

GIUSTIZIA CIVILE.com

RIVISTA SCIENTIFICA

ISSN 2420-9651

DIRETTA DA GIUSEPPE CONTE E FABRIZIO DI MARZIO

EMERGENZA COVID-19 Speciale n. 2

Uniti per l'Italia

La Rivista dedica al tema Emergenza Covid-19 un percorso di approfondimento e confronto.

I lettori avranno così l'occasione di indagare i diversi profili della materia attraverso gli scritti che saranno pubblicati in questa sezione nel tempo.

Questo è il secondo Speciale.

NUMERO 2

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2020
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Direttori di area

Arbitrato e processo civile

Prof. Andrea Carlevaris
Dott.ssa Rosaria Giordano
Prof. Andrea Panzarola

Banca finanza assicurazioni

Prof. Paoloefisio Corrias
Prof.ssa Sara Landini
Prof. Daniele Maffeis
Prof. Stefano Pagliantini

Crisi d'impresa

Prof.ssa Pasqualina Farina
Avv. Giuseppina Ivone
Prof. Daniele Vattermoli

Danno e responsabilità

Prof. Fulvio Gigliotti
Prof.ssa Emanuela Navarretta
Prof. Claudio Scognamiglio
Cons. Giacomo Travaglino

Diritti reali e condominio

Prof. Fabio Addis
Cons. Mauro Criscuolo
Prof. Vincenzo Cuffaro
Prof. Francesco Macario

Famiglia e successioni

Prof. Luigi Balestra

Cons. Paolo Corder
Prof. Stefano Delle Monache
Prof. Luigi Nonne

Lavoro

Prof. Marco Marazza
Prof. Franco Scarpelli
Pres. Paolo Sordi

Obbligazioni e contratti

Cons. Cosimo D'Arrigo
Prof. Raffaele Di Raimo
Prof. Marcello Maggiolo

Società e concorrenza

Pres. Roberto Chieppa
Prof. Michele Perrino
Dott. Guido Romano
Prof. Massimo Rubino De Ritis

Soggetti e nuove tecnologie

Prof.ssa Giusella Finocchiaro
Prof. Giorgio Resta
Notaio Massimo Palazzo

Unione europea

Prof.ssa Irene Canfora
Prof. Antonio Iannarelli
Prof. Nicola Scannicchio

Comitato dei revisori

ABATANGELO Chiara	FARINA Pasqualina	PACCHI Stefania
ADDANTE Adriana	FERRI jr. Giuseppe	PAGLIETTI Cecilia
AIMO Maria Paola	FICI Antonio	PALMERINI Erika
ANTONUCCI Antonella	FRANZONI Massimo	PALMIERI Gianmaria
ASPRELLA Cristina	FRIGESSI Marco	PARDOLESI Paolo
ASTONE Francesco	GAMBACCIANI Marco	PELLECCHIA Enza
BELLAVISTA Alessandro	GAMBINO Alberto	PISANI Luca
BERTOLDI Valentina	GARCEA Maura	PORCELLI Giacomo
BEVIVINO Guglielmo	GARILLI Chiara	PRETEROTI Antonio
BIANCHI Antonio	GENOVESE Amarillide	PUTATURO Federico
BIN Marino	GIASANTI Lorenzo	QUARTA Francesco
BONGIORNO Girolamo	GIROLAMI Matilde	RAJNERI Eleonora
BRINO Vania	GIUSTI Carlo Alberto	RIZZUTI Marco
BRUN Stefania	GRAZZINI Barbara	ROBLES Mariano
BUFFONE Giuseppe	GUERRERA Fabrizio	ROJAS ELGUETA Giacomo
CAGGIA Fausto	GUIZZI Giuseppe	RUSSO Tommaso Vito
CALCATERRA Luca	IMBERTI Lucio	SALARI Donatella
CAMPIONE Riccardo	KLESTA Laurence	SALOMONE Riccardo
CANDIAN Albina	LAFORGIA Stella	SANGERMANO Francesco
CARIDI Vincenzo	LASSANDARI Andrea	SARTORI Filippo
CASALE Davide	LEOZAPPA Antonio Maria	SCARDIGNO Stefania
CASCIONE Claudia M.	LISI Pierantonio	SCIUTO Maurizio
CASO Roberto	LOMBARDI Antonio	SEMERARO Maddalena
CERDONIO CHIAROMONE Giuliana	MANCINI Laura	SIMONETTI Luca
CHIAROMONTE William	MANTELERO Alessandro	SIRSI Eleonora
CIPRIANI Nicola	MARINELLI Francesca	SORCI Elisabetta
CIUCCIOVINO Silvia	MASONI Roberto	SPINELLI Carla
CUCCOVILLO Mariella	MELI Vincenzo	TAGLIAPIETRA Susanna
DE BELVIS Elisa	METAFORA Roberta	TOMMASI Sara
DE MEO Rosanna	MEZZACAPO Domenico	TRAPUZZANO Cesare
DE SANTIS Francesco	MIGLIACCIO Emanuela	VALENTINO Daniela
DELFINI Francesco	MORBIDELLI Giuseppe	VENUTI Maria Carmela
DELL'ANNA MISURALE Francesca	MUCCIOLI Nicoletta	VICIANI Simona
DI COMITE Valeria	MURGO Caterina	VIGORITI Luigi
DI COLA Livia	NAZZARO Anna Carla	VOLPE Fabrizio
ESPOSITO Marco	NICOLAI Marco	VOLPE PUTZOLU Giovanna
FACCI Giovanni	NIGRO Alessandro	VOZA Roberto
FAIOLI Michele	NUZZO Valeria	ZANUZZI Annachiara
	OLIVELLI Filippo	ZOLI Carlo

Indice

I BANCA FINANZA ASSICURAZIONI

1. Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19, di <i>Daniele Maffei</i>	3
2. L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa, di <i>Maria Rosaria Maugeri</i>	11

II CRISI D'IMPRESA

3. Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19), di <i>Luigi Salvato</i>	21
4. Pandemic and Insolvency Law: the Italian Answer, di <i>Daniele Vattermoli</i>	71

III FAMIGLIA E SUCCESSIONI

5. Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus, di <i>Caterina Silvestri</i>	79
---	----

IV LAVORO

6. Emergenza Covid e benefici dedicati al "settore privato": chi ne resta escluso?, di <i>Maurizio Falsone</i>	95
7. È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?, di <i>Ilario Alvino</i>	101
8. Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus, di <i>Carole Macchione</i>	107
9. La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da Covid 19 e disciplina ordinaria, di <i>Daniela Calafiore</i>	113
10. Covid-19 e relazioni industriali: il Protocollo del 14 marzo 2020 e oltre, di <i>Francesco Di Noia</i>	125
11. Sospensione (<i>rectius</i> nullità) dei licenziamenti economici per il Covid-19 e dubbi di legittimità costituzionale, di <i>Paolo Iervolino</i>	135

V OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

12. Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?, di <i>Alberto Maria Benedetti</i>	143
13. Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda, di <i>Raffaele Di Raimo</i>	151
14. L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?, di <i>Claudio Scognamiglio</i>	159
15. Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali, a cura di <i>Studio Bonelli Erede</i>	169
16. Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti, di <i>Renato Santagata</i>	225
17. La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus, di <i>Ugo Salanitro</i>	235

18. Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19, di *Massimo Zaccheo* 245

VI SOCIETÀ E CONCORRENZA

19. *Ex facto oritur ius*. A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società, di *Massimo Palazzo* 255

20. Quantitative *easing* e finanziamento dei disavanzi pubblici tra narrazione e realtà, di *Salvatore D'Acunto* 261

VII SOGGETTI E NUOVE TECNOLOGIE

21. La lotta al Covid-19: la requisizione nel Decreto "Cura Italia", di *Maria Luisa Chiarella* 269

22. Discrezionalità, norme "imprecise" e fine dell'epidemia (perché è difficile decidere come e quando riaprire l'Italia), di *Alfonso Celotto* 275

23. Per una Giustizia Civile. Ovvero, Aristotele oltre Hobbes e Rousseau, di *Marcello Fracanzani*. 277

VIII UNIONE EUROPEA

24. Europa: solida casa comune o fragile capanna dell'economia?, di *Marcello Fracanzani* 287

I BANCA FINANZA ASSICURAZIONI

1. Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19

A me pare che il dato di partenza sia che fino al 15 aprile 2020 (o oltre) i tribunali, per il diritto dei contratti, sono chiusi ¹, salvo che il presidente del tribunale non ravvisi un «grave pregiudizio alle parti» ², sicché, fatto salvo il grave pregiudizio, per il contraente non esiste ad es. il potere di chiedere un provvedimento cautelare ³, di chiedere giudizialmente di inibire con un provvedimento ai sensi dell'art. 700 c.p.c. lo svolgimento di

¹ Ai sensi dell'art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020, ad eccezione dei «procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti». Sulla sospensione dei termini A. VILLA, *I termini processuali civili ai tempi del Covid-19*, in *Riv. dir. affari*, 2020.

² «Se per (i «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona») la urgenza è certa *ex lege*, nei restanti procedimenti cautelari, nei quali sono comunque coinvolti diritti rilevanti quantunque diversi da quelli «fondamentali della persona», la urgenza può essere assegnata con provvedimento giudiziale, subordinatamente peraltro alla positiva delibazione del fatto che la loro «ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti»»: così A. PANZAROLA-M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020.

³ Il procedimento si svolgerebbe verosimilmente con le udienze da remoto o senza udienze ed esclusivamente in via telematica.

un'assemblea societaria o condominiale o l'escussione di una fideiussione o di una garanzia a prima richiesta.

Efficiente o inefficiente che sia nei tempi normali, il congelamento di fatto del servizio giustizia nel periodo dell'emergenza sanitaria non è un dettaglio che si possa trascurare quando si riflette sul diritto dei contratti.

Poiché immagino che, in questo momento, il carattere «irreparabile» del pregiudizio di cui all'art. 700 c.p.c. non sia sufficiente ad integrare il «grave pregiudizio» di cui all'art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 – «grave», in una legge eccezionale, può significare più di «irreparabile» scritto nel testo di un codice⁴ – e richieda un *quid pluris* (ancorché, credo, esso non possa essere interpretato così restrittivamente da includere i soli diritti personali, e comprenda quindi anche i diritti patrimoniali)⁵, mi chiedo se, nella generalità dei rapporti d'affari, anche di rilevante valore, di fronte alla contestazione stragiudiziale, da parte di Tizio, del diritto contrattuale di Caio, questi possa nondimeno esercitarlo, dando così luogo alla produzione di effetti giuridici – che si traducono poi in fatti, atti, dichiarazioni – che Tizio, se non prova il quel grave pregiudizio che gli consente di attivare il processo cautelare anche durante l'emergenza sanitaria, non può giudizialmente contrastare in via d'urgenza.

Mi rendo conto che tutto dipende dalla durata dell'eventuale proroga del regime attualmente fissato al 15 aprile, dall'interpretazione che gli uffici

⁴ Ed infatti, Trib. Lecce, 30 marzo 2020 (ord.), in www.ilcaso.it, ha escluso il «grave pregiudizio» – e così non ha fissato udienza di discussione di un sequestro conservativo – nel periodo fino al 15 aprile 2020, perché ha escluso che ricorresse una «situazione di eccezionale urgenza». Come dire, mi sembra, che il «grave pregiudizio» della disciplina eccezionale in vigore va confrontato e bilanciato con le esigenze di salute pubblica («situazione di eccezionale urgenza»), tanto che esso può non ricorrere – come nel caso di specie deciso dal Tribunale di Lecce – del tutto indipendentemente dal *periculum in mora* che caratterizza i procedimenti cautelari.

⁵ Scrive G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto-legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da Covid 19*, in www.judicium.it, 9 marzo 2020: «il decreto-legge [d.l. 8 marzo 2020, n. 11] indica i casi di misure cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona ma quali sono questi diritti? Il diritto di proprietà è un diritto fondamentale della persona? Il diritto di credito può esserlo in certe circostanze? Od ancora: *gli alimenti e le obbligazioni alimentari* comprendono anche gli assegni di mantenimento per coniugi e figli nelle separazioni e nei divorzi? È ovvio che per evitare margini di incertezza, e quindi per evitare che ci si debba trovare in udienza a discutere se la causa debba essere rinviata oppure no, i magistrati dovrebbero decidere anche in questi casi quali siano in concreto le cause da trattare e quali no, superando così una carenza che può essere attribuita al testo di legge. È un lavoro non semplice e certamente impegnativo e tuttavia necessario vista la situazione».

giudiziari daranno del requisito del grave pregiudizio, e da come e quando saranno pienamente operative le udienze da remoto o il contraddittorio affidato al mero scambio di memorie a distanza.

Ma intanto, finché il grave pregiudizio alle parti richieda, come io penso che richieda, un *quid pluris* rispetto al normale *periculum in mora*, a me pare che vada valutato se Caio, esercitando il suo diritto, approfitti di una riduzione del diritto costituzionale di difesa di Tizio, perché mi pare che l'atto di esercizio stragiudiziale – quello che non può essere contrastato dal rimedio giudiziale urgente, salvo il grave pregiudizio alle parti – sia contrario al dovere di buona fede contrattuale e sia quindi inefficace⁶.

Una particolare riflessione riguarda i termini di diritto sostanziale.

L'art. 2, comma 3, d.l. 8 marzo 2020, n. 11, statuisce che «è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse (...)»⁷.

Anche qui, il problema mi sembra più ampio⁸.

⁶ Tempestivo richiamo in F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in www.giustiziacivile.com, 17 marzo 2020. Un'intuizione promettente sul ruolo della solidarietà in M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in www.giustiziacivile.com, bozza in corso di pubblicazione che ho consultato per la gentilezza dell'A. Anche A. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.diritto bancario.it, 25 marzo 2020 sottolineano opportunamente che «nella generale sospensione della giustizia civile (si v. art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18): situazione nella quale ci appare implausibile onerare la parte vittima della crisi sanitaria di ricorrere al giudice per devolvergli la decisione sull'assetto provvisoriamente più equo degli interessi».

In generale S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, 79 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli 1972; E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 643 ss.

⁷ La scheda di analisi del CNF in data 18 marzo 2020 ricorda che «È (...) prevista una clausola generale volta ad evitare che, per l'effetto dei provvedimenti organizzativi richiamati, possano prodursi preclusioni, decadenze e prescrizioni: nel periodo di efficacia di tali provvedimenti, ove gli stessi 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».

⁸ V. LOMBARDI, *Sul recente (e caotico) intervento legislativo in materia di giustizia civile*, in www.judicium.it, 23 marzo 2020 ha osservato quanto segue: «sospendere ogni termine di decadenza e di prescrizione, anche di quelle evitabili senza necessità di domanda giudiziale, sarebbe stata una scelta in sintonia con la ratio ispiratrice dell'intervento, in quanto, non essendovi un obbligo generale di disporre di un indirizzo pec, l'interessato sarà costretto, per inviare il relativo atto stragiudiziale, a recarsi presso gli uffici postali, i quali, in questo periodo, sono aperti a giorni alterni ed osservano orari ridotti per l'accesso del pubblico. In definitiva, esercitando l'avvocatura civile, qualora un cliente, nel periodo 9 marzo- 15 aprile, fosse costretto a proporre domanda giudiziale, vuoi per far valere il proprio diritto a pena di decadenza, vuoi come unico rimedio interruttivo della prescrizione, non vedo altra scelta se

È chiaro che, se l'esercizio di un diritto è impossibile, il termine di prescrizione o decadenza è sospeso.

Ma, anche quando è possibile, e tuttavia integri un inadempimento per le ragioni dette sopra, l'esercizio del diritto sarebbe inefficace, sicché mi sembra che debbano considerarsi sospesi anche i termini di prescrizione e di decadenza di quei diritti, il cui esercizio integrerebbe un atto illecito, perché contestati giudizialmente ma non suscettibili di essere contrastati con il rimedio giudiziale urgente.

Quanto al più generale pericolo per la salute pubblica, una prima questione è di facile soluzione. Qualsiasi prestazione contrattuale è temporaneamente impossibile quando corrisponde ad un'attività sospesa per *factum principis* (dati qui per scontati i problemi di interpretazione del perimetro dell'attività sospesa). E non c'è responsabilità del debitore. Che l'impossibilità sia temporanea o definitiva dipenderà dai criteri codicistici⁹, con l'elementare avvertenza che non ha alcun senso descrivere il virus o l'emergenza sanitaria come cause di forza maggiore, o altro, perché nessun fatto naturale – non il virus, non l'emergenza sanitaria, qualsiasi cosa questa espressione significhi – ha una rilevanza giuridica, e quindi può essere catalogato, fuori da una fattispecie, sicché la questione non è quella, ingenua, cosa sia giuridicamente il virus o l'emergenza sanitaria, ma quale rilevanza abbiano il virus o l'emergenza sanitaria ai fini della possibilità originaria o sopravvenuta della prestazione, dell'onerosità sopravvenuta, dell'obbligo di rinegoziare, dell'operatività di questa o quella clausola di *material adverse change*, e così via.

Nella civilistica è già stata suggerita, e giustamente, la strada della rinegoziazione dei contratti secondo buona fede¹⁰.

non quella di redigere l'atto, munirmi di guanti e di mascherina, sì da provvedere ai conseguenti adempimenti (deposito o notifica). Non solo io, ma qualsiasi collega che dovesse pervenire alle identiche conclusioni ermeneutiche».

⁹ «(La) migliore dottrina (...) è propensa a ravvisare impossibilità temporanea là dove un evento prevedibilmente transitorio sia d'impedimento all'adempimento»: G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in www.juscivile.it, 2014.

¹⁰ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; A. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.diritto bancario.it, 25 marzo 2020; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020.

A me pare che la rinegoziazione sia in concreto l'unica strada, non tanto perché giuridicamente fondata sul dovere di buona fede o di solidarietà, quanto perché rinegoziare, in questi giorni, è uno dei pochi modi per occupare il tempo senza pensare al fallimento e alla morte.

Si è scritto, efficacemente, che v'è «l'obbligo di rinegoziare i termini del rapporto contrattuale, per adeguarli a uno scenario impreveduto e imprevedibile»¹¹. Ciò che mi lascia molto dubbioso è che, come pure si è scritto, la rinegoziazione avvenga «riallocando equamente tra le parti il rischio contrattuale»¹², perché mi sembra all'opposto che, nelle filiere che sono di fatto morte un minuto dopo la sospensione dell'attività per *factum principis*, ciascuno avvia la rinegoziazione dichiarandosi senz'altro impossibilitato ad adempiere a causa dell'emergenza sanitaria, anche se ciò non è vero, perché l'interruzione dei flussi di cassa in entrata, nel suo caso, è in realtà almeno temporaneamente compensata ad es. da eccedenze accumulate o da altre entrate più o meno eccezionali. Una negoziazione di buona fede, invece, presuppone lealtà e trasparenza, ad es. che colui che afferma di non potere pagare il canone della locazione a causa del rifiuto di adempiere dei sublocatori dia prova di quanto afferma. E presuppone, innanzitutto, che si distingua tra impossibilità dal lato del debitore della prestazione caratteristica (dare, consegnare, *facere*, fare godere e così via) e impossibilità dal lato del debitore della prestazione pecuniaria (impossibilità, a rigore, come si sa, neppure configurabile, e che va semmai declinata in termini di eccessiva onerosità della prestazione per il singolo debitore).

Così stando le cose, mi pare che la rinegoziazione dell'emergenza sanitaria somigli a qualsiasi negoziazione, in cui vince il più forte; si rinegozia, dunque, ma l'esito della rinegoziazione non riflette necessariamente una riallocazione equilibrata delle effettive difficoltà o degli impedimenti patiti dai singoli contraenti, ciò che richiederebbe l'esame incrociato e trasparente dei documenti e dei bilanci aziendali. O richiederebbe che ogni rinegoziazione avvenisse davanti al giudice, quel che è di fatto impossibile.

¹¹ A. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25 marzo 2020.

¹² A. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25 marzo 2020.

Aggiungo che l'incertezza del contesto, e l'impossibilità di fare previsioni, è tale da rendere insensato rinegoziare oggi le condizioni dei contratti in corso, se non delimitando l'arco temporale delle nuove condizioni del rapporto alla durata del periodo di emergenza sanitaria. Se contrattare vuol dire calcolare, è inutile contrattare dove non si può calcolare. E le stesse clausole destinate a disciplinare la sola fase dell'emergenza prossima ventura, duri quanto duri, per essere al riparo dal rischio di nullità, o, a loro volta, di inefficacia per eccessiva onerosità sopravvenuta o impossibilità sopravvenuta, è bene siano scritte, chiaro e tondo, come clausole di assunzione del rischio, in espressa deroga alla disciplina dell'eccessiva onerosità e dell'impossibilità sopravvenuta, perché non è detto che l'emergenza sanitaria, finché perdura, non si manifesti in modi e con intensità imprevedibilmente diversi da oggi.

Un altro aspetto critico, da non dare per scontato, è che il perimetro dei contratti attualmente sospesi sia limitato alle attività sospese per *factum principis*, e non sia, invece, più esteso.

A me pare che ci si debba chiedere, una volta accertato quali attività *non* sono sospese, se siano tuttavia sospese, tra queste, le attività che possono, nondimeno, mettere in pericolo – per gli atti e le condotte in cui le attività si articolano – la salute, e la vita stessa della controparte – tendenzialmente, il debitore della prestazione caratteristica – e di terzi¹³. E se siano quindi sospesi i relativi contratti. Laddove, credo, non conta il pericolo oggettivo, ma quello percepito dalla persona mediamente ragionevole¹⁴. E se, in relazione alle attività *non* sospese dal *factum principis*, ma nondi-

¹³ Ad es., nel documento 18 marzo 2020 di ABI, consultabile al sito www.abi.it, si legge quanto segue: «Il Comitato esecutivo odierno ha rivolto la massima attenzione all'attuale situazione di emergenza correlata alla diffusione del virus Covid-19 ed ha confermato la priorità della tutela della salute delle persone interessate, lavoratrici/lavoratori e clienti, per garantire la quale si stanno adottando anche misure ulteriori rispetto a quanto necessario per adempiere alle disposizioni delle Autorità, al fine di contenere i rischi di contatto agendo sulle diverse leve a disposizione, alla luce di quanto disposto nel DPCM 11 marzo 2020 in ordine alla prosecuzione dei servizi bancari».

¹⁴ È, questo, un dato acquisito per i pacchetti turistici, ma non v'è ragione perché il pericolo che legittima la risoluzione di un contratto sia solo quello percepito dal turista, e la regola non operi invece, come a me sembra, per qualsiasi contraente. Sul pericolo del turista di contrarre la febbre di *dengue* emorragica nell'isola di Cuba v. Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315, che conferma, in modo convincente, che il recesso del viaggiatore era efficace perché dettato dalla ragionevole percezione di un rischio, ancorché minimo.

meno pericolose per la salute e per la vita, si considera sospesa l'efficacia dei contratti in corso, può dubitarsi che siano *validi* i contratti *conclusi* nel periodo di emergenza sanitaria, i cui effetti siano destinati a prodursi – e a dar luogo ad atti e condotte da cui possono scaturire pregiudizi alla salute, ed alla vita, della controparte e di terzi – durante l'emergenza. O siano validi solo per la parte che non implica atti o condotte pericolose, se scindibile dal resto.

Non è in gioco solo l'inesigibilità secondo buona fede della prestazione da questo o quel debitore, quando questi attraversi un contesto di vita particolarmente drammatico¹⁵ oppure quando compiendo questa o quell'attività variamente esecutiva del contratto potrebbe con elevata probabilità contrarre il virus¹⁶, perché si tratta qui innanzitutto di proteggere la salute *pubblica* dal pericolo che il debitore contribuisca a *diffondere* il virus.

Si tratta di un delicato equilibrio. Da un lato, l'interesse della persona, quello patrimoniale o morale che il contratto soddisfa, e quello della collettività alla continuità dei contratti, che significa continuità dei flussi di ricchezza e quindi delle stesse condizioni di lavoro della generalità¹⁷. Dall'altro, la salute pubblica immediata¹⁸.

¹⁵ G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pag. 4, nota 5, ci ricorda che secondo lo stesso Giuseppe Osti è liberatorio l'impedimento per superare il quale il debitore dovrebbe mettere in pericolo o sacrificare la vita o altri diritti fondamentali. Idea espressa da L. MENGONI, in *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089. Anche P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1230-1259 c.c., Bologna-Roma, 1975, 452 ss. E l'inesigibilità della prestazione, quando l'esecuzione di essa sarebbe disumana o immorale, è segnalata da E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 152 ss.

¹⁶ L'inesigibilità «provoca (...) una «stasi» del rapporto, non impedendo la riproposizione della pretesa da parte del creditore», opera «la paralizzazione de(gli) effetti (della pretesa) nella specifica congiuntura in cui gli stessi vengono invocati»: F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 448 s. e 454 s.

¹⁷ «La chiusura istantanea e generalizzata delle imprese c.d. «non essenziali» le esclude dalle filiere di fornitura, rendendo impossibile evadere gli ordini in portafoglio e acquisirne di nuovi. Il mercato rialloca subito la domanda su altre imprese (in questo caso, non italiane). Il pagamento dei debiti generati dalla produzione diventa impossibile. In più, i ricavi si fermano e i costi fissi corrono»: R. TISCINI, *La continuità aziendale non si può «sospendere»*, in www.judicium.it, 24 marzo 2020.

¹⁸ Va rammentato che ai sensi dell'art. 41 Cost. la libertà di iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

È evidente che la salute, qui ed ora, prevale ¹⁹, ma occorre rigore per accertare che un contratto, che esula dalle attività vietate, sia nondimeno sospeso o nullo, perché pericoloso per la salute pubblica ²⁰, perché un'estesa, e in ipotesi duratura ²¹, sospensione dei contratti rende più acute le ricadute economiche sul domani.

¹⁹ L'interesse della vita in comunità è riconosciuto come preminente dall'ordinamento, ha già scritto F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

²⁰ Perché, com'è stato detto bene, «la negozialità quotidiana esprime ed inverte la dignità della persona»; E. CARBONE, *Contrattualità quotidiana e dignità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1103.

²¹ «Appare purtroppo assai verosimile – e molti, nel serrato dibattito svoltosi attraverso i *mass media*, lo hanno già più volte ribadito – che, alla fine dell'incubo da contagio e della conseguente emergenza sanitaria, le conseguenze economiche per i singoli (e per la collettività, evidentemente) saranno pesantissime (ed) in molti casi, il pregiudizio economico potrà aver luogo nell'ambito di un rapporto negoziale o, comunque, di natura obbligatoria»: F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020. G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da Covid 19*, in *www.judicium.it*, 9 marzo 2020, nota che «nonostante il fenomeno Covid 19 stia preoccupando l'intero pianeta non solo sotto il profilo della salute ma anche sotto quello dell'economia, il decreto legge in questione [d.l. 8 marzo 2020, n. 11] ha dato prevalenza esclusiva alle controversie aventi ad oggetto i diritti della persona e alcuna agevolazione per le controversie aventi ad oggetto i diritti riferibili alla economia».

2. L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa

1. - L'emergenza Covid-19 e l'estensione delle categorie dei soggetti che possono accedere al Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa.

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha stravolto le nostre vite e ha reso necessari interventi urgenti sia nel settore sanitario che in quello economico. In questa sede sarà analizzata la modifica della disciplina in tema di Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa.

Il Fondo (c.d. Gasparrini) è stato istituito, presso il Ministero dell'economia e delle finanze, con la l. 24 dicembre 2007, n. 244¹. I commi 475 ss. dell'art. 2 di tale legge hanno, infatti, previsto la possibilità, per i titolari di un mutuo contratto per l'acquisto della prima casa, di beneficiare della sospensione del pagamento delle rate al verificarsi di situazioni di temporanea difficoltà. In particolare, il comma 476 dell'art. 2 l. n. 244 del 2007 ha disposto quanto segue: «Per i contratti di mutuo riferiti all'acquisto di unità immobiliari da adibire ad abitazione principale del mutuatario, questi può chiedere la sospensione del pagamento delle rate per non più di due volte e per un periodo massimo complessivo non superiore a diciotto mesi nel corso dell'esecuzione del contratto. In tal caso, la durata del contratto di mutuo e quella delle garanzie per esso prestate è prorogata di

¹ La misura è obbligatoria per le banche. Divenuto operativo nel novembre 2010, il Fondo è stato più volte rifinanziato. I fondi stanziati per il 2011, 20 milioni, sono stati completamente utilizzati in circa sei mesi. Il decreto 'Salva Italia' del dicembre 2011 ha rinnovato il provvedimento per i due anni successivi, con una dotazione di 10 milioni per anno.

un periodo eguale alla durata della sospensione. Al termine della sospensione, il pagamento delle rate riprende secondo gli importi e con la periodicità originariamente previsti dal contratto, salvo diverso patto eventualmente intervenuto fra le parti per la rinegoziazione delle condizioni del contratto medesimo. La sospensione non comporta l'applicazione di alcuna commissione o spesa di istruttoria ed avviene senza richiesta di garanzie aggiuntive».

I regolamenti attuativi avevano fissato alcuni limiti per l'accesso al beneficio². Fra questi quello di non superare i 250 mila euro di importo erogato con il mutuo, di non avere il mutuatario un indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) superiore a 30 mila euro e di essere il mutuo in ammortamento da almeno un anno³.

L'obiettivo del Fondo era ed è quello di far fronte alle difficoltà che i nuclei familiari incontrano nell'assolvere agli obblighi derivanti da mutui contratti per l'acquisto della prima casa, soprattutto nel caso di insorgenza di eventi e circostanze eccezionali ed imprevedute, destinate a incidere negativamente sul reddito complessivo del nucleo familiare⁴.

Il comma 479 subordinava l'ammissione al beneficio «esclusivamente all'accadimento di almeno uno dei seguenti eventi, intervenuti successivamente alla stipula del contratto di mutuo e verificatisi nei tre anni antecedenti alla richiesta di ammissione al beneficio: a) cessazione del rapporto di lavoro subordinato, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consen-

² Mi riferisco in primo luogo al d.m. Min. econ. e fin. n. 132 del 21 giugno 2010 (Regolamento recante norme di attuazione del Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa), ma vedi anche il d.m. Min. econ. e fin. n. 37 del 22 febbraio 2013 (Regolamento recante modifiche al decreto 21 giugno 2010, n. 132 concernente norme di attuazione del Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa).

³ Il d.m. n.132 del 21 giugno 2010 dispone anche che: «L'immobile non deve rientrare nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9, non deve avere le caratteristiche di lusso indicate nel decreto del Ministero dei lavori pubblici in data 2 agosto 1969 e deve costituire l'abitazione principale del beneficiario alla data di presentazione della domanda».

⁴ Negli ultimi anni sono stati realizzati vari interventi a sostegno dei clienti in difficoltà nel pagamento delle rate di mutuo. Oltre al c.d. Fondo Gasparriani, si ricorda, in particolare, la sospensione delle rate di mutuo disposta a seguito del sisma in Abruzzo e in Emilia-Romagna (d.l. n. 39 del 2009 e d.l. n. 74 del 2012), la sospensione delle rate di mutuo a seguito del sisma che ha colpito Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo (d.l. n. 189 del 2016, conv., con modificazioni, dalla l. n. 229 del 2016), la sospensione delle rate di mutuo a seguito del sisma di Ischia, fino al 31 dicembre 2018, ai sensi dell'art. 1, comma 734, l. n. 205 del 2017 e il c.d. Piano famiglie, iniziativa di autoregolamentazione concordata nel 2009 tra l'Associazione bancaria italiana (ABI) e le associazioni dei consumatori.

suale, di risoluzione per limiti di età con diritto a pensione di vecchiaia o di anzianità, di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, di dimissioni del lavoratore non per giusta causa; b) cessazione dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di recesso datoriale per giusta causa, di recesso del lavoratore non per giusta causa; c) morte o riconoscimento di handicap grave, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero di invalidità civile non inferiore all'80 per cento.

L'art. 26 (Estensione del fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa) del d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Ccovid-19), ha, invece, ora esteso il beneficio anche all'evento della «sospensione dal lavoro o riduzione dell'orario di lavoro per un periodo di almeno trenta giorni, anche in attesa dell'emanazione dei provvedimenti di autorizzazione dei trattamenti di sostegno del reddito», aggiungendo la lettera *c-bis* al comma 479 dell'art. 2 l. n. 244 del 2007.

L'art. 1 del Decreto del MEF, 25 marzo 2020 (Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, ai sensi dell'articolo 54 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18)⁵, in attuazione della disposizione sopra riportata⁶, ha ritenuto rilevanti le seguenti situazioni: «i) sospensione dal lavoro per almeno 30 giorni lavorativi consecutivi; ii) riduzione dell'orario di lavoro per un periodo di almeno 30 giorni lavorativi consecutivi, corrispondente ad una riduzione almeno pari al 20% dell'orario complessivo», ed ha stabilito che per tali situazioni «la sospensione del pagamento delle rate del mutuo può essere concessa per durata massima complessiva non superiore a: a) 6 mesi, se la sospensione o la riduzione orario del lavoro ha una durata compresa tra 30 giorni e 150 giorni lavorativi consecutivi; b) 12

⁵ In G.U. Serie Generale n. 82 del 28 marzo 2020.

⁶ Il terzo comma dell'art. 54 (Attuazione del Fondo solidarietà mutui "prima casa", cd. "Fondo Gasparri"), del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19), c.d. Decreto Cura Italia (vedi *infra* nel testo), consente per l'appunto ciò, in quanto dispone quanto segue: «con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze possono essere adottate le necessarie disposizioni di attuazione del presente articolo, nonché del comma 1 e dell'art. 26 del decreto legge n. 9/2020».

mesi, se la sospensione o la riduzione dell'orario di lavoro ha una durata compresa tra 151 e 302 giorni lavorativi consecutivi; c) 18 mesi, se la sospensione o la riduzione dell'orario di lavoro ha una durata superiore di 303 giorni lavorativi consecutivi».

Il terzo comma dell'art. 1 d.P.C.M. 25 Marzo 2020 ha precisato che: «Ferma restando la durata massima complessiva di 18 mesi, la sospensione può essere reiterata, anche per periodi non continuativi, entro i limiti della dotazione del Fondo».

Il comma 4 del suddetto decreto, invece, ha disposto che il richiedente debba «allegare all'istanza di accesso al Fondo copia del provvedimento amministrativo di autorizzazione dei trattamenti di sostegno del reddito, o la richiesta del datore di lavoro di ammissione al trattamento di sostegno del reddito, o la dichiarazione del datore di lavoro, resa ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che attesti la sospensione e/o riduzione dell'orario di lavoro per cause non riconducibili a responsabilità del lavoratore, con l'indicazione del periodo di sospensione e della percentuale di riduzione dell'orario di lavoro».

Un'ulteriore estensione dei beneficiari è stata prevista dal primo comma dell'art. 54 (Attuazione del Fondo solidarietà mutui “prima casa”, c.d. “Fondo Gasparrini”), del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19), c.d. Decreto Cura Italia.

Tale comma, infatti, dispone quanto segue: «1. Per un periodo di 9 mesi dall'entrata in vigore del presente decreto legge, in deroga alla ordinaria disciplina del Fondo di cui all'articolo 2, commi da 475 a 480 della legge 244/2007: a. l'ammissione ai benefici del Fondo è esteso ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti che autocertifichino ai sensi degli articoli 46 e 47 DPR 445/2000 di aver registrato, in un trimestre successivo al 21 febbraio 2020 ovvero nel minor lasso di tempo intercorrente tra la data della domanda e la predetta data, un calo del proprio fatturato, superiore al 33% del fatturato dell'ultimo trimestre 2019 in conseguenza della chiusura o della restrizione della propria attività operata in attuazione delle disposizioni adottate dall'autorità competente per l'emergenza coronavi-

rus⁷; b. Per l'accesso al Fondo non è richiesta la presentazione dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE)».

L'estensione ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti è, dunque, limitata ai nove mesi successivi all'entrata in vigore del decreto.

La lettera b) estende, sempre in via provvisoria, a tutti i beneficiari del Fondo l'esonero dalla presentazione dell'ISEE⁸.

Il quarto comma dell'art. 54 prevede l'assegnazione al Fondo di 400 milioni di euro per il 2020. Si tratta di una cifra elevatissima se messa a confronto con gli stanziamenti precedenti⁹, cifra che ben si giustifica davanti a un evento epocale come quello che stiamo vivendo.

2. - La modifica del comma 478 dell'art. 2 l. n. 244 del 2007 e la riduzione della quota di interessi pagata dal Fondo.

Il terzo comma dell'art. 54 è di particolare importanza perché modifica in via definitiva il comma 478 dell'art. 2 l. n. 244 del 2007.

Il vecchio comma 478 disponeva quanto segue: «Nel caso di mutui concessi da intermediari bancari o finanziari, il Fondo istituito dal comma 475, su richiesta del mutuatario che intende avvalersi della facoltà prevista dal comma 476, presentata per il tramite dell'intermediario medesimo, prevede al pagamento degli oneri finanziari pari agli interessi maturati sul

⁷ Il primo comma dell'art. 4 del d.m. Min. econ. e fin. 25 marzo 2020 dispone quanto segue "L'ammissione ai benefici del Fondo è concessa ai lavoratori autonomi e ai liberi professionisti che autocertifichino ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000 di aver registrato, nel trimestre successivo al 21 febbraio 2020 e precedente la domanda ovvero nel minor lasso di tempo intercorrente tra il 21 febbraio 2020 e la data della domanda qualora non sia trascorso un trimestre, un calo del proprio fatturato medio giornaliero nel suddetto periodo superiore al 33% del fatturato medio giornaliero dell'ultimo trimestre 2019, in conseguenza della chiusura o della restrizione della propria attività operata in attuazione delle disposizioni adottate dall'autorità competente per l'emergenza coronavirus".

⁸ L'art. 5 del decreto del MEF 25 marzo 2020 dispone quanto segue: «1. Per l'accesso al Fondo non è richiesta la presentazione dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE), già prevista dall'art. 2, comma 1, lettera c) del DM n. 132/2010. 2. Le banche mutuarie provvedono ad assicurare in ogni caso adeguate modalità di ricezione delle istanze, anche ai fini dell'assolvimento degli obblighi previsti dall'art. 6 del DM n. 132/2010. 3. Ai fini del rispetto del limite massimo dei 18 mesi del periodo di sospensione di cui all'art. 2, comma 4, lettera c) del DM 132/2010, non si tiene conto delle sospensioni già concesse su mutui per i quali, all'atto della presentazione dell'istanza, sia ripreso, per almeno tre mesi, il regolare ammortamento delle rate di mutuo».

⁹ Si v. nt.1.

debito residuo durante il periodo di sospensione, corrispondente esclusivamente al parametro di riferimento del tasso di interesse applicato ai mutui e, pertanto, al netto della componente di maggiorazione sommata a tale parametro».

