avrebbe mai immaginato: il confinamento, per limitare al massimo le possibilità di contagio. La situazione inedita che ne è conseguita costituisce una sfida per il giurista, suscitando domande e acuendo l'esigenza di un confronto al di là degli angusti confini dei rispettivi settori disciplinari. Il presente volume raccoglie l'esito delle prime riflessioni presentate in occasione di un seminario di studi promosso nell'ambito delle iniziative dei Corsi di dottorato giuridici e del progetto di Dipartimento di eccellenza su "Diritto e Innovazione" dell'Università di Macerata. I contributi spaziano dalla storia del diritto al diritto costituzionale, dal diritto dell'Unione Europea al diritto comparato e internazionale privato, dal diritto dei trasporti al diritto del lavoro, dal diritto penale al diritto commerciale, dalla medicina legale al diritto processuale.

Ermanno Calzolaio è professore ordinario di Diritto Privato Comparato e coordinatore del progetto del Dipartimento di Eccellenza finanziato dal Miur (2018-2022)

Massimo Meccarelli è professore ordinario di Storia del Diritto e coordinatore dei corsi di dottorato di ricerca in "Scienze giuridiche" e in "Diritto e innovazione"

Stefano Pollastrelli è professore ordinario di Diritto della Navigazione e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata



DIPARTIMENTO DI
GIURISPRUDENZA



eum edizioni università di macerata

ISBN 978-88-6056-662-1



9 788860 566621