La disciplina contenuta in tale comma aveva dato luogo a dubbi interpretativi. Ci si era chiesti, infatti, cosa dovesse intendersi per debito residuo (se, cioè, gli interessi dovessero essere calcolati sulla sola quota capitale delle rate sospese o sull'intero capitale residuo al momento della sospensione) e, soprattutto, se l'intermediario potesse chiedere sempre la componente di maggiorazione (spread), non coperta dal fondo, al cliente.

Con riferimento a quest'ultimo profilo era stata emanata una circolare ABI (prot. CR/LG/002959 del 27 ottobre 2010) che disponeva quanto segue «la banca mutuante potrà addebitare al mutuatario la quota interessi maturata nel periodo di sospensione corrispondente alla differenza tra quanto di competenza della banca, stabilito contrattualmente, e quanto effettivamente rimborsato dal Fondo. Le modalità di rimborso di tale quota interessi dovranno essere concordate tra le parti e preventivamente comunicate dalla banca al mutuatario». Le banche avevano, conseguentemente, adottato una soluzione interpretativa secondo la quale sul Fondo avrebbe dovuto gravare la quota interessi corrispondente esclusivamente al parametro di riferimento del tasso di interesse applicato ai mutui ¹⁰, al netto della componente di maggiorazione (spread) sommata a tale parametro. Lo spread, invece, avrebbe dovuto esser corrisposto dal cliente.

L'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF) è, però, intervenuto più volte sul punto adottando un'interpretazione diversa.

¹⁰ Ai fini della determinazione di questo parametro, l'art. 3, comma 1, d.m. 21 giugno 2010, n. 132 (Regolamento recante norme di attuazione del Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, ai sensi dell'art. 2, comma 475 della legge 24 dicembre 2007, n. 244) dispone quanto segue: «2. Per parametro di riferimento si intende: a) per i mutui regolati a tasso variabile, l'Euribor di durata pari a quella usata nel contratto, ovvero in mancanza di parametrizzazione dei tassi all'Euribor, l'Euribor di durata pari alla periodicità di pagamento delle rate; b) per i mutui regolati a tasso fisso, il tasso IRS in euro riportato sulla pagina ISDAFIX 2 del circuito Reuters di durata pari alla durata residua del contratto di mutuo vigente al momento della sospensione dell'ammortamento ovvero, se non disponibile, la quotazione IRS riferita alla durata immediatamente superiore; c) per i mutui con opzione di scelta di tasso tra fisso e variabile, il parametro di indicizzazione vigente al momento della presentazione della richiesta di sospensione; d) per i mutui con tassi con parametri in parte fissi ed in parte variabili, il parametro previsto dalla lettera a) per la quota regolata a tasso variabile ed il parametro previsto dalla lettera b) per la quota regolata a tasso fisso».

L'ABF, ha infatti ritenuto che, salvo patto contrario, la quota di interessi corrisposta dal Fondo, pari al parametro di riferimento del tasso applicato, senza considerare lo spread, esaurisse il pagamento di quanto dovuto dal cliente alla banca a titolo di interessi per il periodo di sospensione ¹¹.

Più nel dettaglio l'ABF ha, cioè, ritenuto che: (i) le disposizioni legislative e regolamentari in materia, per le loro stesse finalità solidaristiche, dovessero essere interpretate nel senso che il rimborso da parte del Fondo della quota di interesse corrispondente al parametro di riferimento dell'interesse contrattuale esaurisse il pagamento di quanto dovuto alla banca a titolo di interessi delle rate sospese, senza che a tale titolo residuasse alcun debito del mutuatario beneficiario ¹²; (ii) l'eventuale pattuizione di pagamento di una quota suppletiva a carico del cliente, limitata allo spread, potesse assumere rilievo soltanto nelle ipotesi in cui fosse stato stipulato uno specifico accordo di sospensione ¹³; (iii) l'eventuale base di calcolo del rimborso dovesse essere la quota capitale delle rate sospese e non il capitale residuo alla data di sospensione.

Come ho già detto sopra, il terzo comma dell'art. 54 del decreto "Cura Italia" ha sostituito il vecchio comma 478 con il seguente: «Nel caso di mutui concessi da intermediari bancari o finanziari, il Fondo istituito dal

¹¹ Cfr., fra le altre, Collegio di Coordinamento, dec. n. 4123 del 2015 e n. 4136 del 2015, Collegio di Napoli, dec. n. 22817 del 2018, Collegio di Roma, dec. n. 13786 del 2017; Collegio di Milano, dec. n. 5455 del 2016.

¹² Il Collegio di Coordinamento (cfr. le decisioni citate nella nota precedente) ha ritenuto che, in linea con la finalità solidaristica del Fondo, la normativa ha disposto che, sia pure entro limiti di ragionevolezza e senza imporre un sacrificio totale dei loro interessi economici, le banche concorrano alla realizzazione di quelle istanze di tutela dei mutuatari appartenenti alle fasce sociali più deboli, e pertanto più esposte alle conseguenze della crisi economica. Credo si possa aggiungere che il sacrificio degli interessi delle banche sia compensato dalla circostanza che il Fondo garantisce loro un pagamento di interessi che, data la situazione dei beneficiari, potrebbe essere molto difficile da ottenere.

¹³ Se manca la sottoscrizione dello specifico accordo fra Banca e cliente la banca "perde" lo spread, ossia la differenza tra l'Euribor (o l'IRS) e l'ammontare degli interessi che sono stati pattuiti nel contratto. La Banca è, però, vincolata alla sospensione e non può imporre patti aggiuntivi. L'accertamento circa la sussistenza dei requisiti per l'ammissione al beneficio della sospensione (nulla osta) spetta, infatti, al gestore del Fondo, soggetto terzo e distinto dalla banca. Quest'ultima deve solo comunicare la sospensione dell'ammortamento del mutuo, perfezionata con il nulla osta del gestore.

Il Collegio di Napoli, dec.n. 8717 del 2016 ha ritenuto che il documento di mera presa d'atto della possibilità di pattuire diversamente non integrasse gli estremi di un tale accordo.

desimo, provvede, al pagamento degli interessi compensativi nella misura pari al 50% degli interessi maturati sul debito residuo durante il periodo di sospensione».

Le novità rilevanti della nuova disciplina sembrerebbero essere due: 1) la riduzione della quota degli interessi coperti dal fondo, e 2) il riferimento a tutti gli interessi, senza la sottrazione della “maggiorazione”.

A me sembra, dunque, che il Fondo attualmente debba coprire il 50% di tutti gli interessi maturati sul debito residuo durante il periodo di sospensione, senza che possa rimanere spazio, con riferimento a tale 50%, a ulteriori pagamenti di “spread” da parte del cliente.

La circostanza che non ci sia più possibilità di chiedere al cliente il pagamento dello “spread” sembra confermato da quanto disposto dal secondo comma dell’art. 2 del decreto del MEF, 25 marzo 2020 secondo il quale «Ai fini del calcolo degli interessi compensativi (...) si applica il tasso di interesse contrattuale vigente al momento della presentazione della richiesta di sospensione del pagamento delle rate del mutuo».

Il cliente, però, dopo il periodo di sospensione ¹⁴, dovrà pagare il rimanente 50% di interessi, calcolati esclusivamente sulla quota capitale delle rate sospese. Su quest’ultimo, punto, infatti non c’è ragione alcuna per discostarsi da quanto stabilito dagli organi giudicanti.

La riduzione della quota di interessi coperta dal Fondo risulta ben giustificata dal prevedibile numero elevatissimo di soggetti che chiederanno la sospensione. Occorre garantire a quanti più soggetti possibile la possibilità di ottenere quanto meno la sospensione del mutuo prima casa. La speranza di tutti è che la pandemia finisca e che in futuro molti siano in grado di riprendersi e di affrontare con serenità le spese preventivate.

¹⁴ Si ricorda che il piano di ammortamento viene allungato di un periodo pari alla durata della sospensione.

II

CRISI D'IMPRESA

3.

Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19)

1. - Finalità e linee generali delle procedure.

La riforma della disciplina della crisi dell'impresa è stata ispirata, tra l'altro, alla finalità di innovare radicalmente l'impianto della legge fallimentare, superando l'approccio che la improntava, che era quello «di eliminare dal mercato le imprese insolventi col minor danno possibile per i creditori, riservando solo uno spazio marginale a soluzioni alternative, condizionate comunque da requisiti di meritevolezza del debitore»¹, nel convincimento che l'insolvenza, nella quasi totalità dei casi, sarebbe frutto di un'incapacità di gestione dell'imprenditore, se non di manovre fraudolente del medesimo e, appunto per questo, richiedeva un intervento eminentemente sanzionatorio.

Messa da parte la configurazione che collegava il fallimento commerciale all'incapacità personale e alla frode, si è imposta l'idea, alimentata anche dagli obiettivi fissati dalle norme sovranazionali ed internazionali – ribaditi successivamente all'emanazione del codice² –, che la disciplina della

¹ R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 129.

² Il riferimento è alla direttiva 26 giugno 2019, «Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)» che, nel 22° considerando, reitera l'importanza della tempestiva rilevazione della crisi, sottolineando che «è opportuno per-

crisi dell'impresa deve mirare a salvaguardare il valore residuo dell'azienda, anziché disperderlo in una prospettiva liquidatoria, permettendo all'imprenditore di rimettersi in gioco e facendo sì che le procedure concorsuali non siano concepite (anzitutto dallo stesso imprenditore) «come un male in sé, da allontanare ad ogni costo»³. Il conseguimento di dette finalità è stato ritenuto condizionato ad una applicazione anticipata all'imprenditore in crisi di procedure in grado di permetterne il superamento⁴, nel convincimento che le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in crisi sono «direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore», da strutturare nel nostro ordinamento tenendo conto della «incapacità delle imprese italiane – per lo più medie o piccole imprese – di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività»⁵.

tanto dare informazioni chiare, aggiornate, concise e di facile consultazione sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili e predisporre uno o più strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce».

³ Relazione al disegno di legge-delega.

⁴ La finalità delle procedure di emersione è stata diffusamente approfondita in una monografia edita nello stesso anno della legge-delega, che contiene un'esauriva trattazione, anche comparatistica, delle questioni che la stessa pone, cui è sufficiente rinviare anche per una completa ricognizione della dottrina edita sul tema, S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi*, in *Quad. giur. comm.*, 2017, n. 413.

⁵ Così la Relazione al disegno di legge-delega, cui è opportuno fare riferimento, riportandone i brani che rivelano, con efficace sintesi, l'intenzione del legislatore. La Relazione muove dalla premessa dell'inevitabilità di una complessiva risistemazione della materia concorsuale che tenesse conto «in particolare dalla raccomandazione n. 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, oltre che dalla recente rifusione delle pertinenti disposizioni nel regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza», nonché dei «principi della *model law*, elaborati in tema di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), cui hanno aderito molti Paesi anche in ambito extraeuropeo (tra cui gli Stati Uniti d'America)». Secondo la Relazione, era dunque divenuta impellente l'esigenza di «rispondere all'invito, rivolto dalla Commissione agli Stati membri dell'Unione europea, ad «offrire servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi», contenuto nel Piano d'azione imprenditorialità 2020 di cui alla comunicazione COM(2012) 795 *final* del 9 gennaio 2013, agendo sulle cause endemiche e culturali del ritardo con cui le imprese italiane si attivano per affrontare la crisi e fornendo loro un supporto esterno, anche in termini di consulenza. Ciò aiuterà a supplire al deficit di competenza e di organizzazione interna da cui spesso le imprese sono afflitte, consentendo una tempestiva rilevazione delle difficoltà finanziarie che preludono alla crisi e rendono probabile l'insolvenza, allo scopo di scongiurare la progressiva distruzione del valore aziendale per puntare invece a «massimizzarne il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale», come

Siffatto obiettivo ha suggerito, anche sulla scorta delle norme sovranazionali (ma con dubbia aderenza alle stesse, prefigurandosi peraltro la necessità di modifiche imposte da quelle sopravvenute al d.lgs. n. 14 del 2019⁶), di introdurre un istituto che è forse quello più marcatamente innovativo del codice; certo il più controverso, come è desumibile anche dai diversi testi succedutisi nel corso dei lavori preparatori⁷. A tale istituto è dedicato l'intero Titolo II (artt. 12-25), rubricato «Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi», che sono appunto quelle «finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori» (art. 4, comma 1, l. n. 155 del 2017).

L'idea del legislatore delegante⁸ era di introdurre una fase preventiva di "allerta", «intesa non tanto, o non solo, quale richiamo a connotazione meramente ammonitoria, quanto come strumento di sostegno, diretto in prima battuta a una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa [...] destinato a risolversi, all'occorrenza, in un vero e proprio servizio di composizione assistita della crisi, funzionale ai negoziati per il raggiungimento dell'accordo con i creditori o, eventualmente, anche solo con alcuni di essi (ad esempio con quelli meno conflittuali o più strategici)». Per dette ragioni, l'obiettivo dichiarato è stato di «creare un luogo d'incontro tra le contrapposte – ma non necessariamente divergenti – esigenze del debitore e dei suoi creditori, secondo una logica di mediazione e di composizione, non improvvisata e solitaria, bensì assistita da organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione negoziata», di carattere stragiudiziale in cui l'intervento dell'autorità giu-

prevede l'obiettivo principale posto nella raccomandazione n. 2014/135/UE (1° considerando)».

⁶ Per la controvertibilità del fondamento europeo delle nuove disposizioni, M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, 653; in ordine alle modifiche rese necessarie dalla sopravvenuta Direttiva (UE) 2019/1023 e nel senso il legislatore nazionale sarebbe andato oltre le norme sovranazionali, poiché la continuità aziendale a livello europeo viene tutelata in maniera incondizionata, mentre il codice prevede numerosi elementi di verifica e di analisi, D. SEGA, *Allerta e prevenzione: nuovi paradigmi della crisi di impresa*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, 5, 1101; P. VELLA, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano*, *Questione giustizia*, 2019, 243.

⁷ M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit., anche per una sintesi dell'altalenanza dei testi succedutisi a partire dai lavori della Commissione ministeriale presieduta da Renato Rordorf sino al d.lgs. n. 14 del 2019.

⁸ Esplicitata nella Relazione al disegno di legge-delega e nei riferimenti alla stessa richiamati *supra*, nel testo.

diziaria avrebbe dovuto rimanere confinato in un ambito di residualità, previsto nei soli casi nei quali appare necessario per permettere tale tipo di soluzione.

In sintesi, il conseguimento di siffatto obiettivo è stato affidato:

- alla previsione di «indici della crisi», in grado di permettere di individuare, con sufficiente precisione ed oggettività, i casi nei quali la stessa assurge ad un livello tale da imporre, da un canto, l'attivazione di una apposita procedura dedicata a permetterne la composizione, evitando che sfoci nell'insolvenza o, comunque, che possa condurre a soluzioni ineluttabilmente disgregatorie dell'azienda; dall'altro, di individuare i presupposti che condizionano l'obbligo dell'imprenditore, degli organi di controllo (se l'impresa è costituita in forma societaria) e di alcuni creditori (i creditori pubblici qualificati) di dare l'avvio alle procedure;
- alla previsione di due procedure preordinate: la prima, di allerta, alla verifica dell'esistenza della crisi e della possibilità di porvi prontamente rimedio; la seconda, alla composizione stragiudiziale della crisi;
- ad una disciplina in grado di incoraggiare il debitore ad avvalersi di dette procedure che, appunto per questo, è anzitutto connotata dalla previsione di una serie di conseguenze positive (anche per i soggetti tenuti all'obbligo di segnalazione) nel caso di tempestivo avvio delle stesse. Inoltre, è caratterizzata dalla possibilità di adottare misure idonee ad impedire o a paralizzare eventuali aggressioni del patrimonio del debitore pregiudizievoli del componimento della crisi. Le procedure si svolgono in sede stragiudiziale, con l'intervento di un organismo qualificato, al fine di offrire un adeguato supporto tecnico, non burocratico, ai fini della verifica dell'effettiva esistenza dello stato di crisi e dell'individuazione dei rimedi opportuni per superarla, anche favorendo l'incontro con i creditori. I caratteri della riservatezza e della confidenzialità, unitamente a quello della stragiudizialità, dovrebbero ulteriormente incentivare l'imprenditore a ricorrere alle procedure in esame. In definitiva, l'obiettivo è stato di rendere dette procedure strumenti di ordinaria gestione dell'attività d'impresa, cui è possibile ed opportuno ricorrere nel convincimento – che, peraltro, occorre maturi anche, se non soprattutto, nei creditori – che il loro avvio rientra in un momento fisiologico della stessa; nonostante la definizione degli strumenti come di 'allerta', questi neppure dovrebbero alimentare

un ingiustificato allarme, pregiudizievole, da solo e di per se stesso, di ogni possibilità di ripresa.

La congruità delle modalità con cui è stata realizzata la finalità è dubbia. Non è infatti possibile ignorare i rischi insiti nell'introduzione di vincoli troppo stringenti, tendenzialmente suscettibili di ingessare l'attività d'impresa dentro schemi paralizzanti e pregiudizievoli dello sviluppo economico, soprattutto a causa di una procedimentalizzazione e di una burocratizzazione che non si armonizzano con quello che avrebbe dovuto essere lo "spirito" dell'allerta⁹. Traspare dalla disciplina dettata dal d.lgs. n. 14 del 2019 (di seguito, anche codice) una sorta di ansia di anticipare una cura che talora potrebbe costituire un male peggiore di quello che si vorrebbe evitare¹⁰, destando altresì perplessità la concreta praticabilità di accordi conclusi soltanto con alcuni creditori¹¹.

Si tratta di considerazioni ineludibili e che, tuttavia, eccedono ambito e scopo di un esame eminentemente ricognitivo e descrittivo della nuova disciplina alle quali è, dunque, soltanto possibile accennare. Peraltro, l'emergenza economica sopravvenuta alla drammatica emergenza sanitaria innescata dal Covid-19 potrebbe rendere dubbia l'attualità della ricognizione di un istituto che rischia di essere travolto da queste sopravvenienze, prima ancora di divenire applicabile. Ed invece, proprio questa sopravvenuta emergenza suggerisce tale ricognizione (condotta facendo riferimento al testo delle disposizioni che dovrebbero risultare a seguito delle rettifiche ipotizzate nello schema di decreto correttivo¹²), nel tentativo di fare emergere gli elementi negativi, ma anche quelli positivi del nuovo istituto, in vista di una sua possibile applicazione in uno scenario del tutto diverso da quello immaginato.

⁹ M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *www.ilcaso.it*.

¹⁰ Rischi dei quali ci si è avveduti in ambito europeo, tenuto conto che la direttiva del 26 giugno 2019 (sopravenuta al codice, richiamata nella nota 2) nell'ultimo periodo del 22° considerando ha avuto cura di indicare che «la presente direttiva non dovrebbe ascrivere la responsabilità agli Stati membri per i possibili danni conseguenti a procedure di ristrutturazione attivate da tali strumenti di allerta precoce».

¹¹ La Relazione al decreto delegato esalta gli effetti positivi di un'emersione precoce della crisi, funzionale ai negoziati per un accordo con i creditori «eventualmente, anche solo con alcuni di essi (ad esempio quelli meno conflittuali, o più strategici)». Nondimeno, nonostante la riservatezza, non è irragionevole immaginare la difficoltà di evitare che qualche notizia trapeli, apparendo altresì arduo immaginare accordi parziali e soggettivamente limitati.

¹² Avendo dunque riguardo allo schema di decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2020.

Preliminarmente è, infine, è opportuno ricordare che alcune delle nozioni alle quali si fa riferimento nella disciplina degli strumenti di allerta e delle relative procedure sono esplicitate nell'art. 2 del codice. Tali definizioni non hanno efficacia vincolante per l'interprete¹³ e, tuttavia, costituiscono pur sempre punti di riferimento cui occorre avere riguardo quando sono richiamate dalle disposizioni del codice¹⁴.

2. - OCRI.

L'organismo preposto alla trattazione delle procedure è l'OCRI¹⁵, al quale è stato attribuito il compito di presiedere allo svolgimento delle stesse e di assistere l'imprenditore (salvi i casi nei quali subentra l'OCC).

L'organismo è stato costituito presso ogni Camera di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato (CCIAA), in virtù di una scelta «riconducibile alla natura ed alle funzioni proprie delle camere di commercio, tradizionalmente concepite quali enti rappresentativi delle imprese operanti sul territorio»¹⁶, ma certo non aventi una vocazione esclusivamente localistica, spettando altresì alle stesse molteplici e variegati compiti¹⁷.

¹³ Per riferimenti, *ex plurimis*, A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Dig., disc. priv.*, V, Torino, 1989, 149; M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato: fra codice civile e nuove leggi civili*, Torino, 2004; U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in U. SCARPELLI-P. DE LUCIA, (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 311; con riguardo a detta questione in relazione alle definizioni del codice della crisi, M. FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, 162, che convincentemente dubita del fatto che costituiscano un «aiuto esplicativo».

¹⁴ M. FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, *Foro it.*, cit.

¹⁵ Su tali organismi, G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta, Fallimento*, 2019, 1429; F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, Il Civilista*, 2019, 109; M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit.; SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure d'allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in S. SANZO-D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 57.

¹⁶ G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit.

¹⁷ Compiutamente sintetizzati nella sentenza della Corte costituzionale nella sentenza 13 aprile 2017, n. 86, secondo cui «l'attribuzione dei compiti alle camere di commercio, tenuto conto della loro natura e dell'ampia e composita gamma di funzioni loro conferite, non è (e non è mai stata) imprescindibilmente correlata alla necessaria dimensione localistica dell'interesse» e alle stesse sono attribuite anche «funzioni di interesse generale»; la camera di commercio è un «ente pubblico» che entra a pieno titolo, formandone parte costitutiva, nel sistema dei poteri locali secondo lo schema dell'art. 118 della Costituzione, diventando anche potenziale destinatario di deleghe dello Stato e della Regione» e non è qualificabile come «ente locale».

La competenza territoriale è stata stabilita con riguardo alla sede legale dell'impresa, in riferimento alla CCIAA presso cui opera l'OCRI (art. 16, comma 2). Non è quindi applicabile la regola di competenza per territorio stabilita per le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, fissata avendo riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali (art. 27, comma 1)¹⁸.

Organi dell'OCRI sono: il referente, nella persona del segretario della Camera di Commercio o di un suo delegato, l'ufficio del referente ed il collegio degli esperti.

Il referente è l'organo propulsivo della procedura a cui spetta dare avvio alla nomina del collegio degli esperti, vigilando sul rispetto dei termini e, come si dirà nell'esame della disciplina delle procedure, sull'adempimento dei compiti da parte dei componenti di detto collegio (art. 17, comma 5), svolgendo un'ulteriore serie di compiti¹⁹, di seguito indicati.

Nell'espletamento dell'attività il referente si avvale dell'ufficio messo a disposizione dell'OCRI dalla Camera di Commercio, potendo detto ufficio essere costituito anche in forma associata fra più Camere di Commercio (art. 16, comma 3).

Il collegio degli esperti è costituito dal referente ogni qualvolta gli pervenga la segnalazione da parte degli organi di controllo o dai creditori qualificati, oltre che nel caso di richiesta del debitore di assistenza nella composizione della crisi. I membri del collegio devono essere iscritti

¹⁸ M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi assistita della crisi nel D. Lgs n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall.*, 2019, 421, osserva che la regola di competenza è stata «giustificata nella Relazione come “più agevole per l'imprenditore”, pur nella consapevolezza della distonia della “eventuale diversa localizzazione del centro principale degli interessi del debitore (COMI), volendosi in tal modo escludere, in una fase in cui deve essere perseguita la tempestività dell'intervento, ogni dilazione dovuta all'eventuale incertezza», giustificazione che ritiene non convincente in considerazione degli inconvenienti che la stessa determina. Osserva G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit., che alle procedure di allerta e composizione della crisi è inapplicabile la regola, dettata per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, della irrilevanza, ai fini della competenza, del trasferimento del centro degli interessi principali intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda.

¹⁹ Il referente provvede a curare l'inserimento del nominativo del debitore nell'elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure di allerta di cui all'art. 15, comma 6, curandone il costante aggiornamento, ed a trasmettere i dati per l'osservatorio permanente sull'efficienza delle misure di allerta e delle procedure di composizione assistita della crisi (art. 353).

all'apposito Albo istituito ai sensi dell'art. 356 per la gestione della crisi e vengono nominati ciascuno rispettivamente dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente, dal presidente della camera di commercio o da un suo delegato (diverso dal referente) e (nella versione dell'art. 17, comma 1, modificato secondo lo schema del decreto correttivo) dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, scegliendo tra tre nominativi indicati dal medesimo debitore al referente.

Per l'attività espletata nel corso delle procedure di allerta e di composizione della crisi spetta all'OCRI un compenso, disciplinato dall'art. 23 del codice, che rinvia all'art. 351. Gli importi spettanti all'OCRI per i costi amministrativi e i compensi dei componenti del collegio sono concordati con il debitore; in difetto, sono liquidati dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale di cui all'articolo 17, comma 1, lett. a), o da un suo delegato, tenuto conto dell'impegno in concreto richiesto e degli esiti del procedimento, sulla base dei parametri fissati nell'art. 351²⁰. Il credito relativo al compenso è prededucibile, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lettera a), nella procedura concorsuale eventualmente aperta in caso di esito negativo di quella di allerta e/o composizione della crisi.

3. - Presupposto soggettivo degli strumenti di allerta.

L'intento di disciplinare in modo tendenzialmente unitario la crisi nella quale può versare qualsiasi debitore (sia esso o meno un imprenditore) ha nondimeno imposto di tenere conto dei caratteri e delle esigenze propri della sola attività d'impresa, che ne impongono una distinta considerazione e che, per quanto sopra accennato, sono evidenti nelle procedure in

²⁰ L'art. 351 stabilisce che: «a) in caso di mancata comparizione del debitore, il compenso minimo del curatore ridotto al cinquanta per cento, di cui la metà all'ufficio del referente e la restante metà suddivisa tra i componenti del collegio; b) per la sola audizione del debitore, il compenso minimo del curatore, di cui un terzo all'ufficio del referente e due terzi da suddividere tra i componenti del collegio; c) per il procedimento di composizione assistita della crisi, i compensi e i rimborsi delle spese previsti dal decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014, n. 202, articoli 14, 15 e 16, in quanto compatibili, avuto riguardo all'attivo e al passivo del debitore risultanti dai dati acquisiti dall'organismo».

esame. Gli strumenti di allerta (e la relativa procedura) sono dunque applicabili esclusivamente agli imprenditori.

La legge-delega, all'art. 4 (dedicato alla fissazione dei principi e criteri direttivi in ordine alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi), ha attribuito al legislatore delegato il compito di «individuare i casi in cui le procedure di cui al presente articolo non trovano applicazione, in particolare prevedendo che non si applichino alle società quotate in borsa o in altro mercato regolamentato e alle grandi imprese come definite dalla normativa dell'Unione europea» (comma 1, lettera a).

La lettera della disposizione non fa espresso riferimento al solo imprenditore, risultando tuttavia detta limitazione desumibile dai principi e criteri direttivi stabiliti nelle ulteriori lettere della stessa, in coerenza con la finalità cui la procedura è preordinata.

Il codice ha stabilito che gli strumenti di allerta e la relativa procedura si applicano:

- «ai debitori che svolgono attività imprenditoriale» (art. 12, comma 4);
- «alle imprese agricole e alle imprese minori, compatibilmente con la loro struttura organizzativa, ferma la competenza dell'OCC per la gestione della fase successiva alla segnalazione dei soggetti», che a questa sono obbligati, «ovvero alla istanza del debitore di composizione assistita della crisi» (art. 12, comma 7);
- alle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa ordinaria (art. 12, comma 8), in quanto non riconducibili a quelle di seguito esaminate (alle quali non sono applicabili ai sensi dell'art. 12, commi 4 e 5), che sono però soggette a procedura di allerta e di composizione della crisi 'speciali', siccome integrate ai sensi dell'art. 316, comma 1, lettere a) e b).

La tendenziale ampiezza della prima di dette previsioni è notevolmente limitata dall'espressa previsione dell'inapplicabilità:

- alle grandi imprese; ai gruppi di imprese di rilevante dimensione; alle società con azioni quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione autorizzati dalla CONSOB, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento di detta Com-

missione concernente la disciplina degli emittenti (art. 12, comma 4, nel testo risultante dallo schema di decreto correttivo ²¹);

– ai soggetti contemplati nel lungo elenco contenuto nell’art. 12, comma 5, che, in buona sostanza, comprende banche, imprese di intermediazione finanziaria, istituti di moneta elettronica e di pagamento, sim, fondi comuni di investimento, imprese di assicurazione e riassicurazione, nonché fondazioni bancarie, Cassa depositi e prestiti, fondi pensione, società fiduciarie e di revisione, che sono assoggettati da leggi speciali, in via esclusiva, alla liquidazione coatta amministrativa ²².

Allo scopo di rafforzare anche in relazione a dette imprese l’onere di tempestività dell’iniziativa di avviare una delle procedure previste dal codice è stato stabilito che, nonostante l’inapplicabilità alle stesse degli strumenti di allerta, le stesse sono nondimeno ammesse a godere delle misure premiali dell’art. 25, sempre che ricorrano le condizioni di tempestività dell’art. 24, in riferimento alla proposizione di una domanda di accesso alle procedure ad esse applicabili, presentata al fine di prevenire l’aggravarsi della crisi (art. 12, comma 6).

L’inapplicabilità degli strumenti di allerta e della relativa procedura deve ritenersi estesa anche alla procedura di composizione della crisi dinanzi all’OCRI, tenuto conto della correlazione esistente tra questa e la procedura di allerta, benché tra le stesse, come si dirà, non sussiste una relazione di necessitata gradualità progressiva ²³.

Ritornando agli imprenditori cui si applicano gli strumenti di allerta e la relativa procedura, la distinzione tra le prime due categorie sopra indicate rileva essenzialmente in quanto per le imprese agricole e le imprese minori – non soggette a liquidazione giudiziale, ma a liquidazione controllata

²¹ La correzione è consistita nell’esclusione, al fine di evitare incertezze interpretative, «dall’assoggettamento alle misure di allerta anche delle società quotate in sistemi multilaterali di negoziazione, soggetti ad autorizzazione della CONSOB ai sensi degli artt. 62, comma 2, d. lgs. n. 58 del 1998 (TUF) e 31, comma 1, del Regolamento CONSOB n. 20249 del 2017, considerato che tali società, pur non rientrando formalmente nella definizione di “società quotate in un mercato regolamentato”, sono, al pari di queste, soggette ad obblighi di trasparenza e di comunicazione scarsamente compatibili con una gestione -pur riservata- della segnalazione e della convocazione dinanzi all’OCRI» (così la Relazione al decreto correttivo).

²² P. VELLA, *L’epocale introduzione degli strumenti di allerta*, cit.

²³ M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi*, cit., che definisce «problematico» il dettato dell’art. 12, comma 6.

(integrando lo stato di crisi o insolvenza che le concerne uno stato di «sovraindebitamento», ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c) – la procedura si svolge dinanzi all'OCC. La scelta è spiegabile con l'intento di non disperdere esperienze acquisite dagli organismi che già si occupavano del sovraindebitamento (ai sensi della l. n. 3 del 2012) e di evitare il rischio di gravare oltremodo l'OCRI²⁴.

Non brilla, infine, per chiarezza la prescrizione di applicabilità degli strumenti di allerta alle imprese minori ed alle imprese agricole «compatibilmente con la loro struttura organizzativa» (art. 12, comma 7). Tale avverbio (come il corrispondente aggettivo) non dovrebbe essere mai utilizzato in base ad una corretta tecnica, come purtroppo non accade, con il risultato di determinare più problemi interpretativi di quelli che si vorrebbero risolvere. In ogni caso, sembra certo che la previsione rende applicabili gli strumenti di allerta anche all'imprenditore individuale, qualora l'impresa, per dimensione e consistenza, assuma un rilievo che deponga per la loro operatività²⁵, come di seguito si precisa.

4. - Strumenti di allerta ed obblighi organizzativi e di segnalazione.

Gli strumenti di allerta, secondo la previsione dell'art. 12, comma 1, si compongono di due tipologie di obblighi: gli obblighi organizzativi (a carico dell'imprenditore)²⁶ e gli obblighi di segnalazione (a carico di soggetti qualificati), entrambi finalizzati «alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione», che possono essere anzitutto ripartiti in:
x) obblighi *interni* all'impresa, i quali, a loro volta, vanno distinti in:

²⁴ P. VELLA, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta*, cit.

²⁵ M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi*, cit: G. BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - le misure d'allerta*, *Giur. it.*, 1019, 1943, ritiene che l'applicabilità dovrebbe riguardare anche «le imprese agricole, le imprese minori (sia pure, stabilisce il 7° comma dell'art. 12, compatibilmente con la loro struttura organizzativa ovvero, parrebbe, in assenza dell'obbligo di nomina dell'organo di controllo)».

²⁶ P. VELLA, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta*, cit., secondo cui «più che di obblighi dovrebbe parlarsi di oneri», in quanto il loro adempimento consente agli organi societari di fruire dell'esonero da responsabilità, ai sensi del comma 3, ed esclude per Agenzia delle entrate e Inps, l'inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti di cui sono titolari, e per l'agente della riscossione l'inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione altrimenti conseguenti alla mancata segnalazione».

– «obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile» (art. 12, comma 1),

– «obblighi di segnalazione» posti a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione (art. 14, comma 1), nonché delle banche, degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 TUB, in relazione alle notizie che devono inoltrare a detti organi (art. 14, comma 4);

x.1) obblighi di segnalazione *esterni* all'impresa, posti a carico di creditori pubblici qualificati (art. 15).

Prima di esaminare in dettaglio il contenuto di detti obblighi, per esigenze di chiarezza, è opportuno ricordare, in primo luogo, che quelli di segnalazione vengono meno qualora i destinatari degli stessi abbiano notizia della pendenza di una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 12, comma 9).

In secondo luogo, che gli obblighi *sub x)* si articolano diversamente e, in particolare:

– l'imprenditore individuale e l'organo amministrativo delle società hanno il dovere di realizzare un assetto organizzativo dell'impresa adeguato ad assicurare la rilevazione della crisi; quando questa emerge, devono poi assumere tempestivamente le iniziative per avviare la procedura di composizione;

– l'obbligo di segnalazione a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione si colloca a valle dei doveri complessivamente loro imposti dall'art. 14, comma 1, che li onerano: anzitutto, della verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo; quindi della verifica della sussistenza dell'equilibrio economico finanziario e del prevedibile andamento della gestione; infine, della segnalazione dell'esistenza di fondati indizi della crisi, che devono inoltrare prima all'organo amministrativo e poi – eventualmente e nei casi stabiliti da detta disposizione – all'OCRI.

a) Obblighi a carico dell'imprenditore e dell'organo amministrativo delle società.

Il codice enuncia, tra i principi generali, nell'art. 3, il dovere dell'imprenditore individuale di adottare le misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi (comma 1), che assume specificità e concretezza per l'im-

prenditore collettivo, in considerazione del dovere, impostogli dal novellato art. 2086 c.c. (richiamato dal comma 2) di istituire «un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa».

Con riguardo all'imprenditore collettivo, l'obbligo di istituire un assetto organizzativo amministrativo adeguato era già desumibile dal dovere di diligenza professionale richiesto agli amministratori delle società di capitali²⁷, ma è diventato più specifico in virtù della concezione che la crisi costituisce un evento che rientra nella fisiologia della vita dell'impresa e, come tale, esige che l'imprenditore si organizzi in modo da prevederla, ponendo peraltro non semplici questioni in ordine al criterio generale che deve ispirare l'azione degli amministratori con riguardo all'interesse dei soci, dei creditori ed a tutti gli interessi coinvolti dall'attività dell'impresa²⁸.

Anche a seguito delle modifiche introdotte al codice civile²⁹ – in particolare, del richiamato art. 2086, comma 2, c.c. –, gli amministratori della società devono assicurare un assetto organizzativo congruo rispetto alla natura ed alle dimensioni della stessa, nel rispetto del principio di adeguatezza, il quale comporta che l'organizzazione, in funzione della tempestiva rilevazione della crisi, deve evolvere a seconda delle dimensioni

²⁷ Su tale dovere, anteriormente al codice della crisi e per l'approfondimento dei profili di novità introdotti dalla riforma, P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv.soc.*, 2019, 274.

²⁸ In ordine a dette questioni, esaminate alla luce del codice, P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta*, cit.

²⁹ Il riferimento è alle norme del codice civile modificate dall'art. 377 del codice della crisi e, in particolare: per la s.p.a., all'art. 2380-bis, primo comma, c.c., secondo cui «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»; per la s.r.l., all'art. 2475, primo comma, c.c., in virtù del quale «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479».

dell'impresa e deve rispondere a precisi requisiti desumibili dal complessivo quadro normativo di riferimento ³⁰.

Occorre, quindi, che l'organo amministrativo, nell'osservanza dell'espressa prescrizione del codice, «valuti costantemente, assumendo le conseguenti iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato» (art. 14, comma 1). Decisioni ed interventi in ordine a tale profilo, tenuto conto del contenuto e della finalità del relativo dovere, nel caso di organo amministrativo pluripersonale dovrebbero ritenersi coperti dalla riserva di collegialità.

L'imprenditore individuale è gravato dall'art. 3, comma 1, dell'obbligo di «adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte», doveri che «sembrano giustapporsi al più strutturato assetto organizzativo adeguato e alle idonee iniziative dell'imprenditore collettivo. In realtà si tratta pur sempre di elementi dell'organizzazione imprenditoriale, che qualificano in quanto tali ogni tipologia di impresa» ³¹, rispondendo «il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi [...] ad un'esigenza di carattere più generale, insita, a ben vedere, nella natura stessa dell'attività imprenditoriale in qualunque forma espletata» ³². L'obbligo di realizzare un adeguato

³⁰ Secondo R. RANALLI, *Le tecniche per gestire in anticipo la crisi*, in *Quest. giust.*, 2019, 252, l'assetto organizzativo è «adeguato se risponde ai seguenti cinque specifici obblighi previsti dal quadro normativo di riferimento: - la stima in continuo del prevedibile andamento aziendale, quale emerge dal comma 1 dell'art. 14, in quanto funzionale alle restanti valutazioni; - la valutazione della sostenibilità del debito in via prospettica, che come tale può essere assicurata solo da una valutazione di capacità dei futuri flussi liberi al servizio del debito di sostenere quest'ultimo, tenendo conto del momento in cui deve essere pagato (art. 2, lett. a e art. 13, comma 1); - la valutazione, anch'essa in continuo, dell'equilibrio economico finanziario espressamente richiesta dallo stesso art. 14, comma 1; - la valutazione in continuo della continuità aziendale nell'esercizio in corso e, comunque, con un orizzonte temporale minimo di sei mesi (art. 13, comma 1); - il monitoraggio in continuo della situazione debitoria al fine di escludere la presenza di «ritardi nei pagamenti reiterati e significativi» (art. 13, comma 1).

³¹ S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 952.

³² R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929, secondo cui «proprio perché il legislatore è intervenuto su una norma del codice civile riguardante l'impresa in generale, può sorprendere che nel testo del secondo comma dell'art. 2086 il dovere di adeguatezza degli assetti sia stato enunciato solo con riferimento all'imprenditore operante in forma societaria o collettiva, laddove è evidente che anche l'imprenditore individuale non può prescindere dal farsi carico di questo aspetto (ed infatti, come già notato, l'art. 3 del codice della crisi non manca

assetto organizzativo in funzione della rilevazione della crisi si impone dunque anche all'imprenditore individuale, benché un sano realismo abbia indotto a chiedersi, non ingiustificatamente, «come faranno gli imprenditori di piccole dimensioni, che non sono dotati neppure di un sistema contabile economico-patrimoniale (avendo, magari, contabilità di tipo semplificato) a estrapolare informazioni adeguate a suggerire all'imprenditore che si sta indirizzando verso una crisi da dover attenzionare con gli strumenti introdotti dal C.C.I.?»³³.

In definitiva, l'organizzazione d'impresa, di regola espressione della libertà imprenditoriale, deve avvenire - sia in quella individuale sia in quella collettiva - nell'osservanza di doveri preordinati a tutelare degli interessi interni ed esterni all'impresa, atteggiandosi gli stessi quali oneri per l'accesso alle misure premiali previste in caso di tempestiva attivazione³⁴.

La questione che si pone è se sugli amministratori (e, sull'imprenditore individuale), in aggiunta ai doveri dianzi esaminati, gravi anche l'obbligo, in assenza delle segnalazioni di cui agli artt. 14 e 15, di affrontare sempre, ed anzitutto, la situazione di crisi mediante l'OCRI, avvalendosi quindi delle procedure di allerta e di composizione. Sembra convincente la tesi negativa, in quanto dal codice, come ulteriormente si precisa di seguito, non sembra desumibile l'obbligo di fare ricorso a tali procedure, la cui attivazione non condiziona il riconoscimento delle misure premiali, così da farne escludere l'obbligatorietà³⁵.

b) Obblighi di segnalazione degli organi di controllo societari.

Sono stati sopra già sintetizzati gli obblighi che gravano sull'organo di

di occuparsi, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi, anche dei doveri gravanti sull'imprenditore individuale)».

³³ E. CECCHERINI, *L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi: riflessioni sul riformato art. 2086 c.c.*, in *Il fallimentarista.it*.

³⁴ M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit.

³⁵ V. CALANDRA BONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, *Giur. comm.*, 2020, 5, il quale convincentemente sottolinea che «ai fini del riconoscimento delle misure premiali di cui all'art. 25 del Codice, sono equiparati sia l'aver seguito in buona fede le indicazioni dell'OCRI, sia l'aver proposto tempestivamente, secondo quanto prescrive l'art. 24, domanda di accesso ad una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza previste dal Codice che non sia stata dichiarata inammissibile. L'equiparazione ai fini dell'accesso alle misure premiali dimostra, infatti, che la positiva valutazione del comportamento degli amministratori non passa necessariamente per il ricorso al procedimento di composizione assistita».

controllo ed è stato evidenziato che quello di segnalazione procede da una preliminare interlocuzione interna con l'organo amministrativo, per giungere, nei casi nei quali questa abbia esito negativo, al dovere di segnalare la crisi all'OCRI.

Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno anzitutto l'obbligo di verificare³⁶ che l'organo amministrativo valuti, costantemente, l'adeguatezza dell'assetto a permettere la rilevazione della crisi, ponendo in essere gli interventi eventualmente necessari a questo scopo³⁷.

Essi sono altresì tenuti ad accertare se sussiste l'equilibrio economico finanziario e qual è il prevedibile andamento della gestione.

Infine, sono tenuti a segnalare l'esistenza di fondati indizi della crisi, mediante una verifica che non è limitata al riscontro delle violazioni degli indici di cui all'art. 13, comma 2, ma deve estendersi ad ogni situazione che assuma rilevanza ai sensi del comma 1 di questa disposizione³⁸.

Detti organi sono dunque onerati di un dovere di segnalazione caratterizzato da una gradualità crescente, che procede cioè da una verifica che si svolge prima all'interno della società; soltanto qualora la stessa risulti infruttuosa prosegue verso l'esterno e determina il coinvolgimento dell'OCRI.

Il codice stabilisce, infatti, che l'organo di controllo, qualora riscontri l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo o rilevi l'esistenza di indizi della crisi – sulla scorta degli indici che di seguito si esaminano, delle comunicazioni ricevute in ordine a variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti bancari³⁹, e dei flussi informativi che occorra istituire nei con-

³⁶ Nel senso che l'organo di controllo non deve limitarsi a vigilare (direttamente) sul rispetto dei parametri di adeguatezza e di equilibrio, ma è chiamato a "verificare" che gli amministratori "valutino" costantemente la presenza della continuità aziendale e monitorino aspetti che il decreto ha ritenuto fondamentali per la prevenzione delle crisi di impresa, BUTA, *Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo e del revisore nell'allerta sulla crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1177.

³⁷ Nel senso della riconducibilità di tale obbligo tra i compiti già previsti dal codice civile sia per il collegio sindacale, sia per il revisore, P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta*, cit.

³⁸ R. RANALLI, *Le tecniche per gestire in anticipo la crisi*, cit.

³⁹ L'art. 14, comma 4, dispone: «Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se

fronti dell'organo amministrativo ⁴⁰ – deve provvedere ad effettuare la relativa segnalazione all'organo amministrativo.

L'obbligo di segnalazione «compete all'organo e non ai singoli componenti dello stesso; dunque, nel caso in cui il singolo componente sia dissenziente rispetto alla decisione di non formulare la segnalazione, avrà l'obbligo di far constatare il proprio dissenso risultando solo allora esente da responsabilità a questo riguardo ⁴¹.

La segnalazione deve essere fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione; deve essere motivata, anche mediante l'indicazione delle misure ritenute necessarie; deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese.

Lo schema di decreto correttivo, mediante un intervento sull'art. 14, comma 2, ha, inoltre, previsto un obbligo di informazione tra organi di controllo, revisore e società di revisione, disponendo che gli organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l'organo di controllo della segnalazione.

A seguito della segnalazione *interna* si apre un'interlocuzione tra organo di controllo ed organo amministrativo che può avere esito positivo, qualora quest'ultimo fornisca risposte soddisfacenti, ovvero indichi le misure da realizzare per scongiurare la crisi. In detta ipotesi l'organo di controllo non procede ulteriormente e la verifica resta confinata all'interno dell'impresa, connotando gli strumenti che l'attivano come di «pre-allerta», piuttosto che di «allerta» ⁴².

Diversamente invece, qualora l'organo amministrativo non dia risposte, ovvero offra risposte giudicate inadeguate dall'organo di controllo, oppure

esistenti»; al riguardo, G. FALCONE, *Obblighi e responsabilità della banca e dell'intermediario finanziario nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Dir. Banca*, 2019, 2, 43.

⁴⁰ Flussi informativi che si articolano, secondo R. RANALLI, *Le tecniche per gestire in anticipo la crisi*, cit., in “periodici” e “ad evento”, analiticamente indicati dall'A.

⁴¹ G. BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.

⁴² R. RANALLI, *Le tecniche per gestire in anticipo la crisi*, cit.

nei successivi sessanta giorni non adotti le misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, l'organo di controllo deve informare «senza indugio l'OCRI» (art. 14, comma 2). Allo scopo di porre l'OCRI in condizione di determinarsi sulle iniziative da adottare, con la segnalazione andranno fornite le informazioni necessarie concernenti il contenuto e l'esito della fase di interlocuzione interna. Inoltre, come stabilito dalla disposizione da ultimo richiamata, deve essere offerto ogni elemento utile per le relative determinazioni, in deroga del segreto d'ufficio previsto dall'art. 2407 c.c. e dall'articolo 9-bis, commi 1 e 2, d.lgs. n. 39 del 2010, segreto che risulta altrimenti garantito dalla riservatezza che permea la procedura di composizione della crisi e l'attività dell'OCRI.

L'osservanza di detti obblighi è stata rafforzata, sul piano interno, prevedendo che la segnalazione non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico (art. 14, comma 3) – nemmeno, deve ritenersi, in caso di archiviazione da parte dell'OCRI della segnalazione⁴³ –, risultando in tal modo ulteriormente garantita l'imparzialità dell'organo di controllo, messo al riparo da eventuali reazioni della società che possano incidere sulla continuità dell'incarico.

Sul piano esterno, l'osservanza dei doveri di controllo è stata rafforzata prevedendo che la tempestiva segnalazione 'interna' all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI.

c) Obbligo di segnalazione dei creditori pubblici qualificati.

L'ultimo obbligo di segnalazione che concorre a costituire gli strumenti di allerta può essere definito *esterno*, in quanto grava su soggetti estranei all'impresa; in particolare, sull'Agenzia delle Entrate, sull'Inps e sull'agente della riscossione.

⁴³ G. BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.

L'art. 15 stabilisce che i predetti, qualora l'indebitamento dell'imprenditore superi determinate soglie ⁴⁴:

x) in primo luogo, devono dare avviso al debitore, entro il termine stabilito dall'art. 15, comma 3, inoltrato all'indirizzo di posta elettronica certificata di cui siano in possesso, o, in mancanza, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria, che la sua esposizione debitoria ha superato le soglie stabilite dal comma 2, con l'avvertenza che, se entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso:

* non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito con le modalità previste dalla legge o se, per l'Agenzia delle entrate, non risulterà in regola con il pagamento rateale del debito previsto dall'articolo 3-*bis* d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 462,

* ovvero non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza,

«essi ne faranno segnalazione all'OCRI, anche per la segnalazione agli organi di controllo della società». Quest'ultimo inciso, in base alla lettera della disposizione, tenuto conto che, per altri creditori è chiaramente prevista invece una segnalazione agli organi di controllo della società (dall'art. 14, comma 4), indurrebbe a ritenere che la segnalazione a questi ultimi non debba (e, addirittura, non possa) essere effettuata, dovendo provvedervi l'OCRI. Sembra tuttavia preferibile ritenere, anche per consentire una tempestiva, eventualmente proficua, attivazione dell'organo di controllo, che la segnalazione vada fatta contestualmente all'imprenditore e, se collettivo, all'organo di controllo.

x.1) in secondo luogo, alla scadenza del termine di novanta giorni stabilito nell'avviso inoltrato al debitore, le ipotesi possibili sono le seguenti:

⁴⁴ Analiticamente stabilite nell'art. 15, comma 2, con distinto riferimento all'Agenzia delle entrate (alla lettera *a*); all'Inps (alla lettera *b*) ed all'agente della riscossione (alla lettera *c*). La lettera *a*) dovrebbe integralmente essere sostituita dal nuovo testo contenuto nello schema di decreto correttivo, cui si rinvia, che è stato così giustificato nella relativa Relazione: «considerato l'ammontare dell'imposta sul valore aggiunto, che, nella fascia più elevata, è pari al 22% (da cui peraltro deve essere dedotta l'IVA sugli acquisti), la soglia di rilevanza del 30% attualmente presa in considerazione dalla norma non potrebbe essere mai raggiunta nel trimestre a cui si riferisce la comunicazione della liquidazione periodica di cui all'articolo 21-bis del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. La diversa percentuale individuata rappresenta un valore mediano e tiene conto dell'esistenza di settori produttivi in cui l'IVA dovuta è inferiore al 22%».

* il debitore:

– dimostra che ha estinto il debito; lo ha regolarizzato per intero con le modalità previste dalla legge; è in regola con il pagamento rateale ⁴⁵; ha presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 15, comma 4);

– documenta di essere titolare di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni risultanti dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni, predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze (consultabile con modalità telematiche definite d'intesa con detto Ministero), per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato (art. 15, comma 5), in siffatti casi il creditore pubblico qualificato archiverà internamente la pratica e non deve effettuare nessuna segnalazione all'OCRI;

* il debitore non documenta l'esistenza delle situazioni dianzi descritte, ovvero decade dal beneficio della rateizzazione che aveva ottenuto: in detta ipotesi il creditore pubblico qualificato deve procedere «senza indugio» a segnalare l'esistenza dell'indicatore della crisi all'OCRI, da effettuare con modalità telematiche, definite d'intesa con Unioncamere e InfoCamere.

L'art. 15, comma 6, prevede, infine, che le Camere di commercio rendono disponibile, esclusivamente ai creditori pubblici qualificati, un elenco nazionale dei soggetti a cui sono applicabili le misure di allerta, da cui risultino anche le domande dagli stessi presentate per la composizione assistita della crisi o per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza. La previsione è preordinata ad evitare un'inutile pletora di pratiche burocratiche, posto che in dette ipotesi si rivelerebbe del tutto inutile e superflua una segnalazione, in pendenza di una procedura già avviata.

Gli obblighi di segnalazione che gravano sui creditori pubblici qualificati sono, infine, presidiati dalla previsione che, qualora gli stessi non provvedano alla segnalazione, tale omissione comporterà per l'Agenzia delle Entrate e per l'Inps la perdita del privilegio sui crediti e per l'agente della

⁴⁵ Previsto dall'articolo 3-*bis* d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 462.

riscossione l'inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione (art. 15, comma 1).

5. - Presupposto oggettivo delle procedure di allerta e di composizione della crisi; indicatori ed indici della crisi.

La difficoltà di definire lo stato di crisi è intuitiva; mentre lo stato di insolvenza è, di regola, rivelato da segnali sufficientemente univoci, assai meno univoci sono infatti quelli della situazione che lo precede ⁴⁶.

Non è semplice stabilire quando una situazione di difficoltà economico-finanziaria richieda di essere esternata ed esiga, per il suo superamento, un tempestivo intervento che, anche se non si svolge sul piano giudiziario, influisce comunque sulla gestione dell'attività d'impresa. Quest'ultima è caratterizzata da una normale alea; in essa è insito un ordinario, inevitabile, rischio che, non di rado, implica scelte difficili, anche in punto di economicità e sostenibilità di determinate iniziative. Non è stato quindi agevole individuare il punto di equilibrio in grado, da un canto, di permettere un tempestivo intervento, a garanzia della continuità aziendale e dell'equa tutela dei molteplici interessi in gioco; dall'altro, di evitare un controllo eccessivamente anticipato dell'attività di impresa, invasivo, suscettibile di introdurre elementi di pregiudizievole dirigismo e di costituire un pesante freno allo sviluppo economico.

Siffatta difficoltà è testimoniata, tra l'altro, dalla correzione che lo schema di decreto correttivo contiene, secondo la quale per stato di crisi si intende «lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate».

La nozione assume concretezza grazie (ed attraverso) gli «indicatori e indici della crisi» (secondo il contenuto della rubrica risultante dallo schema di decreto correttivo ⁴⁷) contenuti nell'art. 13 e ripartiti in: indicatori (definiti nel comma 1) ed indici (esplicitati nel comma 2).

⁴⁶ R. RANALLI, *Le tecniche per gestire in anticipo la crisi*, cit.

⁴⁷ La Relazione allo schema di decreto correttivo esplicita che la modifica della rubrica indicata nel testo (che dovrebbe sostituire quella originaria «Indicatori della crisi») è stata dettata dall'esigenza di «renderla coerente con il contenuto complessivo della disposizione.

Nel testo dell'art. 13, comma 1, risultante dal decreto correttivo «costituiscono indicatori della crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24»⁴⁸.

Gli squilibri costituenti indicatori della crisi devono dunque essere rilevati attraverso appositi indici in grado di permettere una diagnosi precoce in grado di evitare l'avvio di procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di individuare, con l'intervento e l'ausilio dell'OCRI, le soluzioni adeguate per la risoluzione dello stato di crisi, indici contemplati nell'art. 13 e che possono essere schematizzati come segue.

x) L'art. 13, comma 1, contempla quali «indici significativi» «quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi» (comma 1).

L'art. 13, infatti, non disciplina soltanto gli «indicatori» della crisi, e cioè gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziaria che rendono probabile l'insolvenza dell'impresa, ma anche gli «indici» di tale situazione di crisi, cioè gli elementi sintomatici che, nel dare evidenza del rapporto che sussiste tra due o più quantità, svelano tali squilibri e che devono essere elaborati dal Consiglio nazionale dei commercialisti e degli esperti contabili, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo 13».

⁴⁸ In quest'ultima versione del comma 1 dell'art. 14 è stata sostituita all'espressione «sostenibilità» dei debiti quella di «non sostenibilità» ed all'espressione «adeguatezza» quella di «inadeguatezza», allo scopo di recepire «le osservazioni critiche di numerosi commentatori ed esperti di discipline aziendalistiche che hanno fatto notare l'ambiguità di una definizione declinata alla forma affermativa, posto che l'obiettivo è quello di intercettare «l'inadeguatezza dei flussi prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate» (così l'art. 2, comma 1, lettera a) e dunque l'insostenibilità dell'indebitamento e la situazione di assenza di continuità aziendale», così la Relazione allo schema di decreto correttivo.

x.1) Sempre al comma 1 l'art. 13 definisce «indicatori di crisi» i ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, ritardi che assumono rilievo in tal senso quando «anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24», disposizione quest'ultima che li contempla per stabilire quando l'iniziativa del debitore per prevenire l'aggravarsi della crisi possa giudicarsi tempestiva, ai fini dell'applicazione delle misure premiali (comma 1). La congiunzione «anche» induce a ritenere che ritardi nei pagamenti diversi da quelli disciplinati dall'art. 24 possono egualmente essere considerati rilevanti ai fini della rilevazione della crisi. La loro idoneità a rappresentare un fondato indizio della crisi non può infatti essere ricondotta esclusivamente a parametri standardizzati o precostituiti (rilevanti eminentemente ai fini delle misure premiali) e può essere tale in tutti i casi nei quali la diligenza e la sensibilità professionale degli amministratori o dell'organo di controllo permetta di apprezzarli quali segnali rivelatori di un'incipiente crisi ⁴⁹.

x.2) Nel comma 2 dell'art. 13 gli indici del comma 1 assumono poi concretezza attraverso l'elaborazione che degli stessi è fatta, con cadenza almeno triennale, dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, con specifica e distinta considerazione di alcune imprese ⁵⁰, e sono approvati con decreto del Ministero dello sviluppo economico (comma 2) ⁵¹;

x.3) Infine, l'art. 13, comma 3, nella versione che dovrebbe risultare dal decreto correttivo, dispone che l'impresa che non ritenga adeguati gli indici del comma 2 può provvedere ad elaborare di propri, specificando le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio, alla quale deve altresì essere l'attestazione rilasciata da un professionista indipendente ⁵² in

⁴⁹ A. GIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fall.*, 2019, 409.

⁵⁰ In particolare: delle *start-up* innovative di cui al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221; delle PMI innovative di cui al d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, conv., con modif., dalla l. 24 marzo 2015, n. 33; delle società in liquidazione; delle imprese costituite da meno di due anni.

⁵¹ Su tali indici, R. TISCINI, *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed "indici di allerta" tra Legge Fallimentare e nuovo CCH*, in *Ifallimentarista.it*; Paolone-Tiscini, *Le misure di allerta per la previsione della crisi e dell'insolvenza aziendale. Spunti di riflessione per la prima fase di applicazione*, *Giustiziacivile.com*, anche per ulteriori richiami.

⁵² «La definizione di "professionista indipendente" adottata dall'art. 13 va ricondotta a quella prevista e descritta alla lett. o) dell'art. 2 CCH, a sua volta largamente sovrapponibile a quella oggi contenuta nell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. Il professionista chiamato a valutare gli indici personalizzati proposti dal debitore dovrà, dunque, essere iscritto all'albo dei gestori

ordine alla adeguatezza di detti indici in rapporto alla specificità dell'impresa e che produce effetti per l'esercizio successivo⁵³. L'attestazione dovrebbe scongiurare l'utilizzo abusivo di questa possibilità attraverso l'adozione di indici manifestamente inidonei allo scopo⁵⁴.

Tale articolata previsione, induce a ritenere che gli indici *sub x)*, *x.1)* ed *x.2)* costituiscono una griglia minimale (peraltro, quelli del primo gruppo sono anche sufficientemente generici) e rivestono «il valore di presunzione assoluta (salvo il caso di contestazione della significatività degli indici) dell'esistenza di fondati indizi di uno stato di crisi»⁵⁵, da osservare al fine di stabilire, nel corso delle procedure del codice, il corretto adempimento degli obblighi di segnalazione da parte dell'organo amministrativo e di controllo. Tuttavia, questi ultimi hanno il dovere (nei termini dianzi approfonditi) di approntare, eventualmente, gli indici *sub x.3)*, qualora ciò sia imposto dalla specificità dell'impresa⁵⁶. La mancata elaborazione di detti specifici indici può determinare la responsabilità dell'organo amministrativo, dell'organo di controllo, ovvero anche dell'attestatore⁵⁷.

6. - Procedura di allerta.

Sia la procedura di allerta sia quella di composizione della crisi possono essere congiuntamente considerate, allo scopo di evidenziare che entrambe si svolgono dinanzi all'OCRI (ovvero, nei casi di seguito indicati

della crisi e insolvenza delle imprese, nonché al registro dei revisori legali, avere i requisiti di cui all'art. 2399 c.c. e non essere legato all'impresa o ad altri soggetti interessati all'operazione da rapporti di natura personale o professionale», A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, cit.

⁵³ La precisazione risultante dal decreto correttivo, che l'elaborazione degli indici produce i propri effetti non solo per l'esercizio successivo a quello cui si riferisce il bilancio al quale l'attestazione è allegata, ma «a decorrere dall'esercizio successivo», comporta che non occorre rinnovarla annualmente; una nuova attestazione sarà necessaria soltanto in presenza di un mutamento delle circostanze che la renda inadeguata allo scopo, Lamanna, *La corretta definizione di "crisi" e di "indici della crisi" secondo il primo Correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fallimentarista.it*.

⁵⁴ A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, cit.

⁵⁵ V. CALANDRA BONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, cit.

⁵⁶ Su tale questione e sulla congruità degli indici della crisi del codice, Bini, *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, *Società*, 2019, 430.

⁵⁷ G. BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, cit.

dinanzi all'OCC) e sono improntate ai principi della «celerità, riservatezza e confidenzialità oltre che dalla necessaria indipendenza dei soggetti designati come esperti»⁵⁸.

La riservatezza e confidenzialità - che, peraltro, potrebbe conoscere in futuro un'attenuazione⁵⁹ - sono coesenziali all'obiettivo di rafforzare l'emersione della crisi, ulteriormente presidiata dalla previsione che l'attivazione degli strumenti di allerta e della procedura di composizione assistita della crisi non può costituire di per sé causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi, pena la nullità di eventuali patti contrari (art. 12, comma 3).

Anche in considerazione della gradualità progressiva delle due procedure, è opportuno esaminare anzitutto la prima delle due, distinguendo le differenti fasi nelle quali si articola.

x) L'avvio della procedura e la verifica del presupposto soggettivo della procedura.

La procedura di allerta è avviata dal ricevimento da parte dell'OCRI di una delle segnalazioni dianzi accennate, pervenuta la quale il referente procede ad istituire il collegio che dovrà trattarla e definirla.

Il referente deve anzitutto verificare l'esistenza del presupposto soggettivo di accesso alla procedura di allerta innanzi all'OCRI, e cioè che la stessa

⁵⁸ G. BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.

⁵⁹ Il riferimento è alla Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, in quanto al par. 3 prevede che «gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione»; al par. 4 dispone che «gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione»; infine il par. 5 prevede che «gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore». Dunque, è stato osservato, «il legislatore nazionale dovrà sicuramente integrare le disposizioni contenute nel CCH, non solo per soddisfare la generale esigenza informativa fortemente espressa dalla direttiva, ma anche per includere tra i destinatari di informazioni sugli strumenti di allerta i rappresentanti dei lavoratori; ciò che costituisce una grande novità per il nostro ordinamento», P. VELLA, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta*, cit.; su tale direttiva, in relazione alla disciplina degli strumenti di allerta, v. anche S. BASTIANON, *Allerta precoce e ristrutturazione preventiva: Codice della crisi e Direttiva 2019/1023 a confronto*, in *Ifallimentarista.it*.

non concerna un'impresa minore o un'impresa agricola (ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera *d*). In tale ultima ipotesi, il referente provvede infatti a convocare il debitore dinanzi all'OCC competente per territorio indicato dal debitore o, in difetto, individuato sulla base di un criterio di rotazione, ai fini e dell'eventuale avvio del procedimento di composizione assistita della crisi.

Al referente spetta altresì il compito di valutare preliminarmente la sussistenza del presupposto soggettivo anche in relazione a tutte le altre categorie di imprenditori, verificando che non si tratti di imprenditori ai quali, ai sensi dell'art. 12, commi 4 e 5, non è applicabile la procedura di allerta e in tal caso provvederà ad archiviare la segnalazione ⁶⁰.

La previsione che la segnalazione deve essere trasmessa alla CCIAA nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa; qualora il referente rilevi l'incompetenza per territorio il referente provvede ad archiviare la segnalazione ⁶¹.

x.1) La designazione del collegio degli esperti.

Il referente, verificata l'inesistenza delle situazioni ostative sopra esaminate, deve procedere «senza indugio»:

– a dare comunicazione della segnalazione agli organi di controllo della società, al revisore contabile o alla società di revisione, se esistenti (evidentemente soltanto qualora la segnalazione non sia stata effettuata dagli stessi ⁶²) (art. 17, comma 1);

⁶⁰ Il provvedimento pone la questione del rimedio proponibile che, secondo G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit.; M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, cit., dovrebbe essere l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, in considerazione della natura di ente pubblico della camera di commercio; la conclusione non è tuttavia immune da dubbi, tenuto conto che non sembrano venire in questione interessi legittimi e la materia non sembra riconducibile a nessuna di quelle per cui è prevista la giurisdizione esclusiva di detto giudice.

⁶¹ G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit.; secondo M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, cit., in tal caso il referente dovrebbe disporre l'inoltro della segnalazione alla CCIAA competente per territorio con provvedimento non impugnabile.

⁶² Diversamente, G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit.; secondo M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, cit., la comunicazione potrebbe «comunque svolgere l'utile funzione di informare l'organo di controllo che il preventivo esame da parte del referente ha avuto esito positivo e che si procederà all'effettivo avvio del procedimento di allerta», funzione tuttavia del tutto inutile, tenuto conto della convocazione che deve essere poi disposta nella procedura.

– a nominare un collegio di tre esperti, scelti tra quelli iscritti nell'albo dell'art. 356⁶³, dei quali: uno è designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale individuato a norma dell'articolo 4 d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa, o da un suo delegato; uno è designato dal presidente della CCIAA o da un suo delegato, diverso dal referente; uno è designato (secondo la previsione risultante dallo schema di decreto correttivo) dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, scegliendo tra tre nominativi indicati dal medesimo debitore al referente⁶⁴ (art. 17, comma 1).

La richiesta di designazione, nell'osservanza del principio della riservatezza, non deve contenere riferimenti idonei all'identificazione del debitore, salvi quelli relativi all'indicazione del settore in cui questi opera ed alle dimensioni dell'impresa (desunte dal numero degli addetti e dall'ammontare annuo dei ricavi risultanti dal registro delle imprese), necessarie ai fini dell'individuazione e della nomina dell'esperto,

In applicazione del principio di celerità che impronta la procedura, le designazioni dei componenti devono pervenire all'OCRI entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta; in mancanza, il referente procede a designarli in via sostitutiva. Allo stesso modo, secondo l'art. 17, comma 2, nel testo risultante dallo schema di decreto correttivo, il referente provvede a designare il terzo esperto anche quando risulta impossibile individuare l'associazione rappresentativa del settore di riferimento.

Le designazioni degli esperti che compongono il collegio devono essere effettuate da tutti gli organi a queste preposti secondo criteri di traspa-

⁶³ L'art. 356 prevede e disciplina l'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza.

⁶⁴ La Relazione al decreto correttivo esplicita che tale modalità della nomina di uno degli esperti che compongono il collegio è stata prevista, emendando l'originaria disposizione, poiché «in questo modo appaiono rispettati tutti i criteri di delega ed è al tempo stesso garantita la riservatezza della fase poiché è il referente a trasmettere all'associazione la richiesta di nomina insieme ai tre nominativi proposti dal debitore, senza doverne rivelare il nome; inoltre, è salvaguardato il coinvolgimento del debitore, già previsto dall'art. 17, nella scelta dei componenti dell'OCRI, funzionale ad una migliore conoscenza delle specificità dell'impresa ed a fare in modo che l'organismo operi e sia anche correttamente percepito dal debitore come un ente "amico", il cui compito è quello di assisterlo e di agevolarlo nella gestione della sua situazione di crisi».

renza ed efficienza, tenuto conto in ogni caso della specificità dell'incarico (art. 17, comma 2).

Al referente spetta il compito di curare, anzitutto attraverso la nomina del componente del collegio a lui riservata, che nello stesso siano rappresentate le professionalità necessarie per la gestione della crisi sotto il profilo aziendalistico, contabile e legale. Nel caso in cui riscontri che i membri designati non garantiscono uno dei profili necessari tra i membri designati, il referente, con atto motivato provvede a sostituire quello designato dalla CCIAA non da lui nominato (dunque, la sostituzione non può concernere il componente designato dall'a.g. e quello appartenente all'associazione rappresentativa del debitore).

Nell'osservanza del principio di celerità, il referente, qualora non riceva entro tre giorni lavorativi dalla richiesta i nominativi da parte dell'a.g. o dell'associazione rappresentativa del debitore, procede direttamente alla designazione.

Gli esperti chiamati a fare parte del collegio entro il giorno successivo alla comunicazione della nomina devono rendere all'OCRI, a pena di decadenza, l'attestazione della propria indipendenza, con riferimento ai presupposti indicati dall'art. 2, comma 1, lettera o); devono quindi dichiarare di essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c. (che disciplina le cause di ineleggibilità e di decadenza dei componenti del collegio sindacale della s.p.a.) e di non essere legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa (art. 17, comma 5).

In caso di rinuncia o decadenza, il referente procede alla sostituzione dell'esperto.

L'art. 17, comma 5, nel testo risultante dallo schema di decreto correttivo, dispone che, qualora il referente riscontri l'inerzia o il mancato adempimento da parte di uno dei componenti del collegio degli esperti ai propri compiti, lo segnala tempestivamente ai soggetti che l'hanno designato, i

quali provvedono, nel termine di tre giorni lavorativi dalla richiesta, alla designazione di un nuovo esperto in sostituzione di quello inerte o inadempiente.

x.2) L'audizione del debitore ed i provvedimenti del collegio.

Avvenuta la costituzione del collegio, la procedura prosegue mediante la convocazione, a cura dell'OCRI, nel termine di quindici giorni dalla segnalazione: del debitore; degli eventuali organi di controllo interno (art. 17, comma 1).

L'audizione del debitore, che deve avvenire in via «riservata e confidenziale», per evitare ogni pregiudizio eventualmente prodotto dalla diffusione di una notizia (lo stato di crisi) in ipotesi non fondata, mira a verificare l'esistenza dello stato di crisi ed avviene dinanzi al collegio. Al collegio spetta designare il proprio presidente ed il relatore, che ha il compito di acquisire e riferire i dati e le informazioni rilevanti (art. 17, comma 2) e che, in tale fase, a questo scopo potrebbe anche interloquire con il debitore, ferma poi l'audizione dinanzi al collegio.

Il debitore può avvalersi di propri consulenti e farsi assistere da un avvocato, dovendo tuttavia escludersi l'obbligo del patrocinio legale. L'obbligo di detto patrocinio potrebbe essere sostenuta, in quanto l'art. 2, comma 2, stabilisce che «salvi i casi in cui non sia previsto altrimenti, nelle procedure disciplinate dal presente codice, il patrocinio del difensore è obbligatorio». Il riferimento a tutte le procedure disciplinate dal codice è tendenzialmente così ampio da comprendere anche quella di allerta (e quella di composizione della crisi) e da far quindi ipotizzare l'obbligo del patrocinio legale, in difetto di una deroga espressa. In contrario, deve tuttavia ritenersi che la natura non giurisdizionale della procedura sia da sola sufficiente ad escludere l'obbligo del patrocinio legale. Quest'ultimo concerne, infatti, esclusivamente le procedure giudiziarie (art. 82 c.p.c.). Nel caso in cui il debitore decida di avvalersi dell'assistenza di un difensore il credito di quest'ultimo, così come quello degli altri professionisti dei quali si sia avvalso non godono della prededucibilità, espressamente esclusa dall'art. 6, comma 3.

Sentito il debitore, tenuto conto degli elementi da questi forniti e delle informazioni assunte, il collegio può adottare le seguenti determinazioni:

x.2.1) provvede all'archiviazione della segnalazione, qualora rilevi il difetto delle condizioni di procedibilità (ad esempio, poiché la segnalazione non proviene da soggetti legittimati) o l'incompetenza della CCIAA adita⁶⁵; x.2.1) se ritiene insussistente lo stato di crisi, ovvero accerta che si tratta di imprenditore a cui non si applica la disciplina d'allerta, oppure qualora l'organo di controllo o, in mancanza, un professionista indipendente attestino l'esistenza di crediti di imposta o altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali siano trascorsi novanta giorni dalla messa in mora per importi che, portati in compensazione con i debiti, risultino inferiori alle soglie richieste per la segnalazione dei creditori qualificati – fermo in tale ultima ipotesi il potere di verificare la conformità dell'attestazione rispetto ai requisiti richiesti⁶⁶ -, dispone l'archiviazione della procedura.

L'attestazione ed i documenti alla stessa allegati, così come il provvedimento di archiviazione, sono utilizzabili esclusivamente nel procedimento dinanzi all'OCRI (art. 18, comma 3), e sono «senza effetti ad esempio in un'istruttoria aperta su domande di liquidazione giudiziale né tanto meno con valore di giudicato endoconcorsuale, o anche solo presunzione processuale o titolo per ottenere un decreto ingiuntivo (per i crediti verso le PP.AA., sulla differenza)»⁶⁷.

Il referente provvede a comunicare l'archiviazione al debitore ed ai soggetti che hanno effettuato la segnalazione.

È dubbia la possibilità di impugnare il provvedimento, che sembrerebbe da escludersi, in considerazione della finalità della procedura, della reiterabilità dell'istanza e della facoltà degli autori della segnalazione, che siano di contrario avviso, di proporre ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, apparendo difficile ipotizzare un interesse giuridico all'impugnazione⁶⁸.

⁶⁵ G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit.; M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, cit.;

⁶⁶ G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit.; M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, cit.;

⁶⁷ M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi*, cit.

⁶⁸ Tuttavia, secondo M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, cit., sia pure dubitativamente, ritiene che il decreto di archiviazione adottato dal collegio degli esperti, che rappresenta un'articolazione interna dell'OCRI costituito presso la CCIAA, sarebbe impugnabile innanzi al giudice amministrativo, benché evidenzii perplessità in or-

x.2.2) Può invece accadere che il collegio ritenga sussistente lo stato di crisi (art. 18, comma 4).

In detta ipotesi, il collegio individua con il debitore gli eventuali rimedi da assumere, emergendo in tal modo la finalità dell'intera procedura, di incentivare una collaborazione e la ricerca di misure che consentano di superare la crisi, che dovrebbe essere agevolata dalle professionalità presenti nel collegio degli esperti e dal confronto con l'imprenditore ed i suoi eventuali consulenti.

Il collegio concede quindi al debitore un termine (non individuato dalla legge, ma che deve essere ragionevole e va fissato tenendo conto della complessità della natura e dimensione dell'impresa e della gravità della crisi), entro il quale questi deve riferire sull'attuazione (rimessa esclusivamente al predetto) dei rimedi e delle misure suggerite.

A questo punto le alternative sono le seguenti:

- alla scadenza del termine il debitore riferisce sull'attuazione delle misure, il collegio ritiene adempite le indicazioni fornite e procede, quindi, all'archiviazione della segnalazione;
- alla scadenza del termine il debitore non ha assunto nessuna iniziativa: il collegio provvede ad informare il referente che, a sua volta, ne dà comunicazione agli autori delle segnalazioni (art. 18, comma 5), informandolo altresì dell'eventuale esistenza di uno stato di insolvenza (art. 22, comma 1);
- il debitore presenta istanza di composizione assistita della crisi; in tal caso il referente informa i soggetti tenuti alle segnalazioni che non vi abbiano provveduto, i quali da detta data non saranno tenuti ad effettuarle (art. 18, comma 6).

x.2.3) La procedura di allerta può, infine, essere definita, qualora pervenga al collegio notizia della pendenza di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, che ne comporta appunto la chiusura (art. 12, comma 9).

dine all'interesse all'impugnazione; nondimeno, la persuasività di tale riparto appare dubbia alla luce delle considerazioni svolte nella nota 60; cfr. anche G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit.

x.3) La segnalazione al P.M.

La procedura di allerta, come accennato, può avere un'interruzione traumatica nei seguenti casi:

- il debitore non compare per l'audizione fissata dal collegio degli esperti
- il debitore, dopo l'audizione non ha attuato le misure indicate dal collegio e non ha presentato istanza di composizione della crisi, ai sensi dell'art. 19, comma 1.

L'art. 22 stabilisce che in dette ipotesi, qualora il collegio non reputi sussistenti i presupposti dell'archiviazione, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore e, secondo una precisazione contenuta nel comma 1 quale risultante dallo schema di decreto correttivo, se non risulta che il debitore ha depositato domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, lo segnala con relazione motivata al referente, il quale ne dà notizia al P.M. presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 27⁶⁹. La previsione ha destato talune perplessità⁷⁰ ed ha costituito uno dei temi più dibattuti nel corso dei lavori preparatori della legge-delega, tenuto conto dell'iniziale convincimento che «il ricorso alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi non deve essere (e soprattutto non deve venir percepito come se fosse) un piano inclinato verso la liquidazione giudiziale dell'impresa»⁷¹ e della oscillazione del «pendolo della maggiore o minor quota di giurisdizionalità e coercitività dei procedimenti di

⁶⁹ La comunicazione deve essere inoltrata con atto redatto secondo la normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici (art. 22, comma 1).

⁷⁰ M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi*, cit. Secondo P. VELLA, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta*, cit., la previsione costituisce un «arretramento del principio di stragiudizialità (che, però, deriva direttamente dalla legge delega n. 155/2017)» e «rischia di vanificare l'intento perseguito dal legislatore laddove colloca, alla fine di un percorso dichiaratamente confidenziale e stragiudiziale, la figura non tanto del giudice (che peraltro mancherebbe del potere di iniziativa d'ufficio) quanto, addirittura, del pubblico ministero (di quel potere invece munito), così coinvolgendolo inevitabilmente anche in valutazioni di carattere penale».

⁷¹ Convincimento così esternato nella relazione di accompagnamento allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, come esitato dalla Commissione Rordorf.

allerta e con ciò di inclinazione, in caso di cattivo esito, verso la liquidazione giudiziale»⁷².

Il P.M., quando ritiene fondata la notizia di insolvenza, presenta tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, ai sensi dell'art. 38, comma 1. La comunicazione non determina, ovviamente, l'obbligo del P.M. di presentare detto ricorso, essendogli riservata una piena valutazione in ordine all'esistenza dei presupposti (soggettivo ed oggettivo) della liquidazione giudiziale, entro il termine dianzi indicato, la cui inosservanza non incide comunque sulla proponibilità del ricorso⁷³. Nondimeno, è difficile contestare che la segnalazione al P.M. instrada la procedura verso la liquidazione giudiziale, costituendo un forte deterrente rispetto ad un inadeguato impegno del debitore ed accelerando l'apertura di quest'ultima, a prescindere dalle iniziative degli altri legittimati (pur resi edotti della situazione di crisi)⁷⁴. Sarà quindi necessario che gli uffici del P.M. valutino con attenzione le segnalazioni, anche al fine di scongiurare il rischio che l'allerta possa «costituire un fattore di generazione della crisi e non uno strumento per porvi rimedio se l'OCRI non dispone l'archiviazione del caso»⁷⁵.

7. - Procedura di composizione della crisi.

La composizione della crisi costituisce oggetto di una procedura che segue, eventualmente, quella di allerta non definita con l'archiviazione, nei casi sopra esaminati, attraverso una sorta di gradualità progressiva, ma eventuale. La procedura di composizione, come si vedrà, non è infatti avviata soltanto dopo quella di allerta e, quindi, non costituisce una sorta di necessitato sviluppo di quest'ultima.

⁷² M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit., ove riferimenti alle indicate oscillazioni che hanno caratterizzato i lavori preparatori.

⁷³ *Contra*, ma non convincentemente, M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi*, cit., secondo cui, nel caso di inosservanza del termine, è tuttavia in facoltà del P.M. di presentare ricorso, quando gli elementi a fondamento dello stesso «siano stati acquisiti *aliunde*, ma pur sempre nella sua attività istituzionale, tornando in applicazione il regime generale dell'art. 38».

⁷⁴ M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit.

⁷⁵ F. CESARE, *I rischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, in *Il fallimentarista*.it.

x) L'avvio e lo svolgimento della procedura.

La procedura può essere avviata soltanto su istanza del debitore (quindi, è a base esclusivamente volontaria), che a tal fine, per le considerazioni svolte nell'esame della procedura di allerta, che conservano validità in relazione a quella di composizione della crisi, può (ma, per quanto detto in relazione alla procedura dell'allerta, non deve) avvalersi dell'assistenza di un avvocato e di altri professionisti, il cui credito per l'attività prestata non è prededucibile nelle procedure di regolazione della crisi e/o dell'insolvenza che, eventualmente, dovessero seguire a quella di composizione (art. 6, comma 3).

L'istanza può essere presentata: prima ed indipendentemente dall'inoltro di una segnalazione da parte dei soggetti sui quali grava il relativo obbligo; dopo che una segnalazione sia pervenuta all'OCRI, eventualmente dopo l'audizione disposta nella procedura di allerta, ovvero all'esito della stessa (art. 19, comma 1).

Presupposto della procedura è l'esistenza di uno stato di crisi ⁷⁶; sua finalità è quella di pervenire ad una soluzione concordata della stessa.

Pervenuta l'istanza, il referente procede alla costituzione del collegio, secondo le modalità dianzi descritte. Il collegio può essere anche quello che ha trattato la procedura, se sia stata svolta, secondo una soluzione ragionevolmente preferibile, tenuto conto che ha conosciuto ed approfondito gli elementi rilevanti ai fini della definizione di quella di composizione della crisi.

Il collegio fissa un termine non superiore a novanta giorni, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori novanta giorni (soltanto in caso di positivi riscontri delle trattative), per la ricerca di una soluzione concordata della crisi dell'impresa, incaricando il relatore di seguire le trattative.

Sentito il debitore, il collegio, nell'osservanza di detto termine, procede nel più breve tempo possibile ad acquisire da questi, o su sua richiesta a predisporre, anche mediante suddivisione dei compiti tra i suoi componenti sulla base delle diverse competenze e professionalità, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'im-

⁷⁶ A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir.fall.*, 2019, 283, criticamente in ordine a detta limitazione.

presa, nonché un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione. L'introduzione, risultante dallo schema di decreto correttivo nell'art. 19, comma 2, dell'inciso secondo cui «il collegio può acquisire dal debitore tutti i documenti ritenuti utili», sembra dunque un'esplicitazione pleonastica.

Espletata tale attività, le alternative sono le seguenti:

* il debitore dichiara che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo. In tal caso il collegio procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali, «se almeno uno dei suoi componenti è in possesso dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera o)» (precisazione quest'ultima contenuta nell'art. 19, comma 3, risultante dallo schema del decreto correttivo ⁷⁷).

* Il debitore raggiunge un accordo con i creditori (art. 19, comma 4). L'accordo ha natura stragiudiziale, deve essere redatto per iscritto, va depositato presso l'OCRI, non è ostensibile a soggetti diversi da quelli che l'hanno stipulato e produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento, con conseguente esclusione dalla revocatoria in caso di successiva liquidazione giudiziale ⁷⁸.

L'accordo resta quindi connotato dalla riservatezza, a meno che, su richiesta del creditore e con il consenso dei creditori, non sia iscritto nel Registro delle imprese.

x.1) Le misure protettive.

Nella procedura di composizione della crisi può innestarsi un procedi-

⁷⁷ Nella relativa Relazione è esplicitato che la previsione è stata in tal modo «allineata alle disposizioni in materia di accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, che impongono che l'attestazione di veridicità dei dati promani da un professionista che, oltre ad essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, sia iscritto anche nel registro dei revisori legali, sia in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non sia legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale, come, del resto, è già richiesto a tutti i componenti dell'OCRI dall'art. 17, comma 5 del Codice. Si è ritenuto sufficiente che anche uno solo dei componenti dell'organismo possieda tutti tali requisiti, considerato comunque che non si tratta di soggetti designati dal debitore, ma attraverso un meccanismo che ne assicura la competenza e terzietà».

⁷⁸ Bonfante, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.

mento giurisdizionale, nel caso in cui il debitore intenda avvalersi delle «misure protettive», definite dall'art. 2, comma 1, lettera p), del codice e consistenti nelle misure temporanee richieste dal predetto, allo scopo di evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito delle iniziative avviate per la composizione della crisi e, quindi strumentali a rafforzare il conseguimento delle finalità avute di mira con la relativa procedura.

L'art. 20, comma 1, stabilisce che dette misure possono essere chieste dal debitore, il quale abbia presentato istanza per la soluzione concordata della crisi, dopo l'audizione disposta nella procedura di allerta (ai sensi dell'art. 18, comma 1).

La lettera della disposizione potrebbe indurre a ritenere che l'istanza possa essere avanzata esclusivamente qualora sia stata avviata la procedura di allerta, che sia poi proseguita con la presentazione della domanda di composizione della crisi. Così invece non è. L'art. 12, comma 2, prevede infatti che il debitore «anche prima della [...] attivazione» della procedura di allerta «può accedere al procedimento di composizione assistita della crisi e, quindi, condizione necessaria per richiedere dette misure è esclusivamente la presentazione dell'istanza di composizione, anche quando avvenuta in mancanza dell'attivazione della procedura di allerta.

Le disposizioni non esplicitano il contenuto delle misure, che sono dunque atipiche e possono consistere in tutte quelle idonee a consentire che le trattative in corso nel procedimento di composizione vadano a buon fine. Tra queste, il blocco delle azioni esecutive, la sospensione delle prescrizioni e la non verifica delle scadenze (misure queste contemplate dall'art. 54, comma 2, cui può aversi riguardo, in considerazione del rinvio cui di seguito si fa cenno).

L'art. 20, comma 4, esplicita poi, quali misure che possono essere concesse, il differimento, da parte del giudice, di taluni obblighi previsti per le società dal codice civile in presenza determinate situazioni e la sterilizzazione dell'operatività della causa di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale ⁷⁹.

⁷⁹ In particolare, la disposizione stabilisce che: «il debitore può chiedere al giudice che siano disposti il differimento degli obblighi previsti dagli articoli 2446, secondo e terzo comma,

Diversamente da quanto previsto nel procedimento di accesso unitario alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, nel quale le misure protettive operano, in parte, in modo automatico, in quella di composizione assistita della crisi le stesse richiedono la formulazione di un'espressa istanza in tal senso da parte del debitore.

L'istanza, per la quale non opera la sospensione dei termini in periodo feriale (art. 9, comma 1), va presentata con il patrocinio obbligatorio di un difensore⁸⁰ (il cui credito non è assistito dalla prededuzione, art. 6, comma 3), alla «sezione specializzata in materia di imprese» di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 168 del 2003, individuata a norma dell'art. 4 di detto decreto legislativo, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa (art. 20, comma 1). La previsione non brilla per precisione, ma va interpretata nel senso della competenza del «tribunale delle imprese», con la conseguenza che detto tribunale può non coincidere con quello territorialmente competente alla trattazione delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza che dovessero seguire alla procedura di composizione della crisi⁸¹.

Il procedimento è disciplinato dall'art. 20, comma 2, mediante rinvio agli artt. 54-55 (contenuti nella Sezione II del Titolo III, dedicato al procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza), applicabili «in quanto compatibili».

La domanda, su istanza del debitore, può essere iscritta nel Registro delle imprese (art. 54, comma 4).

2447, 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma e 2482-*ter* del codice civile, e la non operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4), e 2545-duodecies del codice civile competente ai sensi del comma 1».

⁸⁰ Introducendo l'istanza un procedimento giurisdizionale.

⁸¹ *Contra*, C. VINZZA, *Codice della crisi dell'impresa e specializzazione del giudice concorsuale: un'occasione mancata*, *Questione giustizia*, 321, secondo il quale la circostanza che l'art. 20, comma 1, stabilisce che «le misure protettive [...] siano di competenza delle "sezioni specializzate d'impresa" e non dei tribunali sede di tali sezioni» comporterebbe soltanto che la domanda va attribuita alle sezione del tribunale cui sono affidati gli affari in materia d'impresa, identificato in base alla regola di competenza dell'art. 27, comma 2. La tesi non convince, poiché il riferimento contenuto nell'art. 20, comma 1, alla «sezione specializzata in materia di imprese», anziché al «tribunale sede di detta sezione» non genera equivoci, tenuto conto che il d.lgs. n. 168 del 2003 non ha istituito il «tribunale delle imprese», ma la sezione specializzata, mentre il richiamo degli artt. 1 e 4 di detto atto normativo concorre ad escludere ogni dubbio. D'altronde, identica formulazione è utilizzata dall'art. 27 del codice, sulla cui interpretazione non emergono incertezze.

Presentata la domanda, il presidente del tribunale o, se questo è ripartito in sezioni, il presidente della sezione designata per le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, designa un giudice per la trattazione e questi fissa un termine (che può essere fissato anche dal presidente, contestualmente a detta designazione) non superiore a trenta giorni, ovvero non superiore a quarantacinque giorni (occorrendo in detta ipotesi motivare nel provvedimento di fissazione le ragioni della dilazione) per l'audizione del debitore.

Il tribunale, in composizione monocratica secondo il testo risultante dallo schema di decreto correttivo ⁸², provvede mediante un'istruttoria semplificata, nel corso della quale possono essere sentiti i soggetti che hanno effettuato la segnalazione o il presidente del collegio dell'OCRI deputato alla trattazione dell'istanza di composizione (art. 20, comma 2).

Il giudice, qualora accolga l'istanza, dispone le misure protettive, fissando la durata delle stesse in misura non superiore a tre mesi, prorogabile, su istanza del debitore, più volte, ma entro il termine massimo di novanta giorni ⁸³, a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative che rendano probabile l'esito positivo del procedimento di composizione, con il raggiungimento dell'accordo, confortata da un'attestazione resa in tal senso dal collegio dell'OCRI che tratta il relativo procedimento.

Il decreto deve essere trasmesso per l'iscrizione al registro delle imprese ed è reclamabile ai sensi dell'art. 124 (art. 55, comma 3). Pertanto, trattandosi di provvedimento emesso dal giudice monocratico, il reclamo va

⁸² La Relazione al decreto correttivo esplicita che «l'opzione regolatoria prescelta è diretta a rendere il procedimento più celere e snello; la sottrazione della competenza al collegio è adeguatamente compensata dall'elevata specializzazione dei giudici addetti alla sezione specializzata in materia di imprese e dalla tendenziale tipicità dei provvedimenti che in questa fase possono essere adottati».

⁸³ In ordine al termine, va rilevato che l'art. 20, comma 3, prevede il termine di durata iniziale di tre mesi, prorogabile «fino al termine massimo di cui all'articolo 19, comma 1», che corrispondevano a quelli dell'art. 19 fissati per la soluzione concordata della crisi in «tre mesi», più ulteriori «tre mesi». Lo schema di decreto correttivo sostituisce i due termini di «tre mesi» dell'art. 19, comma 1, con quelli di «novanta giorni», senza intervenire sull'art. 20, comma 2, risultando così una discrasia. La durata iniziale delle misure protettive è fissata, infatti, con riferimento ad un termine indicato in mesi, quella prorogata va invece stabilita, stante il rinvio all'art. 19, comma 1, a giorni e tenendo conto che il termine massimo di durata è di centottanta giorni.

proposto dinanzi al tribunale, in composizione collegiale, entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione o dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie e in ogni caso non oltre novanta giorni dal deposito (art. 124, comma 2).

Le misure concesse dal giudice possono essere revocate in ogni momento, anche d'ufficio (art. 20, comma 5).

La revoca può essere disposta qualora risultino commessi atti di frode nei confronti dei creditori, ovvero se il collegio dell'OCRI segnala al giudice che non è possibile addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi.

In considerazione delle ragioni della revoca, è previsto che la stessa può essere disposta anche d'ufficio; per tale ragione deve ritenersi ammissibile un'istanza dei creditori, anche se questi non sono parte del procedimento, assumendo quindi la stessa valenza sollecitatoria⁸⁴, ed anche del P.M., il cui potere è espressamente previsto dall'art. 55, comma 4, tenuto conto degli interessi coinvolti nel caso di atti di frode.

x.2) La conclusione della procedura di composizione.

059

Alla conclusione della procedura è dedicato l'art. 21 e, tuttavia, la sua definizione può avvenire, come sopra accennato, anche ai sensi dell'art. 19, comma 4, qualora il debitore raggiunga un accordo con i creditori.

Nel caso in cui detto accordo non sia raggiunto e sia scaduto il termine fissato dal collegio per la definizione del procedimento, se permane uno stato di crisi, il collegio invita il debitore a presentare entro il termine di trenta giorni domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui all'art. 37, in relazione alla quale il debitore può utilizzare la documentazione della procedura di composizione.

L'OCRI dà quindi comunicazione della conclusione negativa del procedimento di composizione assistita della crisi ai soggetti tenuti all'obbligo di segnalazione, che non vi hanno partecipato, allo scopo di consentire loro di determinarsi al fine dell'eventuale presentazione di istanza di liquidazione giudiziale, ove ne sussistano i presupposti.

⁸⁴ M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi*, cit.

Gli atti relativi al procedimento e i documenti prodotti o acquisiti nel corso dello stesso possono essere utilizzati unicamente nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale o di un procedimento penale, con una previsione che segna ulteriormente la distanza dalla procedura dalla giurisdizione e la finalità di scongiurare fughe informative incontrollate ⁸⁵.

Infine, va ricordato che la procedura di allerta può altresì essere definita, qualora pervenga al collegio notizia della pendenza di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, che ne comporta appunto la chiusura (art. 12, comma 9).

x.3) La segnalazione al P.M.

Nell'esaminare la procedura di allerta, si è fatto cenno sia dei casi nei quali è previsto che deve essere effettuata, ai sensi dell'art. 22, una segnalazione al P.M. (al quale è riservata l'iniziativa di presentare un ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale) sia delle questioni poste dal coinvolgimento dell'organo inquirente in procedure preordinate all'emersione della penale.

060

In riferimento alla procedura di composizione della crisi, detta disposizione prevede che, qualora sia avviata detta procedura, su istanza del debitore:

- se questi nel termine fissato (di cui all'art. 19, comma 1) non raggiunge una soluzione concordata con i creditori (e non è stipulato l'accordo con gli stessi);
- ovvero se non deposita domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel termine fissato dal collegio, ai sensi dell'art. 21, comma 1,

il collegio, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente che ne dà notizia al P.M. competente per territorio (secondo la precisazione sopra già svolta), al quale spetta proporre, eventualmente, ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale.

⁸⁵ M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi*, cit.

8. - Misure premiali.

L'ultimo Capo (il IV) del Titolo dedicato alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (il II) prevede e disciplina le «misure premiali».

La finalità del legislatore delegante, di incentivare l'imprenditore a far emergere tempestivamente la crisi, al fine di porvi rimedio anche con l'ausilio dell'OCRI (e dell'OCC), per evitare la disgregazione dell'azienda, è stata fissata nell'art. 4, comma 1, lettera *h*), della legge n. 155 del 2017. L'attuazione di tale finalità è avvenuta mediante una disciplina caratterizzata dalla «ossessione di inserire indicatori ed indici quantitativi, sia per stabilire quando sorge l'obbligo di segnalazione della crisi sia per l'applicazione di misure premiali o sanzionatorie per chi (imprenditore o creditori pubblici qualificati) abbia rispettato o violato quegli obblighi [che] unitamente alla previsione di una serie di adempimenti fin troppo dettagliatamente prescritti, rischia di favorire il sorgere di controversie nella fase attuativa di tali istituti; ma soprattutto rischia di dare loro una fisionomia vagamente arcigna, somigliante a quella delle tradizionali procedure concorsuali, dalle quali l'imprenditore da sempre rifugge, anziché evidenziarne la funzione di supporto che dovrebbe incoraggiare l'imprenditore a ricorrervi per superare nel modo migliore la crisi che lo affligge»⁸⁶.

Al principio e criterio direttivo fissato dalla legge-delega hanno dato attuazione gli artt. 24 e 25, con collocazione di dubbia razionalità e coerenza con i presupposti delle misure.

Le misure premiali sono infatti applicabili qualora la procedura di composizione della crisi non sia stata definita con un accordo e ad essa sia seguita una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza, sempre che, come si vedrà, queste siano state precedute da quella di composizione (art. 25, comma 1). Tuttavia, dette misure non sono condizionate alla presentazione della domanda di avvio della procedura di composizione, poiché, come è reso chiaro dalla lettera dell'art. 24, comma 1, sono applicabili anche quando sia stata proposta tempestivamente domanda di

⁸⁶ Così, efficacemente, Rordorf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza previste dal codice, non preceduta dall'avvio di quella di composizione della crisi.

Le misure consistono in una serie di benefici, cumulabili tra loro, che operano su tre piani:

x) alcuni benefici consistono in misure preordinate ad evitare l'incremento della massa passiva (art. 25, comma 1, lett. a, b, c);

x.1) altri benefici sono di natura processuale e riguardano le modalità di presentazione delle domande di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 25, comma 1, lettere d, e);

x.2) altri benefici attengono, infine, alle conseguenze penali e consistono nella previsione di cause di non punibilità o in riduzione di pena, qualora siano prefigurabili determinati reati (art. 25, comma 2).

Procedendo dai benefici *sub x)*, gli stessi consistono:

– nella riduzione alla misura legale degli interessi che maturano sui debiti tributari durante la procedura di composizione assistita della crisi e sino alla sua conclusione;

– nella riduzione alla misura minima delle sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga, qualora il termine per il pagamento scada dopo la presentazione dell'istanza di avvio della procedura di composizione della crisi, ovvero della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza che si sia innestata nella prima;

– le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi sono ridotti della metà nella eventuale procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza successivamente aperta.

I benefici indicati *sub x.1)* consistono:

– nella previsione che il termine fissato dal giudice per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (ai sensi dell'art. 44) è pari al doppio di quello che questi può, di regola, concedere, a condizione che l'organismo di composizione della crisi non abbia segnalato al P.M. la notizia di insolvenza, ai sensi dell'art. 22;

– nella previsione di inammissibilità della proposta di concordato preventivo in continuità aziendale concorrente con quella del debitore, a condizione che il professionista incaricato attesti che quest'ultima assicura il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% dell'ammontare complessivo dei crediti.

I benefici *sub x.3*), nel testo dell'art. 25, comma 2, risultante dal decreto correttivo, consistono nella previsione che, quando siano prefigurabili determinati reati, in relazione agli stessi ⁸⁷, limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura:

– qualora il danno cagionato sia di speciale tenuità, non è punibile chi ha tempestivamente presentato l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza del codice, a condizione che, a seguito delle stesse, sia stata aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero sia stato omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti;

– qualora il danno non sia di speciale tenuità, chi ha presentato l'istanza o la domanda la pena può godere della riduzione della pena fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di due milioni di euro.

In coerenza con la finalità di emersione anticipata dalla crisi, condizione per l'applicazione di detti benefici è la tempestività dell'iniziativa del debitore, come stabilito dall'art. 24, che stabilisce anche quando può ritenersi tale.

L'iniziativa del debitore può ritenersi tempestiva, qualora egli abbia proposto:

– non oltre il termine di sei mesi una domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza;

⁸⁷ E cioè i reati di cui agli artt. 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 e 341, comma 2, lett. a) e b), del codice.

– non oltre il termine di tre mesi domanda di avvio della procedura di composizione della crisi.

Siffatto termine decorre da una delle situazioni espressamente indicate dall'art. 24, comma 1, essendo a detto fine sufficiente che ricorra anche soltanto una delle stesse e queste sono:

- l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici di crisi elaborati ai sensi dell'art. 13, commi 2 e 3.

Nel caso in cui il debitore abbia proposto domanda di composizione della crisi, il debitore può chiedere al presidente collegio dell'OCRI (o dell'OCC) che l'ha trattata di rilasciare un'attestazione di tempestività della domanda, riferita alla sussistenza di dette situazioni (art. 24, comma 2). È dubbio, tenuto conto della lettera della disposizione, se tale attestazione costituisca condizione necessaria per l'applicabilità dei benefici. È preferibile la soluzione positiva ⁸⁸, con l'avvertenza che nella procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza l'esistenza dei requisiti può essere contestata, almeno nei profili che implicano una valutazione. Il riferimento al «presidente del collegio di cui all'articolo 17», contenuto nell'art. 24, comma 2, non implica che i benefici esigano che la procedura di composizione debba essere stata preceduta da quella di allerta, poiché indica soltanto il collegio che ha trattato una delle procedure, anche soltanto la seconda che, come detto, non deve seguire la prima in rapporto di gradualità progressiva necessitata.

La tempestività dell'iniziativa è condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'applicabilità dei benefici.

A questo fine, nel caso di proposizione della domanda di avvio della

⁸⁸ M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi*, cit.

procedura di composizione della crisi, occorre altresì che il debitore (art. 25, comma 1) ⁸⁹:

- abbia seguito “in buona fede le indicazioni” dell’OCRI ⁹⁰;
- abbia proposto nel corso della procedura di composizione, nel caso di mancato accordo, domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza e che questa non sia stata dichiarata inammissibile.

9. - Allerta e composizione della crisi al tempo del Covid-19.

Le procedure di allerta e di composizione della crisi sono state elaborate in relazione ad uno scenario radicalmente modificato dalla pandemia provocata dal Covid-19, che ha determinato una drammatica emergenza sanitaria, oltre che una crisi economica così dirompente da far ipotizzare che, pur superata la prima, potrebbe essere assai elevato il numero delle imprese in stato di crisi in base agli indicatori ed agli indici del d.lgs. n. 19 del 2014 ⁹¹ e non implausibilmente, anche in stato di insolvenza.

È auspicabile che la vicenda innescata dalla pandemia «determinerà una grande crisi economica *non strutturale* che, come nei cicli storici precedenti, produrrà poi grande sviluppo per quei Paesi e quelle Imprese che abbiano saputo usare un approccio “resiliente”» ⁹²: Nondimeno, perché ciò accada occorre che sia fronteggiata con adeguatezza, nella consapevolezza che la crisi delle imprese si profila drammatica per un tempo non breve.

⁸⁹ Criticamente su detta previsione, in quanto della stessa non si rinviene traccia nell’art. 4, comma 1, lettera g), della legge-delega, M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit.

⁹⁰ La previsione, secondo M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit., suscita «gravi dubbi su cosa significhi seguire le indicazioni in discorso “in buona fede” e quale possa essere la condotta difforme (seguire “in mala fede”? Ad esempio, con modalità sostanzialmente elusive?) tale da far perdere il “diritto” (cfr. art. 25, comma 1, CCII) ai benefici costituiti dalle misure premiali».

⁹¹ F. SCHIVARDI, *Come evitare il contagio alle imprese*, www.lavoce.info, il quale prospetta uno «scenario cauto» secondo cui «potrebbero entrare in crisi di liquidità 124 mila imprese» (con picco a luglio 2020) ed uno «scenario estremo» nel quale tale numero salirebbe a 176 mila a fine anno.

⁹² F. FIMMANÒ, *La resilienza dell’impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d’azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato “programmati”*, in www.ilcaso.it., evidenziando, al fine di rimarcare la gravità della crisi, che «le proiezioni predisposte da molti economisti prevedono che nei prossimi 6/12/18 mesi potrebbero chiudere, fallire o portare i libri in tribunale quasi il 50 per cento delle imprese».

In questa fase, è stato giustamente osservato, «obiettivo fondamentale della politica economica è [...] quello di evitare i fallimenti»; la risposta giusta delle istituzioni deve essere «*whatever it takes*, fare tutto il necessario»⁹³. È certo questa la risposta da dare, ma sottende un lavoro non semplice, poiché è complicato stabilire «tutto ciò che è necessario fare» e «come deve essere fatto». Nel procedervi, è forse anzitutto giunto il tempo di accantonare l'idea (divenuta vincente tra la fine del secolo scorso e l'inizio di quello attuale) delle virtù salvifiche del mercato, cui andrebbe quindi riservata la soluzione della crisi dell'impresa, spesso esaltata con toni che evocano un «orientamento naturalistico dell'economia» ed una concezione dalla quale traspare «il volto più sincero dell'economicismo [che] è nell'anti-politica e nell'anti-ideologia»⁹⁴. La conformazione del sistema economico è sempre frutto di una «decisione politica», che si rivela essenziale e fa emergere il «primato del diritto»; «il mercato non è *in rerum oeconomicarum natura*, qualcosa di esterno e oggettivo, sicché al diritto non rimanga che il compito di riconoscerlo e di adeguarglisi. Esso è il proprio e determinato contenuto di norme»; non c'è una economia di mercato, ma «vi sono le corrispondenti economie di mercato, costituite dai corrispondenti statuti giuridici»; il mercato non è un *locus naturalis*, bensì un *locus artificialis*⁹⁵. La conformazione del sistema economico-finanziario, e del mercato, spetta alla «politica», secondo quella configurazione esemplarmente sintetizzata dal Presidente Oscar Luigi Scalfaro quando, nel narrare della sua esperienza quale costituente, con nitida efficacia, rimarcò: «ricordo la frase di Einaudi: "l'economia è ancella della politica", tale era la visione elevata della politica come pensiero, come filosofia e quindi come programmi, applicazioni e proposte»⁹⁶. Le fondamentali scelte in ordine

⁹³ F. SCHIVARDI, *Come evitare il contagio alle imprese*, cit.

⁹⁴ N. IRTI, *Introduzione-Diritto e mercato*, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999, VIII ss, che ha ricondotto a detto orientamento le dottrine «che attribuiscono all'economia la capacità di esprimere sue proprie regole» quali «leggi di natura», invocando l'ausilio delle leggi umane nella misura minima necessaria a permetterne l'esplicazione, riducendo il contenuto delle leggi giuridiche alla competenza dei tecnocrati e ritenendo che «i problemi tecnici possono ricevere una soluzione "tecnica"; e il legislatore statale sarà così docile e saggio da accoglierla nel contenuto delle norme giuridiche» (XIX).

⁹⁵ N. IRTI, *Introduzione-Diritto e mercato*, cit.

⁹⁶ O.L. SCALFARO, *Relazione in Giurisdizione e giudici nella Costituzione*, Atti del convegno della Corte di cassazione per il 60° Anniversario della Costituzione, *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 2009, n.155, 17.

agli obiettivi da conseguire spettano anzitutto alla «politica» ed al legislatore, cui compete fissarli nel quadro dei principi costituzionali, mediante un ragionevole bilanciamento di tutti gli interessi in gioco. Ai tecnici (di ogni ramo) è riservata essenzialmente, prima, in un'opera di supporto, l'identificazione e prospettazione degli strumenti più congrui ed efficaci per il loro conseguimento, dopo che sono stati fissati; poi, in particolare, eminentemente a tutti gli operatori del diritto (avvocati, magistrati, professori), spetta l'ulteriore delicato compito di garantirne la conformità, anche nell'attuazione, ai principi costituzionali ed a quelli fondamentali stabiliti dalle norme sovranazionali e internazionali cui questa rinvia.

Ferma detta preliminare, non eludibile, esigenza, va ricordato che, a seguito dei nuovi eventi cui si è accennato, in ambito internazionale è maturata la consapevolezza della necessità di sospendere gli obblighi previsti da molte legislazioni europee per gli imprenditori in crisi, di presentare istanza di fallimento in proprio, senza attendere le iniziative dei creditori, e di avviare alternativamente piani di ristrutturazione ⁹⁷.

In Italia, il giusto convincimento che gli indici dell'allerta sono stati «inevitabilmente deformati dalla situazione eccezionale, che si somma alle già note criticità manifestate per l'attuazione delle misure da parte di imprese ancora non ben organizzate al riguardo e che dovranno indirizzare le proprie energie cognitive ad altro ⁹⁸», ha suggerito uno slittamento del sistema degli strumenti di allerta ⁹⁹, «utili soltanto in condizioni ordinarie di mercato, quando crisi ed insolvenza riguardano un numero limitato di imprese e non la grande maggioranza di esse» ¹⁰⁰. Lo slittamento è stato

⁹⁷ Raccomandazione del 20 marzo 2020 di CERIL - *Conference on European Restructuring and Insolvency Law*, in www.ceril.eu. Svizzera Spagna ed Austria hanno previsto la sospensione ed attenuazione degli atti esecutivi contro i debitori comprese le dichiarazioni di fallimento, cfr.

⁹⁸ F. FIDMANÒ, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus*, cit.

⁹⁹ Gli obblighi di segnalazione della crisi d'impresa a carico degli organi di controllo e revisori legali dei conti, nonché dei creditori pubblici qualificati previsti dagli artt. 14 e 15 d.lgs. n. 14 del 2019 sono slittati al 15 febbraio 2021 per effetto della proroga di 6 mesi, contenuta nel d.l. 2 marzo 2020, n. 9 ("Misure urgenti per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19"), ferma la possibilità per il debitore di avvalersi degli OCRI, quando saranno istituiti, anche a seguito del "suggerimento" da parte degli organi di controllo (e di revisione), ai sensi dell'art. 14, comma 1, del codice.

¹⁰⁰ G. CORNO-L. PANZANI, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it.

peraltro parziale, in quanto il procedimento di composizione assistita si attiva anche su istanza dello stesso debitore ¹⁰¹.

In tale nuovo quadro, è doveroso interrogarsi sulla sorte del nuovo istituto, che potrebbe non essere fausta, ancora più perché la ricognizione della relativa disciplina sopra svolta ha evidenziato che tra le sue note caratterizzanti spicca una marcata burocratizzazione dei procedimenti, «eccessivamente minuziosi e complicati» ¹⁰² (in contrasto con la finalità dell'istituto e con il carattere stragiudiziale dello stesso ¹⁰³), che già in una situazione di normalità sembravano consegnare le imprese ad «un sistema di soluzione concordata della crisi molto costoso e complessivamente ostile» ¹⁰⁴, mentre alcuni profili della stessa appaiono francamente incongrui rispetto alla finalità avuta di mira. Se a ciò si aggiunge l'impossibilità, nel sopravvenuto contesto economico, di applicare gli attuali indicatori ed indici di crisi, sembrerebbe inevitabile recitare il *de profundis* per l'istituto dell'allerta (latamente inteso e riferito alle due procedure sopra esaminate), ben oltre il parziale e temporaneo slittamento che ne è stato disposto.

Tuttavia, è noto che all'imperativo che ora si impone («fare qualsiasi cosa serva») si stanno offrendo risposte molteplici e diversificate (come è giusto ed ovvio che sia), che vanno, tra l'altro, dalla rivalutazione di alcuni istituti vigenti ¹⁰⁵, ad alcuni opportuni interventi necessari su alcuni di essi ¹⁰⁶, alla previsione della «sospensione dell'attività e rinvio delle scadenze con-

¹⁰¹ L'art. 11 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, disponendo che «L'obbligo di segnalazione di cui agli articoli 14, comma 2, e 15 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, opera a decorrere dal 15 febbraio 2021» ha infatti stabilito lo slittamento del solo obbligo di segnalazione degli organi di controllo (o del revisore) e dei creditori qualificati. Secondo M. IRRERA, *Le misure di allerta ai tempi del coronavirus*, www.dirittobancario.it/editoriali, sarebbe peraltro prefigurabile la possibilità che l'organo di controllo (il revisore o la società di revisione) potrebbero essere tenuti a «suggerire» all'organo amministrativo il ricorso all'OCRI, potendosi profilare poi una loro responsabilità nei casi ipotizzati dall'A.

¹⁰² R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

¹⁰³ M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, cit.; S. SANZO-D. BURRONI, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 60; con riguardo alla legge-delega, S. DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, 767.

¹⁰⁴ L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corrier giur.*, 2019, 449-455.

¹⁰⁵ F. FIMMANÒ, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus*, cit.

¹⁰⁶ I. BARATTA-O. LAURI, *CoVid-19: impatto economico sulle procedure concorsuali*, in *Ilfallimentarista.it*.

trattuali relative ai pagamenti» e di una «moratoria delle azioni esecutive dei creditori insoddisfatti», realizzate prevedendo misure in grado di evitare che delle stesse possano «avvantaggiarsi anche soggetti non meritevoli»¹⁰⁷, da riservare dunque, in buona sostanza, soltanto le imprese la cui difficoltà economico-finanziaria sia stata sicuramente ed esclusivamente determinata da Covid-19.

In disparte i dubbi che pure pone la trasposizione dall'ambito sanitario a quello economico di una distinzione dell'esito esiziale a seconda che sia "da" o "con" coronavirus, già insostenibile nel primo¹⁰⁸, il dettaglio attuativo di tale disciplina porrà problemi così numerosi da renderne ardua pur solo l'enumerazione. Nell'immediatezza ed all'alba di tale situazione, in questa sede è possibile esclusivamente richiamare l'attenzione sulla circostanza che il nuovo istituto – più precisamente, la procedura di composizione assistita –, «anche nella nuova difficile situazione economica, potrebbe svolgere un ruolo positivo»¹⁰⁹. Si tratta allora: anzitutto di scegliere da che lato, ed in quale misura, debba (e possa) oscillare il pendolo (se quello stragiudiziale o quello giudiziale), apprezzando al giusto la tendenziale idoneità all'espletamento dell'attività da svolgere sia delle camere di commercio (per la natura delle stesse ed i compiti loro assegnati¹¹⁰), sia dell'OCRI e del collegio degli esperti (per composizione e professionalità coinvolte); di procedere ad una rapida riscrittura degli indicatori ed indici della crisi; di prevedere modalità che, senza indulgere nelle complicazioni inutilmente paralizzanti dell'economia che hanno caratterizzato recenti plessi normativi pure ambiziosamente definiti "codice", garantiscano sia la congruità delle misure di sostegno (estensivamente intese, comprensive quindi della moratoria, dei finanziamenti e di tutte le altre che sarà necessario prevedere), sia che delle stesse fruiscano soltanto gli imprenditori

¹⁰⁷ G. CORNO-L. PANZANI, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, cit.

¹⁰⁸ L. SALVATO, *La scomparsa di un grande Maestro: Piero Schlesinger*, www.giustiziainsieme.it. Con riguardo all'ambito economico, la distinzione è meno semplice di quanto potrebbe ipotizzarsi, se soltanto si ha riguardo, ad esempio, al fatto che possono esservi situazioni in cui la crisi preesisteva e, tuttavia, è diventata irreversibile proprio a causa della sopravvenuta contingenza economica globale.

¹⁰⁹ G. CORNO-L. PANZANI, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, cit.

¹¹⁰ Sui quali, cfr. nt- 17.

meritevoli (soggettivamente ed oggettivamente ¹¹¹), ferma la consapevolezza che spetta agli aziendalisti ed agli economisti ipotizzare modi e tempi di ripresa, anche del complessivo sistema economico (che inevitabilmente ne condizionano la conformazione e la durata). Non pochi compiti potrebbero essere svolti attraverso la procedura di composizione assistita, modificata nei profili accennati, in sede opportunamente stragiudiziale, prevenendo poi tempi e modi di un controllo giudiziario nel quale non dovrebbero tuttavia rifluire impropri compiti di gestione. Si tratta di ipotesi qui prospettate con genericità ed indeterminatezza, come è ovvio che sia, da approfondire e valutare, fermo che, come ogni altra, esigono anzitutto che la «politica» enunci e fissi con chiarezza le scelte e gli obiettivi da conseguire.

¹¹¹ Eventualmente coinvolgendo nel procedimento istituzioni deputate a svolgere attività che le rendono custodi (anche grazie alle loro banche dati) di notizie ed informazioni rilevanti.

4. Pandemic and Insolvency Law: the Italian Answer

1. The Italian Government, similarly to others, has enacted several measures aimed at curbing the potentially devastating economic effects of the Covid-19 pandemic. The lockdown designed to limit contagion has paralyzed entire industries, abruptly caused losses and liquidity shortages of an unprecedented magnitude, and is threatening millions of jobs. Insolvencies looms and a chain-reaction might overhaul the very fabric of the economy.

In order to tackle these issues, a decree of April 8 (Decree-Law No. 23 of April 8, 2020; hereinafter the “Decree”) puts forward a panoply of tools, from measures to support the liquidity of companies to stronger golden powers of the State to control acquisitions in strategic sectors; from fiscal measures to a suspension of litigation; from a simplification of shareholders’ meetings to emergency provisions in support of employment. We want to focus here on some important new rules concerning insolvency procedures, turn-arounds and consequences of losses.

The idea behind the measures we are going to illustrate is to ‘sterilise’, at least temporarily, the economic effects of the pandemic. We posit, however, that these measures create a kind of legal limbo that might generate

dangerous uncertainties, especially if these measures were interpreted and applied as special rules that may derogate from the general criteria of correct business management.

2. A first measure, the more general one, concerns the postponement of the entry into force of the new Code of Crisis and Insolvency (CCI), initially scheduled for 15 August 2020 and now postponed to 1 September 2021. One of the alleged goals of this piece of legislation is to facilitate the turn around of companies also through alert procedures designed to intercept at an early stage the symptoms of a crisis. It might therefore seem contradictory to delay the entry into force of a statute pursuing these goals. Obviously enough, however, the new rules were not envisioned to operate in a massive depression due to exogenous causes. In the current scenario, its application would result in countless procedures to avoid insolvency, or in significant risks for entrepreneurs or directors that do not activate them. In addition, there is a serious question concerning the adequacy of the judicial and extra-judicial resources that would be required to face a massive number of procedures, further complicated by the very novelty of the law. It is therefore preferable to remain with our feet on the ground and continue to use the current regulatory framework, imperfect as it might be, but with the potential advantage of not triggering forays in a new and uncharted territory.

The negative side of the coin is that the postponement of the entry into force of the CCI also limits the ability to use certain new and virtuous mechanisms such as the composition with creditors and agreements for the restructuring of group debts; the over-indebtedness of the family; the facilitated treatment of tax claims.

However, we believe that there is the possibility of applying some of these mechanisms "in advance", on the basis of an evolutionary and systematic interpretation. In particular, it seems possible to apply those institutions which are new but which do not represent real exceptions to the rules currently in force: and we referring, in particular, to the rules on groups and over-indebtedness of families.

3. Other, more specific, measures, affecting Italian insolvency law are set forth under Articles 9 and 10 of the Decree.

3.1. Article 9, affects proceedings based on agreements with creditors, such as debt restructuring agreements and arrangements with creditors. The amendments act differently depending on the stage the procedure was at on 23 February 2020.

(a) For procedures in the execution phase which provide for a deadline for fulfilment falling between 23 February and 31 December 2020, the law provides for an automatic deferral of six months of that deadline.

(b) For procedures in progress for which the approval hearing has not yet taken place, the law first allows the debtor to request the court to grant a period of 90 days to file a new plan or a new proposal for composition or a new restructuring agreement. In the case of a concordat, the application is inadmissible if there has already been a meeting of the creditors and the majorities required by law have not been reached; secondly, it allows the debtor who wishes to asking for a mere deferment of the terms of the agreement to apply to the court, filing the documents proving the need for deferment, which may grant the extension for no more than six months

(c) For procedures that have not yet been formally opened, the law allows the debtor to extend the deadline for submitting the agreed plan and proposal or for negotiations in debt restructuring agreements, for a maximum of 90 days, if the court considers that the request for extension is based on concrete and justified reasons.

3.2. The second provision, Article 10 of the Decree, on the other hand, freezes applications for the declaration of bankruptcy filed in the period from 9 March 2020 to 30 June 2020, declaring them inadmissible.

4. There are also two provisions of company law that indirectly concern insolvency law.

4.1. Article 6 of the Decree concerns the legal treatment of balance-sheet losses. The “recapitalize or liquidate” rule, which required to either recapitalize a corporation or to liquidate it in case of substantial losses that reduce the capital, is suspended until 31 December 2020.

The provision replicates Article 182-*sexies* of the bankruptcy law for companies that have entered into composition and restructuring agreement procedures, performing a protective function of the company’s assets and,

indirectly, the function of facilitating possible future attempts to restructure debt.

4.2. Article 8 governs shareholders' and intra-group loans that may be disbursed in the period following the entry into force of the decree and on 31 December 2020, sterilising the rule of (absolute and legal) subordination and the obligation on the lender to repay the loan reimbursed in the year before the opening of insolvency proceedings. This measure is part of the provision to support the liquidity of distressed companies, favouring the use of the other "traditional" financing channel, especially for SMEs, given by shareholder and intra-group financing.

5. The Government's choice was therefore to intervene in support of enterprises in crisis, either current or prospective, from two different angles: on the one hand, by extending their credit capacity through the issuance of State guarantees, thus allowing them access to financing channels that would certainly have been impracticable without public intervention; on the other hand, by creating a time buffering to be used to overcome the distress situation through the recovery of the normal economic cycle, or through reorganization proceedings.

Expanding the credit capacity of a company in crisis does not mean, obviously, taking on the losses suffered by it; just as moving forward the deadline for the fulfilment of tax and social security obligations; it does not mean to forgive them. In other words, the measures contained in Decree No. 23 of 2020 do not allow companies to "write off" liabilities; on the contrary, these measures, especially if misinterpreted and applied, risk amplifying (or even determining) the crisis in the medium term. There has not been, at least directly and in the first instance, any collectivization (*id est*, suffered by taxpayers) of the economic effects of the healthcare pandemic.

On the other hand, making a bankruptcy petition unforeseeable does not mean that the state of insolvency will no longer exist; just as granting a moratorium to finalize an agreement with creditors (or enforce it) in the context of a pre-insolvency procedure does not mean removing the state of distress.

The consequence of this is that companies, even if they are allowed to do

so by virtue of the guarantee given by the State, should only have access to the new financing channels if they reasonably consider, on the basis of a careful examination of possible future scenarios, that they can repay the borrowed capital. In other words, there is no derogation from the criteria of correct business administration; and, above all, there are no exceptions to the duty of protection towards creditors imposed on the debtor. The deterioration of the economic condition of the company, as a result of conduct not inspired by the criteria of correct business administration, inevitably exposes the director to liability.

The likelihood of being able to take benefit from the public guarantee could trigger a phenomenon of moral hazard that pushes the directors to gamble "all or nothing", even when it would be reasonable not to increase the leverage ratio, thus making concrete the risk of asset depletion to the detriment of: a) taxpayers, within the limits of the losses associated with the enforcement of the guarantee against the State; b) previous creditors, because of the risk altering caused by fresh money; c) subsequent creditors, who could be induced to lend credit to the distressed company, by virtue of the appearance of solvency generated by the guaranteed financing.

075

The domino effect is just around the corner.

Rationality, prudence, expertise, diligence, good faith and fairness: today more than ever it is necessary to refer to "general clauses" to conform the behaviour of economic agents. Otherwise, markets already weakened might implode.

III

FAMIGLIA E SUCCESSIONI

5.

Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus

1. - Considerazioni introduttive.

Il tema coronavirus è imperiosamente entrato nel nostro quotidiano affliggendo tutti, anche i non malati. Si è insinuato mediante la paura nelle nostre emozioni e, sotterraneamente, passando sottotraccia alla ragione, ci ha reso più deboli. Ha cambiato le nostre prospettive e le acquisizioni che ritenevamo far parte di noi come le nostre mani.

La decretazione emergenziale che accompagna il presente ha comprensibilmente sollevato una serie di delicate questioni sui limiti che possono essere imposti per ragioni di salute pubblica, dinanzi alla quale pare cedevole ogni altra posizione sostanziale, pur altrettanto costituzionalmente garantita.

Discussione e riflessione coltivano il dubbio dell'intelligenza desta e si tratta di esercizio già lucidamente avviato in ambito giuridico, che sarà sviluppato a posteriori dai costituzionalisti, storici, politologi. Un interrogativo rivolto al presente ma che guarda al futuro: «Ogni intervento del legislatore nella sfera delle libertà individuali rappresenta l'abbattimento di un argine, qualunque ne sia la ragione e la natura. Anche quando la marea si sarà apparentemente ritirata. Ricostruire argini non è, infatti, mai facile perché la marea ha memoria del punto fin dove si è spinta e tende naturalmente a raggiungerlo, andando ancora oltre. (...) In queste ore forzate (...) potremmo provare a chiederci se ogni singola cessione di

libertà che abbiamo accettato in queste ore fosse necessaria. Se fosse davvero inevitabile l'obbligo e non la responsabilità»¹.

L'azione legislativa di questi giorni si colloca nel quadro costituzionale, perlomeno all'evidenza di chi non sia addentro ai delicati equilibri che pone il contemperamento di interessi in conflitto, costituzionalmente garantiti², benché sia stato indicato da tempo come il diritto delle emergenze, variamente inteso, sia tra le cause di una «torsione» del modello costituzionale sotto diversi versanti³.

Ma le limitazioni di questi giorni, aprono ulteriori fronti, scenari di maggior dettaglio oltre all'impatto ai massimi sistemi. Uno di questi, tra i molti, è il regime di frequentazione genitori-figli, in particolare col genitore «non collocatario o non collocatario prevalente», formula con cui si è voluto nel diritto vivente reintrodurre una diversificazione tra i genitori che la l. n. 54 del 2006 aveva, invece, voluto assimilare⁴.

¹ M. ABATECOLA, *Sulla libertà e sulla paura*, in <https://www.leoniblog.it/2020/03/17/sulla-liberta-e-sulla-paura/>.

² Si v. le considerazioni di I.M. PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=2389>.

³ Tra i molti, A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e giurisprudenziale*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri73.pdf>, 4 dicembre 2017, 501, cui appartiene l'espressione virgolettata; Ib., *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri41.pdf>, 6 novembre 2014.; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, 15.

Il tentativo di arginare la tendenza di cui al testo Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in <http://www.giurcost.org/decisioni/2016/0275s-16.html>, e ivi anche i numerosi commenti che l'hanno accompagnata; A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*; L. MADAU, *È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*; R. CABAZZA, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*; L. ARDIZZONE-R. DI MARIA, *La tutela dei diritti fondamentali ed il "totem" della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*.

⁴ Si parla frequentemente di "legge tradita", Y. ABO LOA-F. NESTOLA, *Il principio della bigenitorialità e la legge n. 54 del 2006: diritto del minore?*, in http://www.centroantiviolenza.bigenitoriale.com/wp-content/uploads/2014/11/principio-di-bigenitorialita3a0-abo_loha_nestola.pdf, 8 ottobre 2013.

La legge ha riscosso ampia attenzione dalla dottrina; tra i molti: G. AMOROSO, *Sul diritto di visita degli ascendenti*, in *Minori giustizia*, 2006, 63 ss.; M. BIANCA, *Il diritto del minore a conservare rapporti significativi con gli ascendenti*, in S. PATTI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *L'affidamento*

Certe prescrizioni precedono l'evoluzione sociale e la orientano, fronteggiandosi per anni con ostacoli culturali prima di divenire precipitato della realtà.

L'esame della decretazione d'urgenza che segue, al fine di chiarire il problema affrontato dai genitori separati/divorziati, è condotto nello sforzo di obiettività, pur nella percezione di una sorta di tensione, fisica e intellettuale, per compiere il balzo necessario a prendere al volo l'occasione di ripristinare le vecchie e mai sopite regole, che vedono un genitore migliore dell'altro, nella consapevolezza, come ricorda il passo virgolettato poco sopra ricordato, che l'argine violato dalla marea per una volta, lo sarà anche nel futuro grazie alla sua memoria.

2. - La compressione delle garanzie costituzionali.

I Decreti emessi in connessione col fenomeno «quarantena» non dettano espressamente la disciplina della frequentazione tra genitori e figli in costanza di separazione e divorzio, circostanza che impone una ricostruzione, o meglio un tentativo, che deve necessariamente procedere entro il crescendo delle misure ordinate nell'arco temporale di relativamente pochi giorni.

L'avvio di questa normativa speciale risale alla Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 con cui è stato preso atto della dichiarazione di emergenza internazionale dichiarata dall'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020, delle raccomandazioni di quest'ultima circa la necessità di applicare misure adeguate a tutela della salute e della

condiviso, Milano, 2006, 175; L. D'AVACK, *Affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Famiglia*, 2006, 610; S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 300; M. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CIGU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, LVI, Milano, 2007, 670 ss.; A. ARCERI, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2007, 122; A. SCALISI, *Il diritto del minore alla «bigenitorialità» dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare*, in *Fam. dir.*, 2007, 528; G.F. BASINI, *La nonna, Cappuccetto Rosso, e le visite: del c.d. «diritto di visita» degli avi*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 442 ss.; F. TOMMASEO, *L'interesse dei minori e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, 298; G. BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, esclusivo e mutamenti*, in *L'affidamento condiviso*, cit., 29 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *I soggetti del processo*, in M. SESTA-A. ARCERI (a cura di), *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2012, 668.; R. CASSIBBA-M.B. SAPONARO, *Il diritto dei minori alla bigenitorialità*, Milano, 2013; E. Olivetta, *Separazione e bigenitorialità*, Catania, 2017.

incolumità pubblica, della conseguente necessità di procedere al potenziamento delle strutture sanitarie e al controllo delle frontiere aeree e terrestri.

Ne è scaturita, «Tenuto conto che detta situazione di emergenza, per intensità ed estensione, non è fronteggiabile con mezzi e poteri ordinari», la dichiarazione dello stato di emergenza per sei mesi (cioè sino al 31 luglio 2020) ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), e dell'art. 24, comma 1, d.lgs. n. 1 del 2018 (Codice della protezione civile).

Si tratta del tipo di intervento più grave tra quelli previsti dal nostro ordinamento, atteso che l'art. 7, comma 1, lett. c), evoca «Emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24».

Quest'ultimo, dal canto suo prevede che con la dichiarazione dello stato d'emergenza il Consiglio dei Ministri autorizza l'emanazione di ordinanze di protezione civile, le quali possono essere assunte «in deroga ad ogni disposizione vigente», ma «nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea»; qualora esse rechino effettivamente deroga alle leggi vigenti «devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate»⁵.

Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv., con modificazioni, nella l. 5 marzo 2020, n. 13, ha previsto la possibilità di massima incisività delle misure via via adottate con i decreti successivi.

Non è qui possibile soffermarsi nel dettaglio sul contenuto di questo decreto, ma ritengo significativo perlomeno ricordare che l'art. 1 elenca una serie di misure, peraltro non specificamente individuate, incidenti su diritti e libertà costituzionali, quali la libertà personale e il diritto di circolazione sul territorio (art. 13 e 16 Cost.), i diritti di riunione e di professione religiosa (artt. 17 e 19 Cost.), il diritto al lavoro e all'iniziativa economica (artt. 4, 35, 41), i diritti all'istruzione e alla cultura (artt. 9, 33,

⁵ G.U. 1° febbraio 2020, Serie Generale, Anno 161, n. 161,

34), oltre a una serie di ulteriori sospensioni, per esempio quelle concernenti i bandi di concorso, chiusura o limitazione di uffici pubblici di pubblica utilità⁶.

Come noto, sulla base di questa legge sono stati emanati ulteriori decreti-legge, decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri e una serie di ordinanze dei ministri di volta in volta più direttamente coinvolti⁷.

3. - La normativa emergenziale nell'ottica del diritto di frequentazione. Il d.P.C.M. 9 marzo 2020: sì alla frequentazione.

In tutti i provvedimenti adottati, il problema della frequentazione genitori-figli non è stato specificamente nominato e la soluzione deve, dunque, essere rinvenuta nella normativa più generale dettata per gli «spostamenti», in particolare nei decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, pubblicati l'8 marzo 2020, il 9 marzo 2020 e il 22 marzo 2020, oltre all'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020.

Ripercorriamo il crescendo di misure nell'ottica, che qui interessa, della frequentazione tra genitori separati/divorziati e figli minori.

Il primo d.P.C.M., 8 marzo 2020, concernente unicamente le, così dette, «zone rosse» (Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanco-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia), all'art. 1, comma 1, lett a), stabiliva di: «a) evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza; (...)».

⁶ Sulle modalità con cui si è inciso sui diritti costituzionali evidenzia criticità Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, cit., § 2, oltre agli altri costituzionalisti intervenuti sui media di cui dà conto la stessa Pinto, nota 17, che qui riporto: M. ANIS, *Il bisticcio del potere*, in *LaRepubblica*, 3 marzo 2020; L. CUOCOLO, *Intervista*, in *Genova24.it*, 11 marzo 2020; M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avenire*, 11 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un Dpcm*, in *IlSole24Ore*, 13 marzo 2020; L. CASAROTTI, *L'emergenza per decreto*, in *jacobinitalia.it*, 13 marzo 2020; M. PLUTINO, *I decreti di Conte sul Coronavirus*, in *IlRiformista*, 14 marzo 2020.

⁷ Tutta la normazione urgente è reperibile sul sito ufficiale del Governo, in <http://www.governo.it/it/approfondimento/coronavirus-la-normativa/14252>.

Il d.P.C.M. 9 marzo 2020, con l'art. 1 ha esteso tale norma a tutto il territorio nazionale ⁸.

Nel vigore di questi provvedimenti era stato pacificamente ritenuto che accompagnare i figli dalla casa di un genitore all'altro, sia entro lo stesso comune sia fuori dal comune, rientrasse tra le specifiche ragioni in grado di giustificare, con autocertificazione, lo spostamento.

L'argomentazione principale a sostegno di questa conclusione consisteva nel rilievo che i figli di genitori separati/divorziati hanno due domicili, coincidenti con ciascuna delle abitazioni dei genitori, e quindi gli spostamenti tra gli stessi rientrassero nella previsione che consente «il rientro presso l'abitazione, il domicilio o la residenza».

In questo senso aveva anche chiarito, opportunamente sottraendo la questione alle ricostruzioni interpretative, il sito del Governo Italiano che, tra le FAQ pubblicate il 10 marzo 2020, indicava al punto n. 13 che «sì, gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio».

Il riferimento alle FAQ ricorre anche nella pronuncia del Tribunale di Milano dell'11 marzo 2020, la quale ha «ritenuto che le previsioni di cui all'art. 1, comma 1, lettera a), del d.P.C.M. 9 marzo 2020 n. 11 non siano preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori, laddove consentono gli spostamenti finalizzati a rientri presso la "residenza o il domicilio", sicché alcuna "chiusura" di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti».

Lo stesso provvedimento escludeva, nel contempo, che la mancata consegna all'altro genitore del minore temporaneamente in altro domicilio (quello del nuovo compagno del genitore in quel momento col figlio) non costituisse un grave inadempimento ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c.

⁸ Per una lettura nell'ottica dell'impatto sul corrente svolgimento dell'attività giudiziaria G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da Covid 19*, in *Judicium*, in <http://www.judicium.it/decreto-legge-8-marzo-2020-n-11-differimento-delle-udienze-sospensione-dei-termini-processuali-civili-contrastare-lemergenza-covid-19/>.

Anche con riferimento agli spostamenti per accompagnare i figli dai nonni o per riprenderli all'inizio o al termine della giornata di lavoro, le FAQ offrivano delucidazioni nei limiti che seguono: «Ciò è ammesso solo in caso di estrema necessità, se entrambi i genitori sono impossibilitati a tenere i figli con sé per ragioni di forza maggiore. In tale caso i genitori possono accompagnare i bambini dai nonni, percorrendo il tragitto strettamente necessario per raggiungerli e recarsi sul luogo di lavoro, oppure per andare a riprendere i bambini al ritorno. Ma si sottolinea che ciò è fortemente sconsigliato, perché gli anziani sono tra le categorie più esposte al contagio da Covid-19 e devono quindi evitare il più possibile i contatti con altre persone. È quindi assolutamente da preferire che i figli rimangano a casa con uno dei due genitori che usufruiscono di modalità di lavoro agile o di congedi».

4. - Ordinanza del Ministero della salute 20 marzo 2020: il divieto di spostarsi verso le “seconde case”. Non estensibilità del divieto alla frequentazione genitori-figli.

Il quadro ha iniziato a farsi meno chiaro in seguito, all'ordinanza del Ministero della salute del 20 marzo 2020 (prorogata sino al 3 aprile dall'art. 2, d.C.P.M. 22 marzo), la quale, inasprendo le misure restrittive con riferimento a taluni spostamenti ha, tra l'altro, esteso l'ambito della limitazione mediante l'introduzione del riferimento al «domicilio principale». L'art. 1, comma 1, lett. d), prevede: «d) nei giorni festivi e prefestivi, nonché in quegli altri che immediatamente precedono o seguono tali giorni, è vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale, comprese le seconde case utilizzate per vacanza».

La disposizione, senza riferimenti di natura territoriale e dunque senza distinzioni tra le abitazioni all'interno o all'esterno di uno stesso comune, ha aperto al dubbio se «domicilio principale potesse essere inteso anche quello del genitore collocatario, con la conseguenza di includere nell'ambito della limitazione non soltanto la possibilità di recarsi nelle seconde case, come in effetti lascerebbe intendere la lettera della norma, ma anche gli spostamenti legati alla frequentazione genitoriale.

Mi sento di escludere un'interpretazione estensiva della limitazione tale da

coinvolgere anche la frequentazione genitori-figli per una serie di irrinunciabili considerazioni di sistema.

La prima e più lineare, è porta dai criteri interpretativi contenuti nelle preleggi tra i quali, notoriamente, si rinviene nell'art. 12, comma 1, quello del vincolo al «senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e l'intenzione del legislatore»⁹: la norma dell'ordinanza in commento, vieta espressamente lo «spostamento verso le seconde case», intendendo cogliere gli spostamenti che nel fine settimana molti fanno verso la casa vacanze; in questo contesto il «domicilio principale» è espressione utilizzata per precisare, a contrario, il significato di «seconda casa» e nulla, né specifici termini né la loro concatenazione, porgono il riferimento al regime di frequentazione. Nemmeno il domicilio del genitore non collocatario può essere assimilato a una seconda casa.

Ancora in seno ai criteri interpretativi, l'art. 14 vieta l'applicazione di leggi eccezionali, nell'ambito delle quali si colloca senz'ombra la decretazione d'urgenza in discorso, «oltre i casi e i tempi in esse considerati»¹⁰.

A questi rilievi, già decisivi, mi parrebbe che potesse anche aggiungersi una considerazione sulle fonti, che pone l'ordinanza del Ministro della salute, pur temporalmente successiva (20 marzo), in posizione subordinata rispetto al decreto del Consiglio dei Ministri 9 marzo 2020, n. 11, con la conseguenza di aprire perlomeno a qualche perplessità circa la sua possibilità di limitare un'attività che nell'operatività di quello era ritenuta esercitabile¹¹.

⁹ U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, 1959, 140; R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di G. ALPA-A. GUARNERI-P.G. MONATERI-G. PASCUZZI-R. SACCO, Torino, 1999, p. 159; P.G. Monateri, voce *L'interpretazione del diritto*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 2010, 32; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 2010, 109.

¹⁰ F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, 520; L. PICOTTI, *Il principio di legalità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*. F. BRICOLA-G. ZAGREBELSKY, Torino, 1996, 53; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 368; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1995, 44 ss.; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2016, 21 ss.; M.F. TENUTA, *Diritto dell'interpretazione*, Roma, 2019.

¹¹ Sulle fonti e la loro gerarchia, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011; G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giuri. cost.*, 1988, p. 1494; T. MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 863.

5. - Il d.P.C.M. 22 marzo 2020: limitazione degli spostamenti fuori area comunale solo per comprovate esigenze di assoluta urgenza. Verosimile applicabilità anche alla frequentazione genitori-figli.

Il problema della frequentazione pare, piuttosto, essersi posto con l'art. 1, comma 1, lett. *b*), del successivo d.P.C.M. 22 marzo 2020, il quale, sempre con riferimento agli «spostamenti» intesi in via generale, ha disposto: «*b*) è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; conseguentemente all'articolo 1, comma 1, lettera *a*)», del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 le parole «È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza» sono soppresse».

La coeva, ulteriore, ordinanza del Ministero della salute (22 marzo), dal canto suo, all'art. 1, comma 1, prescrive: «Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus Covid-19, è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati in comune diverso da quello in cui si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute».

Questa ordinanza, ai sensi del suo art. 2, produce effetto dal 22 marzo 2020 sino all'entrata in vigore di un nuovo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

L'inasprimento tra il d.P.C.M. 9 marzo 2020 e quello del 22 marzo, si coglie chiaramente nelle circostanze che legittimano gli spostamenti, individuate nel primo da una *situazione di necessità* e nel secondo da *comprovate esigenze di assoluta urgenza*.

Il decreto del 22 marzo aggiunge anche un elemento non secondario di incertezza, costituito dal riferimento al limite territoriale comunale per gli spostamenti. Le *comprovate esigenze di assoluta necessità* compaiono, infatti, solo per gli spostamenti *extracomunali*.

Il tenore generale del divieto si estende anche, a parere di chi scrive, alle frequentazioni genitori-figli bisognose di varcare il confine comunale, valevole, ovviamente, tanto per il genitore collocatario che per il non collocatario.

L'espressa abolizione della possibilità di fare ritorno nel proprio domicilio attuata dal decreto del 22 marzo, significa, dunque, che il minore, quand'anche si trovasse nella casa del genitore non collocatario, è in quella che deve restare, considerato il divieto di spostamenti, sino all'efficacia del decreto medesimo, fissata al 3 aprile; se si trova presso il collocatario, analogamente non potrà spostarsi verso il proprio domicilio presso l'altro genitore.

Tali spostamenti resterebbero limitati alla ricorrenza delle comprovate esigenze di assoluta necessità, circostanze, dunque, di carattere eccezionale da cui si sottrae la "normale" frequentazione in discorso.

L'aspetto che lascia maggiormente perplessi è l'assunzione del territorio comunale quale area di riferimento per gli spostamenti che, riguardo alla frequentazione genitori-figli, mostra la corda forse più che in altri ambiti. La considerazione che scaturisce riguarda, infatti, la constatazione che vi sono comuni molto ampi entro i quali gli spostamenti possono essere di considerevole chilometraggio, ammessi dalla ricordata norma, mentre gli spostamenti *extra* comunali, anche quando implicano spostamenti insignificanti come sovente accade tra comuni limitrofi, sono esclusi salva la ricorrenza di una comprovata esigenza di assoluta necessità.

Si tratta di una diversità di trattamento che non trova giustificazione funzionale e giuridica, nemmeno nelle esigenze sanitarie del periodo attuale.

Non ritengo, per le ragioni già esposte con riferimento all'ordinanza ministeriale del 20 marzo, che il divieto possa estendersi alle situazioni intracomunali al solo fine di uniformare le posizioni.

6. - Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19: sì alla frequentazione genitori-figli.

In questo complesso panorama normativo è da ultimo stato adottato il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, pubblicato in pari data nella G.U ed entrato in vigore il giorno successivo alla pubblicazione ¹².

Il decreto-legge prevede, all'art. 1, comma 1, che possano «essere adottate

¹² Pubblicato in G.U. Serie Generale, n. 79 del 25 marzo 2020, entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione.

secondo quanto previsto dal presente decreto, una o più misure tra quelle di cui al comma 2, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020 e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus».

Tra le misure del richiamato "comma successivo" è prevista alla lettera a), la «a) limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora, se non per spostamenti individuali, limitati nel tempo e nello spazio e motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni;».

La scomparsa del riferimento al territorio comunale e alle comprovate esigenze di assoluta necessità del d.P.C.M. del 22 marzo e dell'ordinanza del Ministero della salute di pari data, fa rivivere il diritto alla frequentazione genitori-figli, sia entro sia fuori del territorio comunale in quanto spostamento suscettibile di integrare le *specifiche ragioni* contemplate dal decreto (ovviamente nei modi e nei limiti previsti dalle condizioni che la disciplinano).

089

Questa "liberalizzazione" parrebbe, lettera delle norme alla mano, destinata, tuttavia, a operare successivamente alla data del 3 aprile la quale, come si è ricordato poco sopra, costituisce la data di espirazione del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e dell'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo.

Ciò costituisce conclusione derivante dalle norme di coordinamento che lo stesso d.l. n. 19 del 2020 detta rispetto alla normativa emanata nell'ultimo mese (tra cui l'abrogazione del d.l. 26 febbraio 2020, n. 6, ad eccezione degli artt. 3, comma 6-*bis*, e 4, e dell'art. 35 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, entrambi convertiti in legge).

L'art. 2, comma 3, del decreto sancisce, tra l'altro, che «(...) Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulte-

riori dieci giorni e, entro tale termine, sono sottoposte a verifica di persistente adeguatezza e proporzionalità ai fini della loro conferma con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1 ovvero, per le ordinanze dei comuni, per la loro eventuale conferma secondo quanto previsto dall'articolo 3».

L'espressione «per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore» riferita ai decreti nominati, tra cui il d.P.C.M. del 22 marzo, significa, dunque, che la vigenza di quest'ultimo è destinata a protrarsi sino alla data della sua espirazione del 3 aprile 2020, con le limitazioni, e le contraddizioni, di cui si è detto e salva diversa decretazione a venire.

Il condizionale sopra usato è d'obbligo, poiché le FAQ del 26 marzo, dunque successive al d.l. 25 marzo 2020, n. 19, ripetono il tenore originale, cioè quello già sopra riportato antecedente al 22 marzo, sia per i genitori, sia per i nonni¹³.

Secondo queste ultime esta, dunque, consentito lo spostamento anche *extracomunale* tra i domicili dei genitori del minore.

Poiché le FAQ fanno riferimento alle «modalità previste dal giudice, con ciò includendo senz'altro i provvedimenti resi nel corso del procedimento giurisdizionale ma anche quelli omologati e quelli esiziali dalla negoziazione assistita, assimilati a quelli giudiziari dall'art. 6 d.l. n. 132 del 2014, convertito nella l. n. 162 del 2014¹⁴.

¹³ Le FAQ, che possono leggersi all'indirizzo <http://www.governo.it/it/faq-iorestoacasa>, riportano: «Sono separato/divorziato, posso andare a trovare i miei figli? Sì, gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio».

«È possibile spostarsi per accompagnare i propri figli dai nonni o per andarli a riprendere all'inizio o al termine della giornata di lavoro?».

«Ciò è ammesso solo in caso di estrema necessità, se entrambi i genitori sono impossibilitati a tenere i figli con sé per ragioni di forza maggiore. In tale caso i genitori possono accompagnare i bambini dai nonni, percorrendo il tragitto strettamente necessario per raggiungerli e recarsi sul luogo di lavoro, oppure per andare a riprendere i bambini al ritorno. Ma si sottolinea che ciò è fortemente sconsigliato, perché gli anziani sono tra le categorie più esposte al contagio da Covid-19 e devono quindi evitare il più possibile i contatti con altre persone. È quindi assolutamente da preferire che i figli rimangano a casa con uno dei due genitori che usufruiscono di modalità di lavoro agile o di congedi».

¹⁴ P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 1083; L. QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 843; L. CIAURO, *Ddl unioni civili e criticità procedurali: sessantanove commi da raccontare*, in *Rass. parl.*, 2016, 103.

Qualche dubbio potrebbe restare per il regime di visita per i figli di coppie non sposate, o separate di fatto, concordato tra i genitori nell'esercizio della loro responsabilità, ma privo di *imprimatur* giurisdizionale.

Mi pare che il chiarimento offerto dalle FAQ possa essere considerato inclusivo di queste ipotesi, nelle quali il richiamo alla regolamentazione dettata dal giudice ha lo scopo, non di costituire una condizione della frequentazione, ma di evitare che la situazione d'emergenza sanitaria sia utilizzata per ampliare o per restringere la frequentazione medesima.

IV LAVORO

6. Emergenza Covid e benefici dedicati al “settore privato”: chi ne resta escluso?

1. - Il “settore privato” come categoria riferita al datore di lavoro?

Alcune misure di sostegno previste nel noto d.l. n. 18 del 2020 riguardano i datori di lavoro del “settore privato”. Si tratta dell’art. 22 sulla Cassa integrazione guadagni (CIG) in deroga, dell’art. 23, commi 1 e 6, sul congedo parentale e il diritto all’astensione per genitori con figli minori, dell’art. 26 sull’equiparazione della quarantena alla malattia e dell’art. 39 sulla priorità riconosciuta ad alcune categorie di lavoratori nell’accoglimento delle richieste di *smart working*. Lo stesso può dirsi delle analoghe misure contenute agli artt. 15 e 17 del precedente d.l. n. 9 del 2020 sulla CIG in deroga nelle c.d. zone rosse e nelle regioni più colpite del Nord d’Italia.

Come sempre in casi del genere, si pone il problema di stabilire esattamente cosa voglia dire “settore privato”, per stabilire quali datori di lavoro possano beneficiare delle misure e quali no. Infatti, la presenza di molti enti dalla natura ambigua rende spesso problematica o irrisolvibile la questione. Come si vedrà, però, in questo caso la soluzione al quesito appare, per fortuna, piuttosto lineare e chiara.

In generale, il problema si pone perché il riferimento al “settore privato” può essere interpretato in almeno due modi diversi: o ci si riferisce all’insieme di tutti i rapporti di lavoro di diritto comune o ci si riferisce alla natura privata del datore di lavoro. In poche parole, si tratta di stabilire se il discrimine prescelto dal legislatore è riferibile al regime normativo entro cui agisce il datore di lavoro, oppure alla sua natura soggettiva. In concreto

il quesito riguarda una categoria per nulla trascurabile: le tante aziende speciali degli enti locali, gli altri enti pubblici economici regionali e statali, le società controllate da enti pubblici, le fondazioni pubbliche.

Dal punto di vista letterale il riferimento ad un particolare “settore” sembra alludere ad una categoria di datori di lavoro più che ad un regime normativo. Dunque, essa dovrebbe riguardare, quanto meno, tutti i datori di lavoro che hanno natura privatistica, *in primis* naturalmente le imprese in forma societaria. Quanto alle società private controllate da enti pubblici, la loro riferibilità al “settore privato” poggia non solo sul fatto che la loro forma soggettiva rimane privatistica ma anche dal rinvio operato nell’art. 19, comma 1, d.lgs. n. 175 del 2016, secondo cui ai rapporti fra società pubbliche e loro dipendenti si applicano le regole di diritto comune, «ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali». Un’ulteriore conferma di ciò, almeno in riferimento agli ammortizzatori sociali, è offerta dalla disciplina della CIG. Essa, infatti, ammette al trattamento di CIG ordinaria, anche le imprese pubbliche del settore industriale (anche nella forma di società controllate), con la sola eccezione di quelle il cui capitale sia *interamente* di proprietà pubblica (art. 10, comma 1, lett. 1 d.lgs. 148/2015); eccezione di cui non v’è invece traccia nei d.l. n. 9 e n. 18 del 2020.

Questi due appigli al diritto positivo sono relativi ai soggetti privati che svolgono un’attività di impresa o almeno economica; requisito che però non riscontriamo sempre nelle società pubbliche, si pensi a quelle strumentali (*c.d. in house*). Sotto questo profilo la riferibilità al settore privato potrebbe essere messa in dubbio da quella giurisprudenza che – svalutando la lettera della legge e la forma giuridica di queste entità – valorizza la natura sostanziale del datore di lavoro per applicare la disciplina pubblicistica in materia di lavoro anche a quegli enti che considera come una *longa manus* della pubblica amministrazione (PA) per il fatto di non svolgere una vera attività d’impresa o economica. Questa esclusione – che peraltro dipenderebbe da una giurisprudenza ancora oggi ondivaga (cfr. § 3), può essere respinta in questo caso, perché i decreti-legge succitati non fanno riferimento esclusivo alle imprese – come invece fa, ad esempio, il d.lgs. n. 148 del 2015 in materia di CIG – ma estende il proprio raggio d’azione anche ai datori di lavoro non imprenditori.

Per quest’ultima ragione, infatti, nel “settore privato” che beneficia delle misure di sostegno indicate, dobbiamo inserire non solo le società controllate, ma anche le fondazioni e le associazioni, anche se istituite e governate da enti pubblici (si pensi alle fondazioni universitarie o a quelle lirico-sinfoniche).

2. - Il “settore privato” come categoria riferita alla disciplina dei rapporti di lavoro: una soluzione ragionevole già avallata dalla prassi amministrativa.

Il confine, a questo punto, non è ancora completamente delineato. Capovolgendo il punto di vista, ci si deve chiedere cosa ne è degli enti pubblici che svolgano attività economica o di impresa. Si pensi agli enti pubblici economici, statali, regionali o agli enti pubblici istituiti dagli enti locali, come molte aziende speciali disciplinate dall’art. 114 d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL). Considerato che il legislatore ha esteso l’ambito di applicazione dei benefici erogati anche ai datori di lavoro non imprenditori, escludere tale categoria di enti appare di primo acchito irragionevole, considerata la loro collocazione in un contesto di mercato o di quasi-mercato.

A tale riguardo, viene in soccorso una unanime prassi amministrativa che, per analogia, possiamo certamente applicare anche al nuovo decreto e che, fino ad ora, ha impedito la formazione di un contenzioso e di giurisprudenza sul punto. Infatti, la locuzione scelta dal legislatore non è nuova: se ne trova traccia in altri precedenti misure, non necessariamente legate a situazioni emergenziali. Si pensi, quanto a queste ultime, alle discipline di sostegno per i datori di lavoro colpiti dalla tragedia del crollo del Ponte Morandi (d.l. n. 109 del 2018) o a quella degli eventi sismici del centro Italia (d.l. 189/2016), ma anche alle discipline strutturali come quelle relative all’incentivazione fiscale del welfare aziendale o all’agevolazione del *part-time* dei lavoratori prossimi alle pensioni (art. 1, commi 186 e 284, l. n. 208 del 2015). Ebbene, proprio alla luce di queste ultime discipline strutturali, le amministrazioni impegnate nell’implementazione delle misure di sostegno, hanno preso una posizione chiara. Sia l’Agenzia delle Entrate che l’INPS, per quanto di competenza, hanno infatti ritenuto, nelle loro circolari, che il riferimento al “settore privato” vada inteso nel senso di

includervi tutti i datori di lavoro che non rientrino in senso stretto nella categoria della PA (cfr. da ultimo la Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 28/E del 15 giugno 2016 in riferimento al welfare contrattuale e la circolare INPS n. 90 del 26 maggio 2016 in riferimento all’agevolazione per il *part-time* e gli altri riferimenti ivi contenuti – cfr. 3). Di conseguenza, tali enti hanno espressamente ammesso ai vari benefici gli enti pubblici economici, fra cui possiamo far rientrare anche un’ampia parte delle aziende speciali degli enti locali, poiché ad essi non si applica il d.lgs. 165/2001 ma il diritto comune ai sensi dell’art. 2093 c.c.

Questa considerazione induce ad affermare che l’ambigua formulazione scelta dal legislatore non possa essere interpretata come se si riferisse solo alla natura (formalmente) privatistica del datore di lavoro. Piuttosto, siccome il legislatore ha scelto di prescindere dalla natura imprenditoriale dell’attività esercitata, essa deve essere intesa in senso più ampio; in modo, cioè, da ricomprendere sia i datori di lavoro “privati” sia quelli pubblici o controllati da enti pubblici, purché non siano soggetti alla disciplina speciale dedicata alle PA ai sensi dell’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

Riferimenti bibliografici.

Sul problema della natura degli enti cfr. G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, 801, e A. SANTUARI, *Le aziende speciali: un modello ancora vivo?*, in *www.giustamm.it*, marzo 2012.

Per un recente inquadramento lavoristico generale P. TOSI, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, 17, e F. BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, 2, 376. Per una analisi di dettaglio delle questioni relative alle società controllate e agli enti pubblici economici cfr. rispettivamente R. ROMEI-A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Milano, 2019 e M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici: art. 2093 c.c.*, Milano, 2018.

Riguardo alla contrastante giurisprudenza che tende o meno ad applicare il diritto pubblico ad enti che sono solo controllati dalla PA, senza farvi formalmente parte, cfr. Cass. civ., 31 ottobre 2016, n. 21990, in *Dejure*; App. L’Aquila, 19 febbraio 2016, n. 170, in *Dejure*; App. L’Aquila, 2 marzo 2015, n. 304, in *Dejure*; App. Torino, sez. III, 13 giugno 2019, n. 994, in *Dejure*.

Altri benefici normativi riservati al “settore privato” si trovano nel d.l. n. 34 del 2019 contenente misure urgenti di crescita economica e all’art. 1, comma 172, l. n. 232 del 2016.

Riguardo all’interpretazione del concetto di “settore privato” prevalso presso la PA

cfr. la nota del Ministero del Lavoro del 13 marzo 2015, la circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 59 del 2008 e la circolare INPS n. 17 del 2015 relativa alla disciplina attuativa dell’esonero contributivo triennale introdotto dalla legge di stabilità per il 2015, oltre agli ulteriori riferimenti ivi contenuti.

In materia di cassa integrazione cfr. Renga, *Cassa integrazione guadagni e testo unico: ossimori e vecchi merletti*, in *Lav. dir.*, 2017, 2, 217.

7. È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?

1. - Le norme transitorie in materia di lavoro agile per evitare il contagio da Covid-19.

Il lavoro agile, previsto e regolamentato dagli artt. 18 ss. l. n. 81 del 2017, è tra gli strumenti principali che, nella fase di emergenza venutasi a creare in conseguenza della diffusione della pandemia di Covid-19, sono deputati a rendere possibile lo svolgimento della prestazione lavorativa compatibilmente con le prescrizioni finalizzate a prevenire il contagio e quindi l'ulteriore diffusione del virus.

A tal fine l'art. 2, comma 1, lett. r), d.P.C.M. 8 marzo 2020, ha attribuito ai datori di lavoro la facoltà di convertire, con un provvedimento unilaterale temporaneo, la modalità ordinaria di esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile, con ciò rendendo non solo non necessario il consenso del lavoratore, ma lasciando che sia il datore di lavoro a determinarne le forme organizzative non dovendo le stesse essere definite tramite un accordo con il lavoratore (come altrimenti sarebbe necessario in base all'art. 19 l. n. 81 del 2017).

Muovendo dalla constatazione che la finalità principale che le disposizioni sin qui varate sono destinate a soddisfare è costituita dalla salvaguardia della salute pubblica attraverso la prevenzione del contagio, l'impiego della modalità agile di esecuzione della prestazione di lavoro appare contestualmente funzionale a:

a) permettere la prosecuzione dell'attività produttiva, evitando che il danno alla produzione, conseguente alla impossibilità altrimenti totale o

parziale di svolgere le attività, si traduca in un danno alla produttività delle imprese (con conseguente danno per i lavoratori conseguente al rischio di perdita dell'occupazione);

b) permettere al datore di lavoro di adempiere all'obbligo di salvaguardare l'integrità fisica del lavoratore (art. 2087 c.c.), tanto di quello che venga posto in lavoro agile, quanto degli altri (chiamati a continuare a recarsi in azienda) nei confronti dei quali il contatto con un minor numero di colleghi è funzionale a ridurre il rischio del contagio.

2. - È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile?

Nel quadro sin qui sommariamente richiamato, all'interno del quale, come anticipato, è attribuito al datore di lavoro il potere di convertire unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione in lavoro agile, è necessario chiedersi se possa essere riconosciuto, in via interpretativa, un diritto del lavoratore a pretendere lo svolgimento della propria prestazione a distanza laddove il datore non l'abbia disposto di propria iniziativa. La volontà del lavoratore di prestare la propria attività in modalità agile potrebbe essere giustificata dalla paura del contagio, per sé e per i propri familiari o comunque per tutte le persone con le quali lo stesso è quotidianamente in contatto.

Per fornire una risposta a tale quesito occorre partire dalla constatazione che la latitudine dell'obbligo gravante sul datore di lavoro, al pari di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, di adottare condotte utili ad evitare l'ulteriore diffusione del virus deve essere determinata tenendo conto del fatto che il Governo non ha, allo stato attuale, adottato un provvedimento di blocco totale delle attività produttive.

Cosicché, operando il bilanciamento tra l'interesse dell'imprenditore a proseguire nell'attività produttiva e gli interessi alla tutela della salute pubblica e alla salute dei lavoratori, deve concludersi che il datore di lavoro deve considerarsi legittimato a pretendere dal lavoratore lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità tradizionale, ma ciò solo in quanto ricorrano due condizioni:

– le mansioni del lavoratore, per loro natura, possono essere svolte solo presso la sede dell'impresa;

– le mansioni del lavoratore sono essenziali affinché l'attività produttiva possa proseguire durante lo stato di emergenza.

Tale interpretazione trova conferma all'interno delle previsioni dettate dal d.P.C.M. 11 marzo 2020, il quale «raccomanda», all'art. 1, punto 7, lett. a) e c), da un lato, che «sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese delle modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza», e, dall'altro, «siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione».

3. - Cosa accade nel caso in cui vi siano impedimenti allo svolgimento della prestazione da remoto?

Ci si deve a questo punto interrogare su quale sia l'esito ulteriore nel caso in cui il lavoratore, che dovrebbe svolgere la prestazione in modalità agile, non possa svolgerla in concreto, perché, ad esempio:

- a) l'azienda non disponga della strumentazione tecnologica necessaria a permettere al lavoratore di rendere la propria prestazione a distanza;
- b) il datore di lavoro pretenda lo svolgimento in azienda della prestazione nonostante non ricorrano le condizioni previste al termine del precedente paragrafo;
- c) il lavoratore eccepisca di non avere presso il proprio domicilio un ambiente adeguato allo svolgimento della prestazione.

Con riferimento al primo e al secondo quesito, si deve preliminarmente osservare che gli artt. 18 ss. l. n. 81 del 2017 non impongono affatto che la strumentazione tecnologica necessaria a realizzare il collegamento a distanza sia fornita dal datore di lavoro (sul quale grava la responsabilità per la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti eventualmente assegnati). Cosicché il lavoro agile ben può realizzarsi attraverso l'impiego di strumenti tecnologici nella disponibilità del lavoratore.

Nel caso in cui il lavoratore non possieda strumenti adeguati ovvero tali strumenti non siano comunque sufficienti a rendere possibile la corretta esecuzione della prestazione lavorativa, grava indubbiamente sul datore di lavoro l'obbligo di fornire tali strumenti nel caso sia lui ad aver disposto il lavoro agile.

Ma *quid iuris* nel caso in cui sia il lavoratore (adibito a mansioni che non

devono essere necessariamente svolte in azienda e che non sono essenziali per assicurare la continuità dell'attività imprenditoriale) a richiedere lo smart working e il datore di lavoro opponga un rifiuto connesso al fatto di non disporre di strumenti adeguati?

In tale ipotesi, invocando il bilanciamento degli interessi richiamato nel secondo paragrafo, si può concludere che l'impossibilità per il datore di fornire una strumentazione adeguata:

- a) per un verso, renda illegittimo il rifiuto del datore ad accettare l'esecuzione in modalità agile. La richiesta di continuare a rendere la propria prestazione recandosi in azienda realizzerebbe una prevalenza ingiustificata dell'interesse del datore alla continuità della prestazione di lavoro rispetto alla salvaguardia della salute pubblica e della salute dei lavoratori;
- b) per un altro verso, configura un'impossibilità dell'adempimento della prestazione lavorativa imputabile al datore che comporta la salvaguardia del diritto alla retribuzione del lavoratore.

Resta da chiedersi quale conseguenza sia possibile ricollegare all'eventualità nella quale, il lavoratore, posto unilateralmente in lavoro agile, eccedisca di non avere presso il proprio domicilio un ambiente adeguato allo svolgimento della prestazione.

Il quesito non è di facile soluzione se si considera che tale eventualità è annoverabile tra le ragioni per le quali la l. n. 81 del 2017 richiede che il lavoro agile venga concordato tra le parti del rapporto.

Nell'ottica del bilanciamento alla base del ragionamento sin qui svolto, la soluzione va ricercata tenendo conto che le prescrizioni adottate dagli organi dello Stato pongono in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento l'obbligo di cooperare allo scopo di contrastare l'ulteriore diffusione del virus. Ne consegue l'assenza delle condizioni ambientali presso il domicilio del lavoratore non possano costituire una valida ragione di esonero dall'obbligazione di rendere la prestazione lavorativa, pur potendo costituire una motivazione che può assumere una rilevanza sul piano della correttezza dell'adempimento.

4. - Il lavoratore in quarantena o permanenza domiciliare può lavorare in modalità agile?

Il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto “Cura Italia”) ha previsto, nel suo art. 26, che il periodo trascorso dal lavoratore in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare con sorveglianza attiva sia equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento, pur non essendo computabile ai fini della maturazione del periodo di comporta.

In relazione a tale previsione, ci si deve interrogare se il lavoratore in tali condizioni possa comunque svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile, considerato che lo stesso potrebbe essere perfettamente in salute e non avere alcun sintomo di malattia.

Per rispondere a tale domanda si deve partire dalla constatazione che il fatto che il lavoratore debba essere considerato in malattia comporta che il rapporto di lavoro debba essere considerato temporaneamente sospeso e che quindi il lavoratore non possa svolgere attività lavorativa.

Il datore non può dunque pretendere dal lavoratore l'esecuzione della prestazione.

Appare invece possibile sviluppare un discorso diverso nel caso in cui la scelta di adempiere comunque la prestazione lavorativa sia effetto di un accordo con il lavoratore. In tal caso, la deroga all'equiparazione alla malattia del periodo di quarantena o di permanenza domiciliare appare possibile se si tiene conto che le risorse destinate a permettere l'erogazione dell'indennità di malattia in questo caso sono limitate (cfr. art. 26, comma 5). Proprio in considerazione di tale limitazione, le finalità, ricordate in esordio, cui mirano i provvedimenti adottati per fronteggiare il contagio (tutela della salute pubblica, salvaguardia delle attività produttive essenziali, prevenzione del contagio) inducono a ritenere possibile riconoscere piena validità all'accordo in base al quale il lavoratore accetta di svolgere la prestazione a distanza e di non avvalersi del trattamento di malattia. Ciò poiché tale accordo contribuisce a rendere possibile un impiego più efficiente e solidaristico delle risorse disponibili, riservandone l'impiego alle ipotesi in cui la prestazione lavorativa sia integralmente impedita in conseguenza della impossibilità di recarsi in azienda.

Riferimenti bibliografici.

L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 3, 771; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 335, 2017; M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, Napoli, 2018; G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018.

8. Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus

1. - Il lavoro agile nella l. n. 81 del 2017.

Se fino a poco tempo fa il **lavoro agile** era sconosciuto ai più, oggi sembra essere divenuta la soluzione più immediata in risposta alle esigenze lavorative emerse in seguito all'emergenza Coronavirus.

Maggiormente diffuso con il termine anglosassone *smart working*, il lavoro agile ha ottenuto il suo riconoscimento legislativo con la l. 22 maggio 2017, n. 81, dopo che già alcune grandi aziende ne avevano riconosciuto il potenziale attraverso forme di sperimentazione nell'ambito della contrattazione collettiva decentrata.

Il comma 1 dell'art. 18 l. n. 81 del 2017 definisce il lavoro agile come una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato disciplinata mediante **accordo tra le parti**, la cui finalità è quella di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro». La prestazione resa con tale modalità può essere svolta in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

La portata innovativa della legge risiede nel ruolo riservato all'accordo tra le parti che interviene per disciplinare l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, con riguardo a diversi aspetti quali, a titolo esemplificativo, l'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e gli strumenti utilizzati dal lavoratore.

A questo proposito, è stato opportunamente evidenziato che quello affidato all'autonomia individuale è un «ruolo di attivazione e co-regolazione, senza che sia prevista alcuna mediazione della contrattazione collettiva

nell'esercizio di quelle funzioni che solitamente le sono attribuite» [PROIA 2018, 182]. Nonostante la mancanza di una delega legale alla contrattazione collettiva, non può naturalmente escludersi un intervento della stessa che, anzi, sarebbe per certi versi auspicabile.

Le innovative modalità di esecuzione della prestazione, resa perlopiù attraverso strumenti tecnologici, hanno richiesto un adattamento della normativa generale in materia di salute e sicurezza dei lavoratori che senz'altro rappresenta una delle questioni più critiche della disciplina. Senza volerci in questa sede addentrare nei profili problematici, basti qui sapere che l'art. 22, dopo aver ribadito che grava sul datore di lavoro l'obbligo di garantire la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile, sancisce l'obbligo di consegnare, almeno una volta l'anno, al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, un'informativa scritta, che individui i rischi generali e quelli specifici, connessi alle particolari modalità di svolgimento dell'attività lavorativa. Allo stesso modo, lo *smart worker* è tutelato «contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali» (art. 23, comma 2).

2. - Come l'emergenza Coronavirus ha modificato le modalità di accesso al lavoro agile.

In un contesto di particolare emergenza quale quello attuale si è ritenuto necessario introdurre dei correttivi alla disciplina sul lavoro agile al fine di agevolarne l'accesso. Infatti, lo *smart working* è parso essere sin dall'inizio dell'emergenza uno strumento significativo per ridurre l'esposizione dei lavoratori al rischio di contagio garantendo comunque la continuazione dell'attività lavorativa, soprattutto per quelle attività maggiormente confacenti a tale modalità di lavoro da remoto.

In particolare, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Giuseppe Conte, ha dapprima approvato il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemio-
logica», disponendo che la modalità di lavoro agile sarebbe stata applicabile a tutti i lavoratori delle zone in cui era prevista la sospensione o la

limitazione dello svolgimento dell'attività lavorativa, senza necessità di stipula degli accordi individuali. Successivamente, lo stesso Consiglio dei Ministri ha esteso tale possibilità a tutto il territorio nazionale e per tutta la durata dell'emergenza con il decreto del 1° marzo 2020 che nello specifico - tra le misure riguardanti l'intero territorio nazionale - prevede che «la modalità di lavoro agile sia applicata, per la durata dello stato di emergenza, dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, anche in assenza degli accordi individuali previsti». Il contenuto del decreto è stato poi ribadito nei successivi d.P.C.M. del 4 marzo e dell'11 marzo 2020.

In questo modo, in deroga ad alcuni adempimenti previsti dalla l. n. 81 del 2017, viene consentita l'introduzione **automatica** e quindi in **via unilaterale** del lavoro agile. L'unico adempimento che permane consiste nell'invio al lavoratore dell'informativa sulla sicurezza la quale, al fine di rendere ancora più snella e semplificata la procedura, può essere quella resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro.

L'**obbligo di informativa**, sempre in un'ottica di semplificazione, può essere assolto in via telematica. L'assenza di ulteriori specificazioni a riguardo lascia intendere che la trasmissione può avvenire semplicemente per mezzo di posta elettronica.

Gli interventi correttivi aprono la strada ad alcuni interrogativi. In particolare, abbiamo già avuto modo di analizzare che l'art. 18, comma 1, l. n. 81 del 2017 ha definito il lavoro agile come una modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato, da svolgersi in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali. Nella situazione attuale, tale principio di alternanza verrebbe senz'altro meno, al punto da chiedersi se non appaia di più immediato impiego il ricorso al telelavoro, come disciplinato dall'Accordo interconfederale del 9 giugno 2004, con il quale l'attività lavorativa viene regolarmente svolta al di fuori dei locali aziendali [M. MENEGOTTO, 2020, 4]. Tuttavia, non è da escludere che il lavoratore agile, anche nel contesto attuale, possa essere chiamato a svolgere la sua prestazione presso i locali aziendali (nel rispetto delle necessarie misure di prevenzione) realizzandosi così l'alternanza prevista dalla legge.

Un altro interrogativo emerge se si considerano le conseguenze derivanti dalla mancanza di accordo. In particolare, se la disciplina generale pre-

vede che sia rimessa all'accordo tra le parti la definizione delle modalità in cui rendere la prestazione agile, la sua assenza farebbe venir meno la fonte primaria nella quale rinvenire il modo in cui si esplica il lavoro.

3. - Molte aziende non erano preparate. Cosa fare?

L'emergenza Coronavirus e la conseguente necessaria attivazione di modalità di lavoro *smart* hanno colto molte aziende impreparate. Difatti, se si considera lo *smart working* non solo come una diversa modalità di espletamento della prestazione lavorativa, ma come frutto di un processo di riorganizzazione del lavoro molto più strutturato, appare evidente come una grande percentuale delle imprese del nostro territorio si sia trovata a fare i conti con un approccio al lavoro totalmente sconosciuto.

Questa inesperienza e mancanza di consapevolezza può far sì che l'introduzione del lavoro agile si risolva in un banale (e antico) "lavoro da casa" realizzato senza alcuna reale innovazione organizzativa e culturale che lo strumento comporta se applicato correttamente [TIRABOSCHI 2020, 2].

Nonostante i recenti decreti ministeriali abbiano facilitato il ricorso al lavoro agile, i datori di lavoro che non avevano ancora mai introdotto lo *smart working* in azienda si trovano ad affrontare situazioni del tutto nuove e spesso di non facile gestione. Essi si trovano quindi oggi nella condizione di dover reinventare la propria organizzazione del lavoro.

Nonostante il venir meno dell'obbligo di stipula dell'accordo tra le parti che, si ripete, nella disciplina generale del lavoro agile rappresenta la fonte primaria di accesso a tale modalità di lavoro, si ritiene utile la predisposizione di una **informativa rivolta ai lavoratori** coinvolti. Tale informativa sarebbe finalizzata a colmare il vuoto lasciato dall'assenza dell'accordo e, quindi, a fornire una più puntuale specificazione delle modalità in cui rendere la prestazione agile.

Tale informativa non sarà evidentemente finalizzata a regolare la modalità di lavoro con riguardo al luogo che, presumibilmente sarà il domicilio del lavoratore (o altro luogo nel caso di una dovuta assistenza ad un familiare), quanto piuttosto a regolare ulteriori e delicati aspetti, quali ad esempio il **diritto alla disconnessione** o il corretto utilizzo della **strumentazione tecnologica**.

Con riguardo al primo aspetto, appare auspicabile che al lavoratore, pur essendo egli in una condizione in cui è potenzialmente sempre disponibile al lavoro, venga garantito il suo diritto ad un effettivo riposo. La stessa l. n. 81 del 2017 garantisce all'art. 19 che «l'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro». A tal proposito, in assenza di accordo, potrebbe essere utile una specifica all'interno dell'informativa che circoscrive lo svolgimento dell'attività lavorativa esclusivamente all'interno dell'orario di lavoro normalmente svolto in azienda. Di conseguenza è in tale orario che il lavoratore dovrà rendersi reperibile e disponibile all'esercizio delle sue mansioni. In quest'ottica, le aziende potranno anche dotarsi di sistemi di comunicazione *voip* che consentono di essere raggiungibili direttamente sullo *smartphone* tramite una deviazione dal numero aziendale e le cui impostazioni sono modulabili a seconda delle esigenze e degli orari svolti, favorendo così la disconnessione.

Ulteriori considerazioni possono essere fatte partendo dall'analisi delle principali criticità del lavoro agile riscontrate nell'ambito delle ricerche effettuate nel 2019 dall'Osservatorio Smart working del Politecnico di Milano. Tra le principali criticità percepite dalle aziende pare esservi una non facile gestione delle urgenze, una capacità di utilizzo delle tecnologie non sempre ottimale e una certa difficoltà nella pianificazione delle attività. In tal senso, l'innovazione tecnologica - su cui oltretutto è basato il contesto generale in cui il lavoro agile emerge - può senz'altro garantire una migliore gestione di tali criticità attraverso, ad esempio, una più efficiente progettazione delle attività. Sono infatti disponibili software gestionali, ovvero strumenti di *project management*, utili alla pianificazione, organizzazione, comunicazione e condivisione di informazioni e documenti. Essendo tali strumenti *cloud based* sono facilmente fruibili in modalità *smart*.

Un ulteriore profilo di rilievo pratico attiene alle **comunicazioni** da effettuare attraverso il Portale Servizi Lavoro del sito Cliclavoro che, già previste nella disciplina generale, restano **obbligatorie**. Per agevolare l'attività delle imprese è necessaria una comunicazione telematica che contenga una dichiarazione di avviso di attivazione dello *smart working* da

parte del datore di lavoro ed una bozza di comunicazione destinata al lavoratore. Sembrerebbe però che la procedura non consenta di inviare comunicazioni di modifica o di annullamento. Tuttavia, un dubbio permane circa le tempistiche da rispettare per adempiere al suddetto obbligo. La normativa in materia o le circolari attuative non ha mai fatto chiarezza su questo aspetto; appare tuttavia consigliabile inviare tali comunicazioni nei 5 giorni successivi all'attivazione dello *smart working*.

In ultima istanza e con particolare attenzione alla tutela del lavoratore sarebbe auspicabile realizzare una informativa sulla sicurezza che presenti il più possibile carattere di specificità, assolvendo così in maniera più dettagliata all'obbligo previsto dai recenti interventi correttivi.

Tali accorgimenti, a parere di chi scrive, potranno agevolare la gestione dello *smart working* in risposta alle esigenze emergenziali. Questo è valido ancor di più per le aziende che, per poca propensione al cambiamento o semplicemente per scetticismo, non si erano mai attivate per l'introduzione di tali modalità di lavoro.

In conclusione, se non tutto il male vien per nuocere e con uno sguardo di speranza verso il futuro, sarebbe auspicabile che le aziende possano, a prescindere dall'emergenza, avvicinarsi con più coraggio allo *smart working* adattandolo ciascuno alle proprie esigenze e peculiarità. In altri termini, chissà se proprio il Coronavirus non costringa le aziende a fare di necessità virtù, accelerando un'evoluzione che altrimenti sarebbe stata più lenta [ICHINO 2020].

Riferimenti bibliografici.

G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018.

M. MENEGOTTO, *Coronavirus: trasferte, lavoro agile e telelavoro*, in *Bollettino ADAPT*, n. 7, 17 febbraio 2020.

M. TIRABOSCHI, *Un contributo alla gestione delle problematiche giuslavoristiche della emergenza da Coronavirus*, in *Bollettino speciale ADAPT*, n. 2, 27 febbraio 2020.

P. ICHINO, *Se l'epidemia mette le ali allo smart working*, in <https://www.lavoce.info/archives/63816/se-lepidemia-mette-le-ali-allo-smart-working>, 2020.

9.

La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da Covid 19 e disciplina ordinaria

1. - Nuove regole.

Il 31 gennaio 2020, visto il d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, ed in particolare gli artt. 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1, il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato d'emergenza nazionale connesso al rischio sanitario derivante dall'insorgere di patologie causate da agenti virali trasmissibili. Da tale momento si è attivato un sistema di produzione di regole dai caratteri peculiari e destinato ad incidere sull'intero ordinamento, quindi anche sulla disciplina della sicurezza nello svolgimento dei rapporti di lavoro e, per necessaria conseguenza, sui possibili successivi effetti derivanti dalla inosservanza di tali regole.

La natura normativa di tale fonte può considerarsi dubbia, posto che, si è notato (Carlassare, Fonti del diritto (dir. cost.) [Annali II-2, 2008]), «la sintesi crisafulliana generalità - astrattezza» seppure utile nell'individuare ciò che può definirsi norma giuridica lascia incerte le situazioni nelle quali prevale la necessità di provvedere sul carattere generale ed astratto. Questa pare essere la condizione delle ordinanze emanate dall'autorità di protezione civile, caratterizzate dalla necessità di provvedere; esse non sarebbero fonti normative, pur potendo derogare temporaneamente, nel rispetto dei principi costituzionali, a disposizioni di grado legislativo per l'esigenza di provvedere.

Si è anche osservato che la ragion d'essere dell'amministrazione dell'emergenza (Gigliani, Amministrazione dell'emergenza [Annali VI, 2013]) sta nel prorompere dell'imprevedibilità del fatto (per quanto qui di inte-

resse, il contagio da virus) che, per il carattere catastrofico dei suoi effetti, sconvolge l'ordinario rapporto tra il fatto e la fattispecie astratta che costituisce la disciplina ordinaria della materia.

Nel contesto ordinario il rapporto tra fatto e disciplina poggia sul canone logico della certezza. Questa condizione consente di delineare con altrettanta certezza i diritti e gli obblighi dei soggetti coinvolti.

Va però ricordato che quella attuale è in realtà una società soggetta a costanti rischi (la c.d. società dei rischi di Z. Bauman): da qui la previsione, da parte della legge ordinaria, dei presupposti di operatività dell'amministrazione dell'emergenza che, per forza di cose, trasfonde in sé aspetti normativi e di amministrazione e si caratterizza, per quanto riguarda il rischio sanitario, per l'essere governata dal principio di precauzione declinato sia in fase di *reazione* che in quella di *prevenzione*.

Abbiamo sotto i nostri occhi la profonda verità dell'affermazione che il fatto *imprevisto* (chissà quanto in effetti *imprevedibile*) genera incertezza. La possibilità di uscire realmente dall'emergenza, è evidente, va di pari passo rispetto al progresso delle conoscenze scientifiche, le quali consentono di conquistare un livello di certezza sugli strumenti di contrasto del rischio tale da consentire il rientro nella sfera ordinaria.

Durante il periodo dell'incertezza l'amministrazione dell'emergenza è tutta prevenzionale di tipo cautelare.

La complessiva gestione dell'emergenza (riconducibile normativamente al d.lgs. n. 1/2018) è affidata al sistema della protezione civile nazionale e prevede l'utilizzo di strumenti normativi tipici di tale stato (ordinanze emesse dai soggetti indicati, d.P.C.M. ma anche, come è previsto per i casi di necessità ed urgenza dall'art. 76 Cost., decreti-legge).

La gestione, ovviamente, è affidata ai titolari dei poteri speciali, che utilizzano procedimenti di formazione dei propri atti non conformi a quelli ordinari, ed anche la qualità è diversa, in quanto si tratta di organi che svolgono la propria attività in stretta relazione con organi tecnico-scientifici (in questo caso il Comitato tecnico scientifico) i quali, a loro volta, applicano canoni di condotta empirica e sperimentale.

Il modello di produzione delle regole è dunque diffuso tra diversi organi (centrali e locali) e talvolta, per raggiungere i propri scopi, l'amministrazione dell'emergenza deve integrare l'assetto ordinario con interventi di

maggiori forza e spessore, con ciò realizzando una funzione additiva rispetto al sistema normativo preesistente.

L'amministrazione dell'emergenza da contagio Covid 19, trattandosi di emergenza sanitaria, cura lo stesso interesse pubblico perseguito dalla disciplina ordinaria della sicurezza sul lavoro; la cura della salute pubblica coincide con quella dei cittadini – lavoratori, posto che la disciplina ordinaria si caratterizza per un poderoso sistema di norme a tutela della salute delle persone che prestano attività all'interno dei posti di lavoro.

Non si tratta quindi, ora più che mai, di bilanciare il diritto alla salute all'interno dei luoghi di lavoro con altri diritti riconosciuti a livello costituzionale e tanto meno con quelli meramente economici; la tutela della salute di tutti è l'unico obiettivo prevalente.

Se la funzione emergenziale in materia di salute pubblica cura il medesimo interesse della disciplina ordinaria della materia è evidente che, laddove si emanino disposizioni destinate a fronteggiare specifiche situazioni, le stesse andranno a potenziare la disciplina in senso precauzionale e protettivo.

Peraltro, il potere espresso dall'amministrazione dell'emergenza è straordinario non tanto perché in grado di derogare alla disciplina ordinaria ma perché certamente provvisorio: cessata l'incertezza dettata dall'emergere del fatto improvviso, attraverso il consolidarsi della evidenza scientifica, si esaurirà la stessa legittimazione dell'azione di emergenza.

Traendo una prima conseguenza, credo si debba affermare che il rapporto tra fonte emergenziale e disciplina ordinaria, in materia di sicurezza del lavoro, non corre in parallelo ma su un canale di integrazione reciproca, variamente modulata giacché la disciplina emergenziale, per la stretta connessione che deve mantenere con gli andamenti delle acquisizioni scientifiche, è un potere ampio e di mutevole intensità.

Su queste basi vanno esaminate le disposizioni emergenziali riguardanti il tema di queste riflessioni.

2. - Il dettaglio delle nuove regole.

Le specifiche disposizioni emergenziali sulle quali va ora diretto l'esame sono sparse nei vari provvedimenti ed al momento possono individuarsi, in dettaglio, in quelle contenute:

- a) nel d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, all'art. 10 (che prevede il potenziamento delle funzioni sanitarie dell'INAIL, soggetto attuatore degli interventi di protezione civile ai sensi dell'articolo 1, comma 1, dell'Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020); all'art. 42 (che prevede, al secondo comma, «Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati»; all'art. 43 (che prevede contributi per 50 milioni di euro per gli acquisti da parte delle imprese di dispositivi di sicurezza ed altri dispositivi individuali di protezione); all'art. 64 (che prevede un credito d'imposta in relazione alle spese sostenute per la sanificazione degli ambienti di lavoro);
- b) nel d.l. n. 19 del 25 marzo 2020 all'art. 1, comma 2, lett. z (laddove si prevede una deroga rispetto alle sospensioni o limitazioni dell'attività d'impresa o professionale relativamente a servizi di pubblica necessità ma solo previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predefinita e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale;
- c) nel d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020 agli artt. 30 (relativo ai crediti d'imposta per acquisto di d.p.i.) e 39 (relativo a procedure semplificate per le pratiche e attrezzature medico-radiologiche);
- d) nel d.P.C.M. dell'11 marzo 2020 all'art. 1, comma 1, n. 7) (secondo il quale: «in ordine alle attività produttive e alle attività professionali si raccomanda che: a) sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio

domicilio o in modalità a distanza; b) siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; c) siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; d) assumano protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale; all'art. 4 n. 1, che prevede restino garantiti, nel rispetto delle norme igienico-sanitarie, i servizi bancari, finanziari, assicurativi nonché l'attività del settore agricolo, zootecnico di trasformazione agro-alimentare comprese le filiere che ne forniscono beni e servizi»;

e) **nel Protocollo** del 14 marzo 2020 condiviso e stipulato tra le parti sociali, promosso ai sensi dell'art. 1, comma 1, n. 9 del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 marzo 2020: tale documento contiene ulteriori specificazioni applicative delle regole contenute nel d.P.C.M. che lo ha previsto unitamente ad ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6.

3. - Sintesi del nuovo quadro normativo: a) la delimitazione del credito di sicurezza del lavoratore nei confronti del rischio di contagio.

Da tale quadro si trae con evidenza il fine precauzionale di cui sopra si è detto e, inevitabilmente, la convergenza della funzione preventiva e precauzionale svolta dalle disposizioni emergenziali rispetto a quella svolta dalla normativa ordinaria di cui al d.lgs. n. 81 del 2008.

È vero anche che il tipo di intervento non è univoco, nel senso che la gestione del rischio contagio da Covid 19 all'interno dei luoghi di lavoro non è affidata puramente e semplicemente al sistema prevenzionale ordinario.

Si è infatti realizzato un prototipo di amministrazione emergenziale che tenta di sfruttare il consenso e la partecipazione per rendere più efficaci le dure misure di contenimento obbligatoriamente imposte alle attività produttive. Accanto, poi, alle imposizioni - seppure mediate dall'accordo sui contenuti delle stesse - vi sono le misure incentivanti di tipo economico (contributi e crediti d'imposta per favorire l'impresa che intende confor-

marsi all'obbligo ulteriore di sicurezza) ed un potenziamento dell'azione dell'Inail e dell'intero campo di azione della gestione dell'assicurazione obbligatoria in materia di infortuni e malattie.

Il meccanismo di coordinamento tra le due discipline è di tipo integrativo perché il rischio da contagio è sì un rischio comune a tutti i cittadini ma esso penetra necessariamente anche l'ambiente di lavoro, quello ovviamente che già non era esposto per le proprie caratteristiche (ad es. ambienti ospedalieri, laboratori etc..) al rischio biologico.

In altre parole, la procedura del protocollo non è classificabile quale atto negoziale collettivo destinato a regolare aspetti patrimoniali relativi al rapporto di lavoro, né tanto meno appare accostabile alle ipotesi dei protocolli in materia sociale stipulati negli anni '90, ove la concertazione tripolare, nelle varie espressioni, si poneva non già perché prevista dalla legge ma, semmai, secondo logica inversa, come una sorta di fonte politica di produzione normativa.

Dunque, le regole contenute nel Protocollo condiviso del 14 marzo scorso costituiscono specificazioni e conferme dell'obbligo di sicurezza incombente sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. e delle disposizioni che tale obbligo specificano. In particolare, l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2008 espressamente prevede che il medesimo testo si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio. Tutti i rischi, poi, vanno considerati nell'elaborazione del documento di valutazione di cui all'art. 17 lett. a) seguendo le modalità indicate negli artt. 28 e 29, comprendenti anche le rielaborazioni in ipotesi di situazioni che inducano alla necessità di rivedere le valutazioni fatte. Inoltre, il Titolo X si occupa proprio del rischio derivante da agenti biologici.

Peraltro, come si legge nel testo del medesimo Protocollo, la predisposizione dei dispositivi individuali di sicurezza e le altre misure riguardano quegli ambienti di lavoro diversi da quelli ospedalieri, giacché - deve ritenersi - quegli ambienti già da prima avrebbero dovuto prevedere il rischio biologico e, quindi, si sarebbero dovuti dotare di misure idonee di contrasto e prevenzione.

È lecito, a questo punto, interrogarsi sui parametri da seguire nella individuazione delle misure appropriate di prevenzione, al fine di contrastare

il rischio di contagio da Covid 19 negli ambienti di lavoro per i quali tale rischio non fosse presente prima dello scoppiare dell'epidemia.

È evidente, a parere di chi scrive (di diverso avviso P. Pascucci, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, 17 marzo 2020, in *Giustiziacivile.com*), che le misure indicate nei provvedimenti emergenziali adottati dalle autorità preposte ed anche quelle alle stesse correlate, contenute nel Protocollo del 14 marzo, costituiscono misure minime necessarie da seguire che integrano gli obblighi di valutazione. Si ricordi, infatti, che la misura del blocco delle attività economiche non essenziali è generalizzata e, dunque, l'essere ammessi all'esercizio dell'attività economica espone di per sé a maggior rischio, rispetto al normale cittadino, chi alla stessa si dedichi.

Le regole fissate nel Protocollo del 14 marzo costituiscono il riflesso delle indicazioni generali diffuse dalle autorità sanitarie e sostanzialmente si risolvono nell'obbligo del distanziamento sociale (ponendo almeno un metro di distanza tra le persone) e nell'utilizzo di dispositivi di protezione individuale, alias mascherine o anche tute, guanti, occhiali, nonché, ovviamente, nel mantenimento dell'igiene degli ambienti e delle mani e nelle altre previsioni riguardanti anche le procedure di accesso dei lavoratori e dei terzi autorizzati nell'ambiente di lavoro. A queste regole, per la lettura integrata che la ricostruzione sistematica qui adottata impone, vanno affiancate quelle previste dal titolo X d.lgs. n. 81 del 2008 nella parte in cui esse risultano adeguate alla concreta ipotesi che ora si deve affrontare e cioè il rischio di contagio da agente biologico derivante da cause esterne alla attività tipica svolta dall'impresa.

La giurisprudenza di legittimità, peraltro, ha costantemente affermato il diritto del lavoratore ad esigere il proprio credito di sicurezza nei riguardi del datore di lavoro, anche se riconducibile all'adozione di misure di prevenzione innominate (ad es., Cass. civ. n. 34 del 2016).

Altra tutela spettante al lavoratore, certo decisamente meno rilevante in tempo di crisi economica ed occupazionale, è la possibilità riconosciuta dall'art. 1460 c.c., di eccepire l'inadempimento datoriale e ciò in applicazione del principio secondo il quale, in caso di violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ., è legittimo, a fronte dell'inadempimento altrui, il rifiuto del lavoratore di

eseguire la propria prestazione, conservando, al contempo, il diritto alla retribuzione in quanto non possono derivargli conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore (Cass. civ. n. 6631 del 2015; Cass. civ. n. 10533 del 2013).

Piuttosto, nella situazione emergenziale in cui si opera, pare problematica la definizione dei termini di rispetto del cd. principio di massima sicurezza esigibile da parte dell'impresa.

In proposito, di una certa utilità può essere il richiamo alla giurisprudenza di legittimità formatasi in tema di rischio da inalazione di polveri contenenti asbesto e correlata alla necessità di individuare il parametro di sicurezza da esigere dal datore di lavoro nell'epoca precedente all'imposizione del divieto assoluto di produzione e lavorazione dell'amianto.

Si è detto (Cass. civ. n. 15082 del 2014) che dal dovere di prevenzione imposto al datore di lavoro dall'art. 2087 c.c. (che non configura una ipotesi di responsabilità oggettiva) non possa desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile e innominata diretta ad evitare qualsiasi danno, con la conseguenza di ritenere la responsabilità del datore di lavoro ogni volta che un danno si sia comunque verificato, occorrendo invece che l'evento sia pur sempre riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento imposti da norme di fonte legale o suggeriti dalla tecnica, ma concretamente individuati (Cass. civ., 1° giugno 2004, n. 10510).

Dunque, se non è possibile enucleare la condotta esigibile e non osservata, seppure almeno idonea quanto meno a ridurre significativamente il rischio di contagio, non può ipotizzarsi alcuna violazione dell'obbligo di sicurezza.

La giurisprudenza consolidata assegna all'art. 2087 c.c., il ruolo di norma di chiusura del sistema di prevenzione, operante cioè anche in assenza di specifiche regole d'esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma riconosce che tale norma sanziona l'omessa predisposizione di tutte quelle misure e cautele atte a preservare l'integrità psicofisica e la salute del lavoratore nel luogo di lavoro, tenuto conto della concreta realtà aziendale e della maggiore o minore possibilità di venire a conoscenza e di indagare sull'esistenza di fattori di rischio in un determinato momento storico (v., tra le tante, Cass. civ., 14 gennaio 2005, n. 644; Cass. civ., 1°

febbraio 2008, n. 2491; Cass. civ., 3 agosto 2012, n. 13956; Cass. civ., 8 ottobre 2018, n. 24742; Cass. civ., 11 febbraio 2020, n. 3282).

4. - Gli effetti nell'ambito della responsabilità civile del datore di lavoro.

Quanto, poi, al profilo, ulteriore ed evidentemente eventuale e successivo, dei presupposti di operatività della responsabilità civile derivante dall'eventuale contagio, è chiaro che, una volta fissati i contorni dell'obbligo di sicurezza nei termini sopra indicati, la fattispecie risarcitoria trova nel medesimo inadempimento il suo presupposto principale.

Secondo i comuni canoni, dunque, al lavoratore spetterà l'onere di allegare e provare i fatti costitutivi della propria pretesa e cioè l'inosservanza degli obblighi cautelari da parte del datore di lavoro, che il contagio sia avvenuto nell'espletamento dell'attività lavorativa e l'entità del danno.

In tale contesto, la giurisprudenza della Corte di cassazione (vd. Cass. 15082/2014 cit.) quanto all'onere della prova distingue tra la violazione di obblighi specifici previsti dalla legge (o da fonti equiparate), in ordine alle quali il datore di lavoro per non incorrere in responsabilità deve negare quanto dedotto dall'attore, e violazioni scaturenti dal generico obbligo di sicurezza imposto dall'art. 2087 c.c., ove occorre calcolare la diligenza ritenuta esigibile secondo misure di sicurezza normalmente osservate o che fanno riferimento ad altri ambiti analoghi.

Data la particolare rilevanza della condotta individuale emergente dalla disciplina precauzionale in fatto di contagio, assume rilievo anche la condotta del lavoratore. In tale prospettiva, posto che non vi è deroga ma potenziamento degli obblighi datoriali, deve ritenersi valido il principio secondo il quale al di fuori dei casi di rischio elettivo, nei quali la responsabilità datoriale è esclusa, qualora ricorrano comportamenti colposi del lavoratore trova applicazione l'art. 1227, comma 1, c.c.; tuttavia, la condotta incauta del lavoratore non comporta un concorso idoneo a ridurre la misura del risarcimento ogniqualvolta la violazione di un obbligo di prevenzione da parte del datore di lavoro sia munita di incidenza esclusiva rispetto alla determinazione dell'evento dannoso (da ultimo si vd. Cass. civ., 25 novembre 2019, n.30679).

Del resto, il concreto ambito dell'obbligazione risarcitoria del datore di

lavoro in ipotesi di contagio da Covid 19, visto il tenore dell'art. 42 d.l. n. 18 del 2020, sarà quello teso alla copertura del c.d. danno differenziale e complementare rispetto alla copertura assicurativa prestata dall'Inail, tema questo dai toni mai sufficientemente sopiti e recentemente ravvivatosi anche per l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in materia di compensatio lucri cum danno (Cass.civ.,22 maggio 2018, n. 12565).

5. - Gli effetti sull'assicurazione obbligatoria Inail.

Quanto al rapporto configurabile tra l'ipotesi di contagio da Covid 19 e la disciplina assicurativa obbligatoria gestita dall'INAIL, come si è visto, è lo stesso art. 42 del d.l. n. 18 del 2020 che indica tale contagio come infortunio, laddove lo stesso si sia verificato in occasione di lavoro, prevedendo la relativa copertura assicurativa anche durante la malattia e la quarantena. La disciplina emergenziale, ai fini dell'operatività della misura, si applica ai soggetti già rientranti nell'obbligo assicurativo presso l'Inail in quanto impiegati in attività protette (art. 1 d.P.R. n. 1124 del 1965), ovvero in quanto persone assicurate (art. 4 stesso testo) od ancora in quanto dipendenti da datori di lavoro obbligati ad assicurare i propri dipendenti (art. 9 stesso testo). Inoltre, la stessa disciplina si dirige agli altri soggetti previsti dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 (lavoratori parasubordinati, sportivi professionisti dipendenti e lavoratori appartenenti all'area dirigenziale) e dalle altre norme speciali in tema di obbligo e tutela assicurativa Inail.

Il presupposto è il solo accadimento di un contagio avvenuto in occasione di lavoro, con estensione temporale della copertura assicurativa all'intera durata della malattia e della quarantena.

Della *occasione di lavoro*, la giurisprudenza ha accolto una nozione ampia, facendo applicazione del principio secondo il quale rileva solo che l'attività lavorativa sia svolta secondo il contratto di lavoro, rientrando nella protezione assicurativa qualsiasi attività riconducibile funzionalmente a questa (Cass. civ., 26 novembre 2019, n. 30874; Cas. civ., 6 febbraio 2018, n. 2838).

La esplicita applicazione della disciplina dell'infortunio al caso di contagio in occasione di lavoro è coerente con la finalità di provvedere rapidamente alla liquidazione degli indennizzi dovuti.

Lo stesso Istituto, con la circolare esplicativa n. 13 del 3 aprile scorso, fornisce indicazioni sulle prestazioni garantite in caso di contagio di origine professionale e ciò fa nell'ottica della conferma che è necessario ampliare la platea degli assicurati nei cui confronti far scattare la piena tutela dell'Inail, come per gli altri infortuni o malattie, già a partire dal periodo di quarantena.

L'ipotesi del contagio da agente biologico è stata già qualificata quale infortunio dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. In particolare, si è affermato che può costituire causa violenta anche l'azione di fattori microbici o virali che penetrando nell'organismo umano determinano l'alterazione dell'equilibrio anatomico - fisiologico, sempreché tale azione, pur se i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo, sia in rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa. Tale dimostrazione può essere fornita in giudizio anche mediante presunzioni semplici (Cass. civ., 12 maggio 2005, n. 9968).

Secondo la circolare Inail sopra citata, «[...] in base alle istruzioni per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie, la tutela assicurativa si estende, infatti, anche alle ipotesi in cui l'identificazione delle precise cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica.

Ne discende che, ove l'episodio che ha determinato il contagio non sia noto o non possa essere provato dal lavoratore, né si può comunque presumere che il contagio si sia verificato in considerazione delle mansioni/lavorazioni e di ogni altro elemento che in tal senso deponga, l'accertamento medico-legale seguirà l'ordinaria procedura privilegiando essenzialmente i seguenti elementi: epidemiologico, clinico, anamnestico e circostanziale».

Alcuni profili di una certa criticità sono legati alla possibile azione di rivalsa conseguente alla erogazione della rendita per il caso di contagio da Covid 19, ai sensi degli artt. 10 ed 11 d.P.R. n. 1124 del 1965 che consentono all'Istituto di agire in rivalsa nei confronti del datore di lavoro, nei limiti della responsabilità civile dello stesso.

Non pare che la previsione contenuta nell'art. 42 d.l. n. 18, secondo la quale il riconoscimento dell'indennità per l'infortunio non incide ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per l'andamento infortunistico (ai sensi dell'art. 19 e ss. d.m. del 27 febbraio 2019), sia

significativa dell'intenzione di allontanarsi dallo schema ordinario del testo unico.

Infatti, tale previsione costituisce chiaramente un mezzo teso a neutralizzare l'incidenza sul costo del lavoro, gravante sulla categoria produttiva in questione, degli effetti del contagio/infortunio che si accosta alla concessione di contributi per l'acquisto di dispositivi di protezione individuale o altri mezzi di prevenzione ed al credito d'imposta in caso di sanificazioni degli ambienti di lavoro.

Si tratta di leve economiche che lo Stato gestisce secondo canoni di discrezionalità con la finalità di modificare, nell'ambito assicurativo obbligatorio, il tipo di rapporto economico e finanziario intercorrente con il sistema produttivo già delineato dal d.P.R. n. 1124 del 1965.

Del resto tali strumenti rispondono alla medesima logica sottesa all'intervento sull'art. 11 d.P.R. 1124 del 1965 operato dal d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 28 giugno 2019, n. 58, nel modificare l'art. 1, comma 1126, lett. *d*) ed *e*), l. 30 dicembre 2018, n. 145, secondo il quale il giudice, nel liquidare l'importo dovuto ai sensi dei commi precedenti, può procedere alla riduzione della somma tenendo conto della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro.

In conclusione, pare potersi affermare che le disposizioni emergenziali, anche per gli aspetti più legati alla disciplina assicurativa, pur tenendo conto di talune specificità, vadano complessivamente ricondotte ai canoni applicativi ordinari.

10. Covid-19 e relazioni industriali: il Protocollo del 14 marzo 2020 e oltre

1. - Emergenza sanitaria e “questione operaia”: note di contesto.

In tempi di disintermediazione il ritorno alle pratiche concertative fa notizia. O meglio dà il senso della gravità dell'emergenza sanitaria che ha colpito il nostro Paese in seguito alla rapida diffusione del contagio da Covid-19 e che ha scosso – come non succedeva da tempo – anche il mondo del lavoro.

Il riferimento è al divampare di proteste che nel giro di pochi giorni hanno interessato da nord a sud decine di stabilimenti e nel corso delle quali i lavoratori in agitazione hanno manifestato forti perplessità sulla prosecuzione delle normali attività produttive a fronte dell'espandersi dell'epidemia.

Il cuore della protesta può essere sintetizzato così: mentre a tutti viene imposto di restare nelle proprie abitazioni (è ormai virale la sacrosanta campagna “#iorestoacasa”), alla stragrande maggioranza dei lavoratori, anche a quelli non impegnati in attività di prima necessità, è consentito (o, meglio, richiesto) di svolgere la normale *routine* (uscire di casa, prendere i mezzi pubblici, stare a contatto con i colleghi, etc.). Una contraddizione ben descritta in uno striscione che dalla Spagna ha fatto subito il giro del *web* in cui si legge che “*la romantización de la cuarentena es privilegio de clase*”.

Il fondamento normativo di questo “sdoppiamento” della regolazione dell'emergenza è rinvenibile nel d.P.C.M. 11 marzo 2020 (emanato ai sensi dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6). Quest'ultimo, infatti, dispone lo *stop* di moltissime attività economiche (commercio al dettaglio, ristorazione, servizi alla persona) (art. 1, nn. 1-3), con la garanzia di una serie di servizi

e attività ritenuti di stretta necessità (art. 1, n. 4), ma non prevede alcun blocco per le «attività produttive» e «professionali». Per queste il Governo ha prescritto solo alcune raccomandazioni: il massimo utilizzo da parte delle imprese del lavoro agile, l'incentivo alle ferie e ai congedi retribuiti, la sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione, l'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, ove non fosse possibile mantenere la distanza di sicurezza, l'adozione di dispositivi di protezione individuale, l'incentivo alla sanificazione dei luoghi di lavoro e, per le sole attività produttive, la limitazione al massimo degli spostamenti all'interno dei siti e il contingentamento dell'accesso agli spazi comuni (art. 1, n. 7 e 8).

Pur capendo le ragioni (e le pressioni) che hanno portato i decisori pubblici a tale scelta – ovvero l'impossibilità di bloccare l'intero sistema produttivo nazionale, già fortemente provato alle sue fondamenta ben prima di questa emergenza, e l'effetto psicologico di una tale misura sulla popolazione – è altrettanto comprensibile la preoccupazione diffusa tra i lavoratori. Del resto il dilemma sotteso a questa vicenda è tra quelli più roventi che covano sotto la cenere del nostro sistema manifatturiero e, più in generale, di produzione e riguarda il temperamento del diritto alla salute con quello al lavoro e alla libertà di iniziativa economica. Questo problema, però, se sino a oggi ha interessato singole realtà o territori (si pensi alla vicenda dell'*ex-Ilva* di Taranto), ora ha assunto drammaticamente un respiro nazionale.

2. - Protocollo governo-parti sociali 14 marzo 2020: un accordo a due “anime”.

In questo scenario si inserisce l'approvazione del “Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”. Tale accordo è stato sottoscritto dalle parti sociali e dal Governo (su impulso di quest'ultimo) sulla scorta di quanto previsto sempre dal d.P.C.M. dell'11 marzo, ove ci si impegnava a favorire proprio «intese tra organizzazioni datoriali e sindacali» (art. 1, comma 1, n. 9).

L'aspirazione dell'intesa è fornire «linee guida condivise tra le Parti per

agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio», atteso che – sempre testualmente dalla premessa – «la prosecuzione delle attività produttive può infatti avvenire solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione».

Da qui la necessità di predisporre rapidamente un primo nucleo di regole da discutere e integrare all'esito del confronto con le rappresentanze sindacali aziendali e, per le imprese che ne sono sprovviste, con le rappresentanze territoriali, «affinché ogni misura adottata possa essere condivisa e resa più efficace dal contributo di esperienza delle persone che lavorano, in particolare degli RLS e degli RLST, tenendo conto della specificità di ogni singola realtà produttiva e delle situazioni territoriali» (premesse, ultimo cpv.).

Nel merito, la prima impressione è che il Protocollo si componga di due “anime”, che riflettono i due differenti approcci all'emergenza: quello più “duro” del blocco totale delle attività non essenziali e quello più “morbido” della continuità della produzione, pur nella consapevolezza della necessità di rafforzare le misure di protezione per il contrasto e il contenimento del contagio.

La parte *hard* è quella che raccomanda, in linea con i provvedimenti governativi, il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile, delle ferie e dei congedi retribuiti, nonché degli ulteriori strumenti previsti dalla contrattazione collettiva. E, ancora, la sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione o, comunque, di quelli dei quali è possibile il funzionamento mediante il ricorso al lavoro agile e sospendendo e annullando le trasferte/viaggi di lavoro nazionali e internazionali, anche se già concordati o organizzati (punto 8).

La parte *soft*, invece, prevede indicazioni operative per aumentare «negli ambienti di lavoro non sanitari» l'efficacia delle misure precauzionali per il contrasto e il contenimento della pandemia.

In primo luogo, viene disciplinato un onere di informazione in capo all'azienda che, «attraverso le modalità più idonee ed efficaci», dovrà rendere edotti i lavoratori e chiunque faccia ingresso in azienda circa le disposizioni emanate dalle autorità (punto 1). In secondo luogo, vengono normate le modalità di ingresso in azienda sia del personale (che prima

dell'accesso potrà essere sottoposto anche al controllo della temperatura corporea), sia dei visitatori e dei fornitori esterni (saranno individuate «procedure di ingresso, transito e uscita, mediante modalità, percorsi e tempistiche predefinite, per ridurre le occasioni di contatto con il personale in forza nei reparti/uffici coinvolti») (punti 2 e 3).

Uno spazio importante, inoltre, è dedicato alle misure di pulizia e igienizzazione sia dei luoghi di lavoro, sia del personale. Quanto ai primi, l'azienda deve assicurare la pulizia giornaliera e la sanificazione periodica dei locali, degli ambienti, delle postazioni di lavoro e delle aree comuni e di svago e, qualora venga accertata la presenza di una persona contagiata all'interno dei locali aziendali, deve assicurare la pulizia e la sanificazione secondo le disposizioni della Circolare 22 febbraio 2020, n. 5443 del Ministero della salute. Previste, poi, la pulizia a fine turno e la sanificazione periodica degli strumenti di lavoro, come tastiere, schermi *touch e mouse* (punto 4). Quanto ai lavoratori, invece, nell'accordo si precisa che le persone presenti in azienda debbano adottare tutte le precauzioni igieniche, compresa la frequente pulizia delle mani, anche grazie a idonei mezzi detergenti forniti dall'azienda (punto 5).

128

In merito alle misure di protezione dei lavoratori, indicativa della situazione di emergenza (nonché della difficoltà, allo stato, di garantire a pieno la salute e sicurezza dei lavoratori), è la parte dedicata ai dispositivi di protezione individuale (dpi): prendendo atto della difficoltà di reperimento, infatti, le parti stipulanti mettono nero su bianco che la loro adozione «è evidentemente legata alla disponibilità in commercio». In ogni caso, concordano sul fatto che, quando una particolare attività imponga di lavorare a distanza minore di un metro e non siano possibili altre soluzioni organizzative, «è comunque necessario l'uso delle mascherine, e altri dispositivi di protezione (guanti, occhiali, tute, cuffie, camici, ecc...) conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie» (punto 6). Di fronte a questa lapalissiana antinomia (impiegare i dpi, solo se reperibili in commercio e, in ogni caso, impiegarli quando sia impossibile tenere la distanza di sicurezza), è auspicabile un'interpretazione che imponga il blocco di quelle attività in assenza di misure minime di sicurezza. Una conferma, seppur indiretta, a questa opzione ermeneutica sembra arrivare dalle prime pronunce sul punto: i provvedimenti con i quali i giudici del

lavoro di Firenze e Bologna (Trib. Firenze, decreto 1 aprile 2020 e Trib. Bologna, decreto 14 aprile 2020) hanno ordinato a due aziende operanti nel settore del food delivery di fornire ai propri riders una serie di dpi (mascherine, guanti e gel disinfettanti). Gli stessi dispositivi che all'inizio dell'emergenza sanitaria l'azienda, nel caso fiorentino, si era solo limitata a consigliare ai lavoratori e, in quello bolognese, si era impegnata a consegnare solo quando li avesse reperiti.

Una particolare attenzione, poi, è riservata alla gestione degli spazi comuni (mense, spogliatoi, aree fumatori, distributori automatici...) per evitare assembramenti (punto 7), all'organizzazione aziendale, con piani di turnazione per diminuire al massimo i contatti tra lavoratori (punto 8), alla gestione dell'entrata e delle uscite dei dipendenti, favorendo scaglionamenti (punto 9), agli spostamenti interni, alle riunioni, agli eventi interni e alla formazione, riducendoli, annullando quelli in presenza già organizzati e disponendo, ove possibile, modalità di svolgimento telematiche (punto 10).

Nell'accordo, inoltre, si definiscono le procedure da adottare in azienda in presenza di una persona che presenti sintomi del contagio (punto 11) e le peculiari modalità per la sorveglianza sanitaria da parte del medico competente e dei RLS: vanno privilegiate alcune tipologie di visite ("preventive", "a richiesta" e "da rientro da malattia"); la sorveglianza sanitaria periodica non va interrotta e il medico competente deve segnalare all'azienda situazioni di particolare fragilità e patologie attuali o pregressi dei dipendenti (punto 12).

Infine, si individua un processo di aggiornamento di tali misure di prevenzione, attraverso la costituzione in azienda di comitati per l'applicazione e la verifica delle regole con la partecipazione delle RSA e del RLS (punto 13). Una misura, questa, destinata a rimanere "sulla carta" per le aziende più piccole (che, peraltro, rappresentano la stragrande maggioranza di quelle italiane) e difficilmente realizzabile con l'intervento delle organizzazioni sindacali e datoriali di livello territoriale.

3. - Oltre il (e a sostegno del) Protocollo: le misure contenute nel d.l. n. 18 del 2020.

Trattandosi di un accordo di concertazione, bisogna ora comprendere se e in che modo l'attore pubblico abbia messo in campo misure e risorse per consentirne la piena operatività, poiché nella parte iniziale dell'intesa si prevede espressamente che «il Governo favorisce, per quanto di sua competenza, la piena attuazione del Protocollo». Questo *test*, pertanto, è rivolto in primo luogo al c.d. decreto “cura Italia” (d.l. 17 marzo 2020, n. 18) e, nell'economia del presente scritto, è diretto a indagare se e in che modo il Governo abbia inteso sostenere le due diverse anime del Protocollo.

Rispetto alla parte *hard* (il blocco delle attività produttive non essenziali), nulla si dice in maniera espressa, non rivenendosi alcun obbligo di chiusura. In via indiretta, però, esso contiene diverse misure che consentono ad aziende e lavoratori di attutire gli effetti di una eventuale sospensione (o anche solo del rallentamento) della produzione. Anzitutto, la previsione di ammortizzatori sociali, anche in deroga, per far fronte all'emergenza (artt. 19-22); in secondo luogo, l'individuazione di speciali congedi per i dipendenti del settore privato (art. 23) e, infine, l'estensione della durata dei permessi retribuiti ai sensi dell'art. 33 l. n. 104 del 1992 (art. 24).

Del tutto insoddisfacente appare la parte di sostegno alla parte *soft* del Protocollo (relativa al potenziamento delle misure di sicurezza per le aziende che non interrompano la produzione). Ci si limita a disporre, su un piano più generale, che «allo scopo di sostenere la continuità, in sicurezza, dei processi produttivi delle imprese» l'Inail trasferisca entro il 30 aprile (quando, però, ci si augura che l'emergenza sia nella sua fase calante!) ad Invitalia l'importo di 50 milioni di euro da erogare alle imprese per l'acquisto di dispositivi ed altri strumenti di protezione individuale (art. 43, co. 1). Su un piano più settoriale, con riferimento alla continuità delle attività indifferibili per l'esecuzione di lavori volti al ripristino del servizio elettrico, si prevede che le abilitazioni in possesso del relativo personale conservino la loro validità sino al 30 aprile 2020 anche nei casi di temporanea impossibilità a effettuare i moduli di aggiornamento pratico, con l'obbligo, però, per il datore di lavoro di «erogare la formazione per l'aggiornamento teorico, anche a distanza nel rispetto delle misure di contenimento adottate per l'emergenza epidemiologica da Covid-19» (art.

45). Sempre sullo stesso piano, si dispongono particolari precauzioni per il personale delle amministrazioni della giustizia civile, penale, tributaria e militare (artt. 83, 84 e 85) e per quello adibito al servizio postale (art. 108).

4. - Blocco (o quasi) delle attività non essenziali (d.P.C.M. 22 marzo 2020 e d.l. n. 19 del 2020) e questione salute e sicurezza immaginando la “fase 2”.

Al netto delle buone intenzioni di Governo e parti sociali, gli interventi messi in campo non corrispondono all’obiettivo prefissato: garantire la continuità del nostro sistema produttivo, senza sacrificare la salute e la sicurezza dei lavoratori. E questo è confermato quotidianamente dai bollettini ufficiali diramati dalla Protezione civile sull’evolversi del contagio e sul numero di deceduti.

Di fronte a questi dati, le parti sociali hanno dovuto trarre le conseguenze. E così i tre segretari confederali, dopo una sola settimana dalla sottoscrizione del Protocollo, hanno fatto presente al *premier* l’utilità di «una verifica comune sugli effetti applicativi che tale intesa ha determinato [...] anche alla luce della progressione dei contagi, nonostante le misure di contenimento fino ad ora adottate», chiedendo di valutare anche la «necessità di misure ancor più rigorose di sospensione delle attività non essenziali» (lettera Landini, Furlan, Barbagallo del 21 marzo 2020).

Una richiesta che il Governo ha raccolto disponendo, attraverso l’ennesimo d.P.C.M. (22 marzo 2020), il blocco delle attività non essenziali che, tuttavia, si è rivelato molto meno incisivo rispetto a quello annunciato.

Il riferimento è alle moltissime “eccezioni” – contenute nell’art. 1, lett. d, e, f, g e h – che allentano le maglie (già piuttosto larghe) dell’elenco delle attività sospese dallo stesso decreto e contenute nell’allegato 1.

Il Governo si è forse lasciato condizionare dalle legittime preoccupazioni del mondo imprenditoriale, palesate in maniera esplicita dal numero uno di Confindustria dopo l’annuncio della stretta (cfr. lettera Boccia del 22 marzo).

Ad ogni modo, l’apertura dell’Esecutivo alle istanze del mondo produttivo ha provocato la peccata reazione dei sindacati (che hanno invocato lo “sciopero generale”) e ha rischiato di minare alle fondamenta il già preca-

rio equilibrio sotteso all'apprezzabile sforzo concertativo delle ultime settimane.

Nel difficile contesto economico *in fieri* questa rottura andava evitata. Tantissimi, infatti, sono i lavoratori in attività e sulle cui spalle continua a gravare la garanzia degli approvvigionamenti e, più in generale, la tenuta del nostro sistema Paese. E che continuando a lavorare si espongono quotidianamente al rischio di contrarre il virus e di trasmetterlo all'interno delle proprie famiglie.

Per questo va salutata positivamente la ripresa del dialogo tra le parti sociali e il Governo, che ha portato a una modifica dell'elenco delle imprese escluse dal provvedimento di blocco (cfr. il decreto 25 marzo 2020 del Ministro per lo sviluppo economico).

Di grande importanza, infine, l'approvazione del d.l. n. 19 del 2020, in cui si scorge per la prima volta la «legificazione» (così PASCUCCI 2020, 122) dell'obbligo di sospendere e bloccare le attività produttive laddove non sia possibile rispettare le distanze di sicurezza o impiegare adeguati dpi (art. 1, co. 2, lett. z).

132

Passi apprezzabili nel temperamento tra il preminente diritto alla salute dei cittadini-lavoratori e la garanzia della continuità del sistema produttivo. Indispensabili, alla luce del fatto che – come è ormai certo – questa emergenza ci accompagnerà per ancora molto tempo e sarà fondamentale programmare una ripresa, graduale ma inevitabile, di tutte le attività che, però, potrebbe presentare modalità specifiche e differenziate, destinate a riverberarsi sulla regolazione del mercato del lavoro.

Si pensi all'ipotesi da più parti avanzata di un rientro scaglionato per fasce d'età o preceduto da *test* sierologici rapidi volti a individuare i soggetti positivi al *virus* (in particolare i c.d. asintomatici) e agli interessanti risvolti giuridici che potrebbero derivare da tali scelte (in materia di ammortizzatori sociali, tutela della *privacy*, etc.). Queste ultime, infatti, sono inevitabilmente destinate a scontrarsi con una molteplicità di regole che dovrebbero essere “derogate” o “congelate” in ragione della straordinaria emergenza.

È ragionevole ipotizzare che tali modifiche (seppur temporanee) alla disciplina ordinaria saranno contenute nei provvedimenti che il legislatore varerà sulla scorta del parere tecnico-scientifico delle commissioni e *task*

forze nominate per la gestione dell'emergenza (sia il *team* di scienziati che in queste settimane ha affiancato il Governo nella scelta delle misure restrittive e sia quello di studiosi ed esperti ai quali è stato affidato il compito di occuparsi della "fase 2"). È, però, auspicabile che – come avvenuto per il Protocollo – queste scelte siano concordate con le parti sociali che, in questo particolare frangente storico, hanno dimostrato ancora una volta di essere indispensabili per la tenuta del nostro Paese.

Riferimenti bibliografici.

Per una riflessione sulla c.d. disintermediazione v. B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 555 ss.

Sulla concertazione, invece, cfr., per tutti, L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione: soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Bari, 1999; M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, Padova, 2006 e, più di recente, L. ZOPPOLI, *Concertazione (dir. lav.)*, in *Treccani online*, 2016.

Per l'apparato normativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro, per tutti, v. L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2011, e P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Fano, 2017.

Con riferimento all'impatto sulla disciplina generale in materia di salute e sicurezza delle novità contenute nei provvedimenti regolamentari, legislativi e contrattuali emanati in occasione dell'emergenza sanitaria, cfr. A. Maresca, *Relazione, Webinar Covid-19*, Commissione di Certificazione, Università degli Studi Roma Tre, 11 marzo 2020; cfr. P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, 17 marzo 2020, in *Giustiziacivile.com*; L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e Covid-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Dir. sic. lav.*, 2019, 2, 122 ss.; S. BOLOGNA, *Tutela del lavoro e emergenza da Covid-19. Coronavirus e salute e sicurezza: le risposte degli ordinamenti intersindacale e statale*, in *Treccani online*, 31 marzo 2020; G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *WP "Massimo D'Antona".it*, n. 213, 2020.

Sul ruolo del sindacato nelle misure previste dal Protocollo del 14 marzo 2020 e dal d.l. n. 18 del 2020, cfr. A. BELL, *Emergenza Covid-19 e attività sindacale*, in *Wikilabour - Newsletter*, n. 6, 23 marzo 2020 e, più in generale, su quello delle parti sociali nell'individuazione di un punto di equilibrio tra salute e lavoro F. SEGHEZZI-M. TIRABOSCHI, *Emergenza coronavirus: il ruolo delle parti sociali per non contrapporre salute ed economia*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 3, 18 marzo 2020.

Sulla "legificazione" operata con il d.l. n. 19/2020 della disciplina contenuta nei provvedimenti governativi adottati nelle prime settimane dell'emergenza, v. 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*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, 1, 117 ss.

In merito ai possibili scenari di ritorno a lavoro e sui loro risvolti giuridici, cfr. M.

T. CARINCI, *Back to work al tempo del Coronavirus e obbligo di sicurezza del datore di lavoro. I test sierologici rapidi*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 3, 2020.

11.

Sospensione (*rectius* nullità) dei licenziamenti economici per il Covid-19 e dubbi di legittimità costituzionale

1. - Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18.

L'art. 46 del Decreto "Cura Italia", erroneamente (o forse ingannevolmente) rubricato "Sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti", non ha nulla a che vedere con i termini di impugnazione dei licenziamenti, poiché in realtà preclude (e sospende) i licenziamenti economici, collettivi e per giustificato motivo oggettivo, fino al 17 maggio 2020: «A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223 è precluso per 60 giorni e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604».

La rubrica allora si riferisce forse più agli effetti che al contenuto della disposizione: non essendoci licenziamenti, non è necessario nemmeno procedere alla loro impugnazione.

Ma anche interpretando così, permangono dubbi sul titolo.

In primis, perché la disposizione non impedisce ogni tipo di recesso e, ancora, perché non sospende, preclude i licenziamenti economici, i quali dovranno comunque essere impugnati, se intimati durante questo intervallo di tempo.

Ma procediamo con ordine nell'analisi degli effetti della norma.

Il Decreto, da un lato, sospende le procedure di cui alla l. n. 223 del 1991 avviate dal 24 febbraio e dall'altro, preclude i licenziamenti collettivi e per giustificato motivo oggettivo dal momento della sua entrata in vigore per 60 giorni. [PERSIANI 1994; CARABELLI 2001; GAMBACCIANI 2017; T. CARINCI 2005; BETTINI 2017; VARVA S 2015; PERULLI 2017; FERRARESI 2016; CALCATERRA 2009]

Durante questo intervallo di tempo è dunque ancora concessa ai datori di lavoro la possibilità di recedere dal contratto di lavoro per comportamenti imputabili a titolo di colpa al lavoratore (licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo).

All'alba dell'entrata in vigore dell'art. 46 menzionato non sono comunque tardate ad arrivare le prime critiche volte a sollevare i dubbi di legittimità costituzionale della norma per contrasto con l'art. 41 della Costituzione [G. PERA 1980, 22; G. DE SIMONE 2002; S. BRUN 2012].

2. - I motivi di legittimità della sospensione.

A mio sommo avviso, non sussiste contrasto tra l'art. 46 del Decreto e l'art. 41 della Costituzione.

La norma sarebbe infatti incostituzionale solo se avesse introdotto una interruzione *ad libitum* dei licenziamenti economici, ma così non è, poiché la norma è chiara nel sospendere le procedure all'interno di un arco temporale circoscritto al 17 maggio 2020.

Il senso della norma deve essere ricompreso alla luce del complessivo intervento del Decreto Legge, volto ad introdurre "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19".

Come ha affermato lo stesso Ministro Gualtieri, il Decreto Cura Italia ha stanziato 10 miliardi di euro a sostegno dell'occupazione dei lavoratori «perché nessuno perda il posto di lavoro a causa del Coronavirus», estendendo la Cassa integrazione in deroga all'intero territorio nazionale, per tutti i dipendenti di tutti (o quasi) i settori produttivi. I datori di lavoro, comprese le aziende con meno di 5 dipendenti, che sospendono o ridu-

cono l'attività a seguito dell'emergenza Covid-19, possono richiedere la CIG in deroga per la durata massima di 9 settimane e tale possibilità viene concessa anche a quei datori che già beneficiano della Cassa integrazione straordinaria.

La legge che ne deriva assumerebbe dunque una funzione di legge *«transitoria, provvisoria ed eccezionale»*, volta a regolare una particolare situazione di emergenza ed a tutelare anche l'interesse dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Il Decreto, dunque, sospende sì i licenziamenti economici, ma concede anche gli ammortizzatori sociali necessari ad evitare il fallimento delle imprese: la libertà datoriale viene in questo caso controbilanciata dalla possibilità di ricorrere alla Cassa integrazione.

La limitazione dell'art. 41 è pertanto legittima poiché momentanea e comunque compensata dal legislatore per fronteggiare una situazione di contrazione del mercato dovuta al Coronavirus.

Il Decreto Cura Italia non sarebbe peraltro nemmeno la prima misura, in ordine temporale, attraverso cui il legislatore dispone il blocco dei licenziamenti, poiché già nel dopoguerra, con il d.lgs.lgt. n. 523 del 1945, venne fatto divieto di licenziare i lavoratori dipendenti fino al 30 settembre 1945. Anche se in quel caso, a differenza di adesso (giacché nel frattempo è intervenuta la l. n. 604 del 1966, una volta esplicitato il divieto generale di licenziamento, vennero esplicitate dal legislatore le ipotesi di recesso datoriale ancora ammesse, evitando così i dubbi che l'art. 46 sta oggi generando. Il divieto, infatti, non si applicò: «ai lavoratori che, senza grave giustificato motivo, rifiutino di accettare altra occupazione che sia loro offerta presso altro datore di lavoro» e «nei casi in cui per disposizione di legge o di contratto collettivo è consentita la risoluzione del rapporto di lavoro per fatto del lavoratore».

3. - Il regime sanzionatorio applicabile.

Superati i dubbi di legittimità costituzionale, su cui si ritornerà nel prosieguo da altre prospettive, ad avviso di chi scrive, non sarebbero comunque sospese le procedure di impugnazione dei licenziamenti, poiché un datore di lavoro andrebbe incontro ad un licenziamento nullo qualora contravvenisse al disposto di cui all'art. 46.

Nel caso dei lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 sarebbe infatti «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge», art. 18 St.lav., mentre nel caso degli assunti dopo il 7 marzo 2015 sarebbe «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», art. 2 d.lgs. n. 23 del 2015 [SORDI 2013; M.; Bavaro-D'Onghia 2016].

Nel caso del Covid-19, infatti, pur sussistendo il motivo oggettivo, è proprio l'art. 46 a vietare «espressamente» il licenziamento per motivi economici [ROMEI 2015].

Sebbene poi il Decreto Cura Italia non preveda espressamente la nullità dei licenziamenti economici comminati in caso di sua violazione, la mancanza della sanzione non sarebbe di per sé nemmeno rilevante ai fini della possibilità di qualificare nullo il recesso, poiché l'art. 1418 c.c., comma 1, esprime un principio generale volto a sopperire proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non segue una previsione di nullità, c.d. «nullità virtuale» [MANTOVANI 2011].

Sarebbero dunque nulli, e non temporaneamente inefficaci, quei licenziamenti economici intimati durante questo arco temporale, proprio perché l'intervento del legislatore è finalizzato ad evitare che i lavoratori possano perdere il posto di lavoro a causa di una contrazione del mercato dovuta al Covid-19.

Si rischierebbe altrimenti di differire semplicemente gli effetti del recesso, permettendo – come spesso accade – che dietro ad un licenziamento per g.m.o. possa nascondersi un abuso datoriale.

E se la disciplina del g.m.o. è sempre stata caratterizzata da un'evoluzione normativa che ha privilegiato, a tratti, le istanze datoriali e, a tratti, quelle dei lavoratori, in questo caso, a fronte dell'emergenza, il legislatore sembra aver privilegiato nuovamente le prerogative di questi ultimi, poiché – precludendo i licenziamenti economici – è andando in contro tendenza rispetto a quanto previsto dal Jobs Act, che ha liberalizzato i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, non prevedendo più la tutela reale.

Così facendo allora, il legislatore ha introdotto una implicita tutela addirittura migliorativa per i lavoratori rispetto a quanto previsto dal *Jobs Act*.

4. - Cosa succederebbe se venisse prorogato il termine?

Non sarebbero invece da escludere i profili di illegittimità costituzionale ove il Governo, atteso il protrarsi dello stato di emergenza causato dal Covid-19, emettesse nei prossimi mesi un altro provvedimento di proroga del termine di sospensione del 17 maggio 2020.

È il caso di ricordare, a tal proposito, un precedente normativo molto caro ai giuslavoristi molto caro, la Legge n. 741/1959, meglio conosciuta con il nome di “*Legge Vigorelli*”, anch’essa tacciata a suo tempo di incostituzionalità, che delegò il Governo a recepire in decreti legislativi il contenuto dei contratti collettivi stipulati sino a quel momento, così da garantirne l’efficacia generale. L’emanazione degli atti aventi forza di Legge sarebbe dovuta pervenire entro un anno dall’entrata in vigore della Legge, ma detto termine venne ulteriormente prorogato dalla Legge n. 1027/1960.

Venne chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di questo complesso normativo la Corte Costituzionale, perché la Legge Vigorelli attribuiva ai sindacati la possibilità di introdurre contratti collettivi con efficacia *erga omnes* senza passare dai vincoli di una legge attuativa dei principi fissati dall’art. 39 della Costituzione.

La Corte Costituzionale però, da un lato, superò le obiezioni sollevate nei confronti della l. n. 741 del 1959, in ragione della sua natura «*provvisoria, transitoria ed eccezionale*» e dall’altro, dichiarò l’incostituzionalità della sua legge di proroga n. 1027 del 1960, poiché avrebbe stabilizzato un sistema di estensione dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo diverso dall’art. 39 Cost. (Corte Cost. n. 106 del 1962).

Nel caso di specie, pertanto, si porrebbero maggiori dubbi di contrasto con l’art. 41 della Costituzione in caso di ulteriore ricorso alla decretazione d’urgenza per mancata cessazione dello stato di emergenza causato dal Covid-19.

Senonché, a differenza della l. n. 1027 del 1960, non si avrebbe comunque la certezza di illegittimità costituzionale, poiché l’eventuale proroga da un lato, toglierebbe alla Legge i caratteri della «transitorietà» e «provvisorietà», ma dall’altro, non verrebbe meno il carattere di «eccezionalità», permanendo lo stato di emergenza nazionale.

Non si incorrerebbe certamente in alcuna censura di incostituzionalità, qualora la proroga del termine intervenisse per mezzo della Legge di

conversione, poiché quest'ultima, agendo direttamente sul testo del decreto-legge – stante il perdurare della situazione emergenziale – non farebbe altro che modificare, estendendone il periodo, l'unica norma adottata per fronteggiare la situazione di eccezionale emergenza.

Riferimenti bibliografici.

In materia di licenziamenti collettivi: M. PERSIANI (a cura di), *Commentario della legge 23 luglio 1991*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1994; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, 2001; G. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, Roma, 2017.

In materia di licenziamento per g.m.o.: M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVI, Padova, 2005; M.N. BETTINI (a cura di), *La nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo fra tutela del lavoratore e ragioni d'impresa*, Napoli, 2017.; S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Torino, 2015.; A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Torino, 2017; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino, 2016; L. CARCATERA., *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Napoli, 2009.

Analizzano i contrapposti interessi nei licenziamenti alla luce dell'art. 41 Costituzione: G. PERA, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nella motivazione dei licenziamenti*, in A. ARANGUREN-E. AUTERI-G. BRANCA-P. FANFANI-R. FLAMMIA-G. MAZZONI-M. PAPALEONI-G. PERA-V. SIMI, in *La riduzione del personale e la Cassa Integrazione Guadagni*, Milano, 1980, 22.; G. DE SIMONE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori*, in AA.VV., *I licenziamenti individuali*, in *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 26; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012;

Sulle espressioni dell'art. 18, così come modificato dalla Riforma Fornero, e del *Jobs Act* in merito ai casi di nullità: P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Milano, Giuffrè, 2013; V. BAVARO-M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *Temi dir. lav.*, 3, 2016.

Tra le varie interpretazioni del *Jobs Act*, vi sarebbe nullità solo ove la legge "espressamente" preveda il divieto licenziamento: R. Romei, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2015, 566.

In materia di nullità virtuale: M. MANTOVANI *Norme imperative invalidanti: nullità "virtuali" di protezione?*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, 186 ss.

V
OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

12.

Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?

1. Nello «stato di emergenza», a differenza di quanto accade nello «stato di guerra» (quando collettivo e persona si fondono, animati dall'opposizione a un nemico esterno o interno), comunità e individuo possono trovarsi in una posizione di conflitto, reale o potenziale; se, forse, è eccessivo discorrere in termini di «abolizione del prossimo» (G. AGAMBEN, *Contagio*, in *www.quodlibet*), è certamente possibile affermare che, nella situazione che stiamo vivendo, le libertà più sacre dell'individuo (di muoversi, di lavorare, di commerciare, di pregare, etc.) possono generare, se esercitate in modo totalmente incontrollato, un danno alla comunità, contribuendo a diffondere un male nocivo sia per gli altri sia per la società nel suo complesso (e per lo Stato, cui compete gestire il problema). La «natura si insinua nella comunità e la colpisce nel vincolo costitutivo», come ha efficacemente scritto F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020 aprendo questa riflessione sull'impatto dell'emergenza nel mondo del diritto.

Senza voler invadere troppo territori altrui, la Costituzione vigente non sembra autorizzare l'adozione di misure straordinarie in situazioni ecce-

zionali, men che meno quando si tratti di «allentare» i diritti fondamentali; diversa, notoriamente, la scelta del costituente francese che – all’art. 16 della Costituzione del 1958 – consente l’esercizio di «pouvoirs exceptionnels» quando «des institutions de la République, l’indépendance de la Nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacés d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu (...)».

In Italia, l’art. 120, comma 2, Cost. prevede, sì, poteri sostitutivi del Governo in caso di «calamità», ma solo per correggere un malfunzionamento del decentramento, e, comunque, in un quadro di limiti costituzionalmente ben definiti (e su questi temi può vedersi l’approfondimento curato da L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in www.federalismi.it).

Ma la vita è premessa e presupposto di ogni diritto; senza di essa, nulla ha senso (e i giuristi dovrebbero, come auspica Gustavo Zagrebelsky in un’intervista a Repubblica del 21 marzo, «non fare gli azzeccarbugli»).

144

Oggi, nel nostro Paese, si può affermare con certezza l’esistenza di uno «stato di emergenza» (dichiarato con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, per la durata di sei mesi), in ragione del quale molti diritti costituzionali di rango fondamentale trovano, a voler essere benevoli, una sorta di riarticolazione transitoria, in un bilanciamento con l’interesse collettivo alla prevenzione dell’epidemia.

Lo stato di eccezione, dunque, è accertato dall’autorità pubblica e, nella sua dimensione fattuale, è indiscutibile.

In questo clima, è naturale domandarsi se le condizioni in cui si trova il Paese possano avere, e se sì in che limiti, effetti sulle regole operative dei contratti e della responsabilità contrattuale, un dibattito qui aperto dalle riflessioni di F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in giustiziacivile.com, 17 marzo 2020.

Da una parte, le declamazioni solidaristiche – una costante negli ultimi decenni – trovano un terreno in cui, seriamente, il contratto può e deve fare solidarietà; dall’altra, la riduzione, se non il totale venir meno, del contatto (anche fisico) tra le persone pone problemi che investono tutti i «rapporti» giuridici, nella misura in cui l’essenza stessa della nozione di «rapporto»

implica un'interazione tra (almeno) due soggetti: dallo scambio di due dichiarazioni di volontà, alla cooperazione per il conseguimento di interessi comuni e individuali; dall'osservanza di doveri verso gli «altri» alla cura degli interessi di una persona debole etc.).

«Rapporto» è infatti «relazione tra i titolari di una situazione attiva e di una corrispondente situazione passiva» (V. ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2018, 57); senza possibilità di azione e interazione (anche in una dimensione fisica), l'intero assetto del diritto delle obbligazioni (e non solo di esso) entra in sofferenza, specie se si rifletta sulla dimensione dell'obbligo del soggetto passivo dell'obbligazione («dovere di tenere un certo comportamento»: A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 7), sempre rivolto verso qualcuno (sulla «destinatarietà» dell'obbligazione: N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 49).

Se, però, l'emergenza impedisce, anzi vieta, azioni e comportamenti aventi una dimensione relazionale, il rapporto obbligatorio non può non risentirne e il legislatore dell'emergenza, saggiamente, se n'è accorto.

2. L'art. 91 d.l. n. 18 del 2020, che si colloca sul versante della responsabilità del debitore, reca la seguente rubrica: «Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento (...)»; nel contenuto, la disposizione introduce un comma 6-bis all'art. 3 d.l. n. 6 del 2020: «Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Nel d.l. n. 6 del 2020 le misure di contenimento possono incidere sull'adempimento di innumerevoli specie di obbligazioni e delle prestazioni che ne formano oggetto, basti pensare alla disposta sospensione delle attività commerciali e alle altre misure di contenimento che, più semplicemente, impediscono gli spostamenti se non per determinate ragioni legislativamente identificate.

Se la dimensione relazionale entra in una sorta di sospensione emergenziale, il comma 6-bis dell'art. 3 d.l. n. 6 del 2020 (d'ora in poi: comma 6-bis), volendo valorizzare il senso della sua rubrica, è dedicato alla disciplina degli inadempimenti emergenziali, e, cioè, di quegli illeciti contrattuali

dovuti non già a dolo o colpa del debitore, ma alla necessità per il debitore di osservare una misura di contenimento che gli impedisce di eseguire la prestazione, dando corso al programma negozialmente concordato.

Se, cioè, è la misura di contenimento che spezza il rapporto obbligatorio, sopprimendone la dimensione relazionale che ne è il cuore, l'inadempimento che ne deriva è, per così dire, di natura esclusivamente formale, ma non dà luogo a quegli effetti sostanziali (in punto responsabilità) che discenderebbero in una situazione di normalità.

Questa disposizione contiene diverse norme:

i. l'inadempimento deve derivare dal «rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto»: se dipende da altre ragioni (ad esempio da cautele specifiche adottate dal debitore di sua iniziativa, anche nell'esercizio della sua autonomia imprenditoriale o da sue letture "originali" del senso delle misure) la disposizione non trova applicazione e il debitore è normalmente responsabile *ex art.* 1218 c.c.;

ii. l'osservanza delle misure di contenimento deve essere «valutata ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore»; questo dovrebbe significare che non vi è automatismo tra «osservanza delle misure di contenimento» ed «esclusione» della responsabilità del debitore, ma che, piuttosto, il giudice deve valutare, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento; perché – anche in omaggio alla rubrica della disposizione, che si esprime in termini di inadempimenti «derivanti» dall'attuazione delle misure di contenimento – se non lo è stata, la responsabilità del debitore segue le regole ordinarie. Questo può verificarsi, ad esempio, quando il debitore avrebbe potuto, secondo ordinaria diligenza da valutare anche in ragione della natura professionale della prestazione, adempiere nonostante il rispetto della misura di contenimento, per esempio adottando un sistema di comunicazione a distanza o altri strumenti tecnici in grado di superare (ma non eludere o aggirare!) l'effetto impeditivo della misura, tenendo conto, ovviamente, delle caratteristiche e della natura della prestazione da eseguire; essendo certamente pacifico che, anche nel regime speciale del comma 6-*bis*, alcune prestazioni, per la loro natura, possono essere normalmente eseguite senza porre in essere comportamenti lesivi della misure di contenimento (per esempio le obbligazioni pecuniarie, per le quali è suffi-

ciente l'accesso alla rete internet), mentre altre (per es. alcune prestazioni di fare o dare) sono più ostacolate dall'allentamento della libertà di movimento e di interazione con gli altri; o, ancora, quando il debitore si trovava già in uno stato di inadempimento (perché, ad esempio, già diffidato dal creditore o già destinatario di un'eccezione di inadempimento), sulla quale le misure di contenimento non hanno realmente inciso, se non consolidando una situazione preesistente;

iii. il comma 6-*bis* prevede che «il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. della responsabilità del debitore (...)»; ora, non pare che il richiamo alle due disposizioni debba essere letto come generico in quanto da riferirsi al «sistema» della responsabilità contrattuale in quanto tale, con lo strumento del richiamo alle sue due disposizioni-cardine (gli artt. 1218 e 1223 c.c., appunto). Sembra preferibile, piuttosto, un'interpretazione che valorizzi l'espressa menzione anche dell'art. 1223 c.c. (disposizione che, appunto, introduce il sistema delle regole dedicate ai danni derivanti dall'inadempimento). Al giudice (alla cui «valutazione» il comma 6-*bis* espressamente fa riferimento) è consentita una scelta così articolata: o ritiene che il rispetto delle misure escluda in radice la responsabilità del debitore o valuta che esso, pur non escludendo in radice la responsabilità del debitore, possa incidere sul *quantum* dei danni da risarcire al creditore, nel senso di escluderne dal risarcimento una parte più o meno significativa; in questo caso, il comma 6-*bis* funziona come una causa di riduzione del danno, similmente, anche se ovviamente con presupposti del tutto differenti e con un'applicazione limitata al periodo emergenziale, a quelle di cui all'art. 1227 c.c.;

iv. il comma 6-*bis* consente di valutare il rispetto delle misure di contenimento «anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Se il giudice ha ritenuto che l'inadempimento del debitore derivi dal rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia, tutte le clausole contrattuali legate alla situazione di inadempimento imputabile del creditore non possono essere applicate; la disposizione elenca (clausole che dispongono) «decadenze o penali», ma, onde evitare effetti irragionevoli, se non assurdi, la regola va estesa anche alle altre clausole comunque connesse all'inadempimento

del debitore (per es. una clausola risolutiva espressa) o al ritardo nell'adempimento (e, dunque, tutte le clausole sugli *interessi* moratori o, anche, gli interessi da ritardato pagamento disciplinati dal d.lgs. n. 231 del 2002, così come modificato dal d.lgs. n. 192 del 2012); sono temporaneamente inutilizzabili anche altri rimedi (mora del debitore, diffida ad adempiere), nella misura in cui presuppongono un inadempimento imputabile; *v.* se il debitore, per l'osservanza delle misure contenitive, non è incorso in un inadempimento «imputabile» (ma, anzi, è coperto da un causa di giustificazione legislativamente tipizzata), va da sé che il contratto non può essere giudizialmente risolto in forza di un inadempimento, che, pur se esistente, rileva solo come mero fatto, essendo privo di illiceità per l'operare della causa di giustificazione di cui al comma 6-*bis*; a maggior ragione, ovviamente, il creditore non può agire per l'adempimento *ex art.* 1453 c.c.; *vi.* il creditore – privo di azione nei confronti del debitore protetto dal comma 6-*bis* – può avvalersi dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere la controprestazione? La risposta deve essere positiva; sia perché, notoriamente, l'eccezione di inadempimento può essere attivata anche nei confronti di inadempimenti incolpevoli, perché derivanti, ad esempio, da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (per le necessarie integrazioni giurisprudenziali: A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011, 54); sia perché, se si ritenesse il contrario, il creditore finirebbe gravato di tutte le conseguenze economiche dello stato emergenziale, dovendo eseguire nei confronti di chi si trova nell'impossibilità (fattuale e giuridica) di farlo; il rapporto contrattuale, allora, entra in una fase di *sospensione legale* perdurante per l'intero stato emergenziale, cessato il quale il debitore può, eseguendo la propria prestazione, riattivare la regolare esecuzione;

vii. il comma 6-*bis*, disciplinando un causa straordinaria di giustificazione dell'inadempimento, introduce contestualmente una causa legale di sospensione dell'adempimento ovviamente estranea, quanto ai presupposti, al contesto proprio dell'*exceptio inadimpleti contractus ex art.* 1460 c.c.; nel senso che il debitore può dichiarare al creditore di sospendere il proprio adempimento in vista dell'osservanza della misure di contenimento, e per tutta la durata di queste.

viii. il comma 6-*bis* alleggerisce l'onere della prova del debitore; nel senso

che la disposizione eccezionale accerta in via legislativa una causa di forza maggiore [qui fusa, per così dire, col (e nel) *factum principis*], esonerandolo dal dover dimostrare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi (forza maggiore, caso fortuito) che, nel regime non emergenziale, toccherebbe a lui provare.

Volendo trarre qualche spunto conclusivo: il legislatore dello stato d'eccezione ha voluto evitare che i debitori si trovino a subire gli effetti di impedimenti non imputabili alla loro sfera di rischio, prevenendo azioni e richieste dei creditori insoddisfatti attraverso una disposizione (il comma *6-bis*) che, saggiamente evitando automatismi eccessivi, va ricondotta alla *ratio* di favorire l'adattamento all'emergenza del rapporto obbligatorio, che, in queste situazioni così drammatiche, deve diventare, davvero, un luogo in cui i doveri di solidarietà devono prevalere su ogni altro interesse.

13.

Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda

1. - «È come essere in guerra».

E pensare 14 che «secolo breve» è stato definito il Novecento (del primo millennio, s'intende), per la profondità dei mutamenti sistemici, il vorticoso susseguirsi di eventi traumatici, la rapidità di risposta dei tessuti socio-economici, l'accelerazione dello sviluppo tecnologico. Secolo breve in quanto proiettato in avanti da discontinuità espressive (non già soltanto di movimenti superficiali per quanto nervosi ma) di cambi di direzione delle correnti che – lo insegnava Fernand Braudel – scorrono al fondo e, nei limiti della loro continuità, definiscono periodi storici entro i quali ricomporre la frammentazione della superficie.

«Siamo in guerra». Il primo secolo del nuovo millennio ancora nel suo quarto iniziale sembra già avviato quantomeno a eguagliare i primati del secolo breve. In rapida successione: uno sviluppo tecnologico tale da rivoluzionare le forme di comunicazione del pensiero e la struttura delle relazioni sociali; una crisi finanziaria espressiva della fine del modello di vita e di benessere – quello del capitalismo borghese – che per due secoli ha guidato la tessitura delle trame socio-economiche del mondo occidentale; una crisi ecologica drammatica che porta all'evidenza l'insostenibilità, per il pianeta, degli stili di vita delle società contemporanee; infine la guerra, ossia la pandemia. Come in guerra, la vita è sospesa, l'attenzione esclusivamente intenta al contrasto del nemico, le risorse disponibili con-

sumate dalle famiglie per soddisfare quotidianamente i loro bisogni fondamentali.

Quanto durerà non è indifferente. Non è indifferente per quanto tempo si dovrà consumare senza poter produrre. Tanto meno lo è in un sistema economico dove il consumo – che nei primi due secoli di esperienza capitalistica era fondato sul reddito e sul risparmio – si fonda sul debito, nelle pieghe di rapporti sempre meno autenticamente bancari e, invece, sempre più contaminati dalla finanza. Già prima che si materializzasse l'incubo della pandemia, insomma, le vicende del nuovo secolo profilavano una tensione tra componenti del sistema tale da farne apparire la riforma, ma dovremmo dire la ricostruzione, non opportuna bensì urgente. Tensione, si diceva: tra le componenti economica e finanziaria, politica, tra queste e la società civile; tra l'inclusività del reddito e la forza escludente del debito; tra la funzione di ammortizzazione del piccolo risparmio e quella alienante della disposizione preventiva del reddito.

2. Il primo scorcio di millennio consegna un'immagine delle categorie al fondo dei rapporti di credito alterata rispetto al disegno recatone dal codice civile e ancora di più, alterata, rispetto alla loro elaborazione classica, propria delle architetture concettuali trasmesseci dalla dottrina del secolo scorso. Alterata e, diremmo, deformata dalla tensione tra i due opposti poli della tutela dei debitori sovraindebitati, specie se consumatori, e della tutela dei creditori banche, nella prospettiva della prevenzione e della soluzione di crisi sistemiche e della implementazione di un mercato del credito europeo sano ed efficiente.

La direzione assunta nella tutela dei debitori è assai ben espressa dalla disciplina del c.d. piano del consumatore ove, in particolare, l'art. 68, comma 3, tra i «fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito» indica il «reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita». È questo un segnale forte del passaggio da una *ratio* unicamente prudenziale – dunque da una dimensione soltanto sistemica – alla considerazione dell'interesse dei consumatori come persone e come lavoratori; un segnale del rilievo diretto, quali principi fondanti di quest'area dell'iniziativa negoziale, oltre e prima che dell'art. 47, anche degli artt. 3 e 39 Cost. Detto in altre parole è, o sembra-

rebbe essere, il sintomo di un approccio socialmente orientato alle vicende del credito. Questo, come pure, o ancora di più, l'ipotesi del «debitore incapiente» contemplata dall'art. 183 del codice della crisi: (al comma 1) il «debitore persona fisica meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura, può accedere all'esdebitazione solo per una volta, fatto salvo l'obbligo di pagamento del debito entro quattro anni dal decreto del giudice laddove sopravvengano utilità rilevanti» e (al comma 2), ancora una volta, la «valutazione di rilevanza di cui al comma 1 deve essere condotta» su base annua, «dedotte le spese di produzione del reddito e quanto occorrente al mantenimento del debitore e della sua famiglia».

Queste disposizioni forniscono un riscontro da parte del formante legislativo di posizioni elaborate dalla dottrina, in particolar modo da quella successiva alle crisi economiche d'inizio millennio, di revisione critica delle condizioni di esigibilità delle obbligazioni, in nome della solidarietà e della garanzia di una vita libera e dignitosa del debitore. Riscontro ancora estremamente parziale in quanto limitato alla patologia della crisi e non invece involgente appieno l'epicentro dei rapporti di credito nella loro fisiologia, costituito dall'esigibilità. Peraltro, in questa direzione, anche gli strumenti offerti dal codice civile – primi fra tutti quelli della impossibilità (art. 1256 c.c.) e della eccessiva onerosità sopravvenute della prestazione (1467 c.c.) – sono in realtà assai limitati. La loro rilettura in chiave costituzionale ha tuttavia consentito di scalfire significativamente il dogma della vincolatività, pilastro del sistema borghese del diritto dei privati.

3. Marciano in senso diametralmente e, diremmo, brutalmente opposto gli interventi legislativi assunti nel nostro Paese e quelli progettati dall'Unione Europea a tutela dei creditori banche, nella prospettiva della prevenzione e della soluzione di crisi sistemiche e della implementazione di un mercato del credito europeo sano ed efficiente.

Segnatamente, a far capo dalla disciplina di derivazione europea delle garanzie finanziarie (introdotta con il d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170) – ove è contemplato «il contratto di trasferimento della proprietà» su attività finanziarie con funzione di garanzia ed è espressamente derogato il divieto di patto commissorio – passando per il prestito vitalizio ipotecario *ex* l. 2

dicembre 2005, n. 24, fino al pegno non possessorio e ai c.dd. «nuovi marciiani», l'ispirazione dei legislatori sembra vieppiù motivata dalle spinte della prassi nel senso della dotazione delle situazioni creditorie di poteri di carattere dominicale, funzionali all'auto-soddisfacimento dei creditori, non con la ricerca di strumenti alternativi di carattere propriamente esecutivo, non già semplificandone il procedimento o sostituendo una forma di tutela a un'altra, bensì rendendo a monte inessenziale l'esecuzione.

È sufficiente la lettura dell'art. 1, comma 7, che disciplina l'escussione del pegno non possessorio disponendo che il creditore, con la sola formalità della previa intimazione scritta, può procedere: «a) alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita [...]; b) alla escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita [...]; c) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro [...], alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione [...]; d) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro [...], all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita». La dottrina usa ricondurre questi strumenti al fenomeno della c.d. auto-tutela esecutiva. Essi tuttavia, come sopra accennato, si mostrano in primo luogo il portato della ricerca di forme di garanzia assistite da prerogative proprietarie quale espressione dell'interesse del ceto creditorio al controllo diretto di una fonte di liquidità alla quale attingere senza intermediazioni. Ma, a questa stregua, il discorso non si colloca necessariamente sul piano della tutela ovvero dell'autotutela esecutive di un rapporto del quale siano presupposti immutati (e immutabili) i caratteri strutturali e sembra invece, piuttosto, rifluire proprio all'essenza del credito quale disciplina di una attribuzione patrimoniale (dunque alle sue regole sostanziali).

Non dissimile si mostra l'ispirazione del legislatore europeo della proposta

di Direttiva 2018/0063 del 14 marzo 2018, «relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali». Tra gli obiettivi espressi da questa proposta vi è infatti quello di «rafforzare la capacità dei creditori garantiti di recuperare più rapidamente il valore dalle garanzie tramite procedure di escussione extragiudiziali», là dove i «creditori dovrebbero essi stessi poter eseguire i contratti di credito e recuperare gli importi dovuti o poter affidare tale recupero a un'altra persona che fornisce tali servizi nell'ambito di un'attività professionale». E, a tale scopo, è prevista l'introduzione da parte degli Stati membri di modi di «escussione extragiudiziale accelerata quale meccanismo rapido per il recupero del valore delle garanzie reali», il quale meccanismo «ridurrebbe i costi per la risoluzione dei crediti deteriorati e sosterebbe quindi sia gli enti creditizi che gli acquirenti di crediti deteriorati nel recupero del valore» (sesto considerando).

In questo quadro, si mostra alterato il rapporto tra responsabilità personale e responsabilità patrimoniale rispetto alle costruzioni prevalenti nel secolo scorso, e fors'anche l'elemento dell'interesse del creditore in quanto qui centrato, dall'origine del rapporto, non già sulla prestazione ma sui diritti che gli consentono di esercitare prerogative di stampo dominicale direttamente su beni o porzioni di patrimonio destinati alla sua soddisfazione.

4. Insomma, l'obbligazione si presentava assai provata dai traumi d'inizio millennio, già prima che esplodesse la pandemia. Le crisi finanziarie e lo sviluppo tecnologico hanno forzato oltremodo le sue tradizionali linee con lo scopo di ricondurle a coerenza con un tessuto socio-economico e con meccanismi di circolazione della ricchezza affatto differenti, irriducibili a quelli dei due secoli precedenti.

Ora «siamo in guerra». Quando sarà finita, è facile prevedere che – come dopo i grandi traumi, esattamente, come dopo le grandi guerre – la corrente profonda cambierà direzione e vivremo una discontinuità. È facile prevedere che, tra le macerie delle economie delle persone prima che di quella del nostro Paese, il credito e il debito giocheranno il ruolo dei protagonisti. Ancora, è facile però prevedere che le opposte istanze, di preservazione della possibilità di vita libera e dignitosa dei debitori – che siano essi lavoratori dipendenti o autonomi o imprenditori – e di tutela

dell'efficienza del sistema attraverso la concentrazione delle prerogative proprietarie nelle mani dei grandi creditori non saranno ancora conciliabili con semplici adattamenti interni al sistema.

Il punto della collisione si troverà nell'area ove si collocano l'esigibilità e l'esazione. Vero: per affrontare la guerra, gli Stati faranno ricorso al debito pubblico. V'è tuttavia un importante debito privato preesistente, al quale si aggiungerà quello necessario per riavviare la maggior parte delle attività ma, ancora prima, per garantire la sussistenza a individui e famiglie. Gli Stati, auspicabilmente, garantiranno i nuovi finanziamenti e ne neutralizzeranno il costo. Ma si tratterà pur sempre di debito, dinanzi al quale occorrerà chiedersi quali regole applicare in punto di esigibilità e di strumenti di esazione. La risposta dipende, com'è ovvio, da quanto si vorranno riconoscere mutati gli antecedenti. Le discipline più recenti, poco sopra evocate, costituiscono infatti tessere di un mosaico recante il disegno complessivo dell'economia (neo)liberale – a qualcuno piace dire ordoliberal – concepito e costruito sulle ceneri dell'economia mista, all'insegna dell'ideologia dello stato minimo.

156

Oggi, nel buio di una notte ancora fonda, possiamo soltanto cominciare a porci qualche domanda. Il disegno resterà immutato o gli Stati interverranno direttamente in economia, per sostenere anzitutto il lavoro? In uno scenario in cui ciascuna comunità nazionale raccoglierà da sé le proprie forze per ripartire – a seguito di una catastrofe che, nonostante abbia colpito tutti, ha fatto rifiorire sul mappamondo, ben marcati, i confini degli Stati e profila potenziali mutamenti anche radicali delle solidarietà e delle alleanze internazionali – e dove la dimensione pubblicistica dei rapporti economici è destinata inevitabilmente a riespandersi riconquistando agli Stati le prerogative progressivamente dismesse nel corso dell'ultimo mezzo secolo, in uno scenario siffatto, quanto senso avranno la concentrazione della proprietà in poche mani private e l'esclusione della mediazione giurisdizionale dai circuiti distributivi della ricchezza? Avranno ancora senso discipline che, per un verso – data per scontata l'esigibilità, a prescindere dalla condizione soggettiva del debitore – confinano l'applicazione del principio di solidarietà al momento della crisi e, per l'altro verso, assicurano al creditore un potere di esazione immediato e diretto, il cui esercizio non è controllabile dal giudice se non *a posteriori*?

Forse sarà opportuno prendere atto che la storia sta segnando una discontinuità: che sarà in primo luogo necessario ridiscutere le premesse e la logica interna al sistema. Perciò, nella prospettiva auspicabile, da diverse parti focalizzata, di una riforma del codice civile italiano, occorrerà riflettere con coraggio (anche) sul diritto delle obbligazioni e, in particolare, sulle condizioni di esigibilità dei crediti, semmai rinunciando a una disciplina unitaria e accedendo invece all'idea che non tutti i crediti sono uguali e che, soprattutto, non lo sono tutti i debitori, senza accomodarsi sull'approccio salottiero di chi prospetta un semplice *lifting* del nostro codice, semmai finalizzato a riallineare i formanti, legislativo e giurisprudenziale. Tale approccio finirebbe infatti nuovamente – per dirla rubando le parole a una memorabile pagina di Riccardo Orestano – «col mettere assieme e voler conciliare l'inconciliabile, dando luogo a soluzioni 'miste' che rappresentano contaminazioni di premesse tra loro contrastanti: come delle equazioni nel cui svolgimento si cambiasse man mano il valore dei simboli assunti o il valore operativo dei segni impiegati».

14. L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?

Nelle poche settimane che sono trascorse dal dispiegarsi in tutta la sua drammaticità dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione del contagio da Covid-19 sono già numerosi gli interventi che hanno riflettuto sull'impatto di essa sul diritto civile, ed in particolare sul diritto dei contratti e delle obbligazioni: per quanto concerne quelli pubblicati su questa *Rivista*, nel solco efficacemente tracciato dall'editoriale di Fabrizio di Marzio del 12 marzo 2020 (*Comunità. Affrontiamo la nostra prova*), si sono inseriti da diversi angoli visuali, e con l'attenzione calibrata su questioni di volta in volta diverse, gli editoriali di Francesco Macario, (*Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, 17 marzo 2020), di Antonio De Mauro (*Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, 27 marzo 2020), di Vincenzo Cuffaro (*Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, 31 marzo 2020), di Alberto Maria Benedetti (*Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, 3 aprile 2020), di Raffaele Di Raimo (*Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, 9 aprile 2020) e di Daniele Maffei (*Problemi nei contratti nell'emergenza*

epidemiologica da coronavirus, 10 aprile 2020) oltre che gli approfondimenti di Stefano Verzoni (*Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid 19*, 25 marzo 2020) e di Fulvio Gigliotti (*Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, 1° aprile 2020).

Le coordinate del dibattito sono, dunque, già state impostate, secondo un registro che, muovendo dalla consapevolezza dell'eccezionalità assoluta del momento che ormai tutto il mondo sta vivendo, si interroga sull'individuazione degli strumenti per mezzo dei quali si possa (tentare di) fronteggiarlo quanto alla sua incidenza sull'esecuzione dei rapporti contrattuali e, più in generale, sull'attuazione dei rapporti obbligatori. In questa prospettiva, il richiamo forte e suggestivo, contenuto nell'editoriale di Fabrizio di Marzio, all'idea di comunità come impegno e *munus* comune, ha trovato subito sviluppo nella appassionata argomentazione di Francesco Macario, intesa a prefigurare «un'evoluzione solidale del sistema in termini di effettività» da realizzare attraverso il contributo di tutti i formanti dell'esperienza giuridica: legislatore, giurisprudenza, dottrina. Ed il principio, o senz'altro il valore, della solidarietà sono evocati pure negli altri contributi dei quali si è fatto cenno anche poc'anzi, ipotizzandosi una rilettura in chiave solidaristica dello stesso concetto di impossibilità sopravvenuta della prestazione (questo è uno degli snodi del pensiero di De Mauro) ovvero, attraverso le possibilità applicative della clausola generale di buona fede, sia nel senso della apertura verso meccanismi di rinegoziazione delle pattuizioni contrattuali anche in materia di contratti di locazione di immobili ad uso commerciale (è l'approdo del contributo di Cuffaro), sia come criterio di verifica della possibile inefficacia dell'atto di esercizio stragiudiziale del diritto durante il periodo di sospensione dell'attività dei tribunali, nella misura in cui questa circostanza privi il destinatario dell'iniziativa stragiudiziale altrui di contestarla in sede giudiziale (si tratta di uno degli spunti dello scritto di Maffei).

Sembra allora che si possa dire, a voler individuare un comune denominatore delle prime riflessioni sull'impatto della pandemia sul diritto dei contratti, che tutte si indirizzino verso una riaffermazione della centralità della regola di buona fede come clausola generale in grado di affidare al

giudice una tecnica di governo delle vicende contenziose che dovessero essere originate, e che con ogni probabilità in effetti lo saranno, dalle conseguenze economiche dell'emergenza sanitaria: conseguenze verosimilmente collocate in una dimensione temporale di portata assai più estesa – in un certo senso, bisogna naturalmente sperarlo – di quella che risulterà propria delle conseguenze sanitarie in quanto tali. E questa chiave di lettura della letteratura che si sta formando in argomento risulta confermata anche dal contributo di chi, nel quadro di un'analisi di uno dei primi interventi del legislatore dell'emergenza (l'art. 91 d.l. n. 18 del 2020, laddove esso introduce un co. 6 – *bis* all'art. 3 d.l. n. 6 del 2020) ne sottolinea la *ratio* di favorire, pure evitando automatismi eccessivi, l'adattamento all'emergenza del rapporto obbligatorio, così da farne il luogo nel quale, in una situazione drammatica, «i doveri di solidarietà devono prevalere su ogni altro interesse» (la citazione è tratta dallo scritto di Benedetti).

Il richiamo alla solidarietà (che costituisce, com'è noto, il termine di riferimento più significativo sul versante costituzionale, della regola di buona fede) ha rappresentato, del resto, in queste settimane, una costante anche del discorso degli studiosi che hanno riflettuto circa l'impatto della normazione dettata dall'emergenza sulla tutela delle libertà individuali, da un lato, sottolineando che il modello sotteso agli interventi normativi ha rispecchiato «uno stile etico ed un modo di intendere l'interesse nazionale che fanno leva, in ultima analisi, sul principio di solidarietà» (così Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid 19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020) e, dall'altro, auspicando che dalla tragedia della pandemia si possa uscire «riscoprendo le ragioni della solidarietà e del vivere assieme» (così Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid 19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020); mentre pure la riflessione culturale sul dramma del tempo presente, anche a non volersi soffermare in questa sede sul monito religioso che ci avverte che “nessuno si salva da solo”, pone al centro il valore della solidarietà, la cui mancanza si rivela, qui ed ora, «prima di tutto come un difetto di informazione» (Giordano, *Nel contagio*, Torino, 2020).

Si può, dunque, essere senz'altro d'accordo nel senso che il valore della solidarietà (che, trasposto sul piano del linguaggio poetico, sembra evo-

care la “*social catena*”, della quale si legge ne *La Ginestra*, e che difende i mortali contro l’empia natura), tradotto tecnicamente nella clausola generale di buona fede o correttezza, costituisca una componente fondamentale della strumentazione argomentativa della quale si deve avvalere il civilista chiamato a fronteggiare i problemi derivanti dall’incidenza sul diritto dei contratti della pandemia in atto: e questo valore è posto al centro anche delle riflessioni dello studioso della responsabilità civile, come criterio potenzialmente idoneo a fondare una destinazione, appunto solidaristica, di una quota delle prestazioni risarcitorie dovute alle vittime di fatti lesivi della salute della persona (è l’idea di Marcello Maggiolo, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, editoriale del 2 aprile 2020).

La presa d’atto appena richiamata costituisce tuttavia solo il momento iniziale del discorso e non certo il suo approdo: ed anche tale constatazione sembra emergere in maniera sufficientemente chiara dal dibattito in corso, già nei termini della consapevolezza che la risposta alle conseguenze della pandemia sui rapporti di diritto privato non può essere affidata solo alla concretizzazione della clausola generale di buona fede da parte del giudice, ma richiede un approccio, per così dire, multilivello che interpella, allo stesso modo, oltre che il giudice, il legislatore ed il giurista teorico. Basti considerare ancora una volta le riflessioni conclusive, già evocate, dell’editoriale di Macario, dalle quali emerge, in termini di particolare, nitidezza la necessità di un’impostazione metodologica quale quella appena evocata; oppure l’articolato percorso ricostruttivo ipotizzato da Benedetti e Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Diritto bancario.it*. Questi ultimi, muovendo dall’attribuzione alla clausola generale di buona fede, letta nella sua dimensione di buona fede integrativa, dell’idoneità a porsi come fonte di un obbligo di rinegoziazione, tale da consentire al contratto di «vivere la sua emergenza, lasciandolo poi libero, passata la tempesta, di riprendere a scorrere regolarmente, nell’assetto originariamente concordato», individuano, nell’ordito della disciplina generale dei contratti (attraverso il riferimento all’eccezione di inadempimento, come tecnica di reazione in autotutela avverso l’inadempimento all’obbligo di buona fede discendente dall’altrui rifiuto di rinegoziare), così come in una raffinata lettura esten-

siva della regolamentazione di settore contenuta nell'art. 9 l. n. 192 del 1998, due possibili strategie argomentative per rispondere all'emergenza. Ma è anche sotto un altro profilo che l'affermazione della centralità del valore della solidarietà, e della buona fede, come tecnica di risposta all'emergenza in atto, non può essere esaustiva: potendosi effettivamente dubitare se non sia proprio l'eccezionalità del momento a richiedere che la solidarietà sia, in questo caso, quanto più possibile governata dal legislatore, piuttosto, e prima ancora, che essere affidata alla concretizzazione da parte del giudice nel singolo caso controverso.

È certamente vero che l'art. 41 Cost., affermando senz'altro, al comma 2, che l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana», affida al giudice il potere di specificare, nel singolo caso controverso, questi concetti indeterminati, al contrario di quanto, com'è noto, fa il comma 3 della stessa disposizione, attribuendo alla legge di determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»: cosicché, dal punto di vista del discorso dello studioso del diritto dei contratti, assume certamente contenuti diversi il dibattito, svoltosi in queste settimane tra i costituzionalisti, circa i limiti entro i quali lo stato di necessità in atto incida sui meccanismi di riserva di legge contenuti, quanto alle libertà fondamentali, nella Costituzione (si vedano, al riguardo, ad esempio, e per una prima ricognizione delle questioni in materia, i contributi di Caruso, Lattanzi, Luccioli e Luciani raccolti, sotto forma di intervista di De Stefano, *La pandemia aggredisce anche il diritto?* In www.giustiziainsieme.it, 2 aprile 2020) e ne possa giustificare una temporanea disapplicazione.

Tuttavia, è anche vero che la natura del tutto eccezionale e mai vissuta prima della situazione che stiamo vivendo si coglie sotto due aspetti che non possono essere taciuti.

Innanzitutto, e proprio per la sua portata ormai generale e pandemica, si tratta di una contingenza che colpisce in egual misura, in questa fase, tutti i rapporti contrattuali (si vedano, sul punto, le notazioni di Maffei circa l'ampiezza del perimetro entro il quale è destinata ad estendersi l'impossibilità) – la stragrande maggioranza – che siano interessati, direttamente o

indirettamente, dalle misure di contenimento ed ambo le parti contraenti dei medesimi: si pensi, per un esempio volutamente riferito ad un aspetto (forse solo all'apparenza, almeno in alcune città del nostro Paese) marginale dell'economia, ai contratti di locazione di alloggi agli studenti universitari "fuori sede", costretti sovente a rientrare nella propria residenza se non altro per trascorrere in maniera meno disagiata il periodo del *lock-down*, e che neppure hanno bisogno ormai di dimorare nelle sedi degli atenei di appartenenza, fruendo della didattica *on line*. Certo, la prestazione locatizia è per questa categoria di conduttori ormai soggettivamente inutilizzabile, ma è arduo pensare di risolvere la questione attraverso l'argomentazione in termini di causa concreta che pure, anche in quel caso in un contesto di – assai più localizzata ed infinitamente meno grave – vicenda epidemica, era stata utilizzata dalla Corte di Cassazione anni addietro (il riferimento è a Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315), per amministrare il rischio derivante dalla infruibilità soggettiva, in coerenza con la causa concreta del contratto, di un contratto di acquisto di un pacchetto – vacanza. Qui la peculiare ragione della fruizione dell'alloggio, in linea di principio e salve particolarità che possano cogliersi sul piano dell'esame del singolo regolamento contrattuale, appare destinata a restare relegata al livello di motivi del contratto e, dunque, lo strumentario concettuale tradizionale del civilista indurrebbe a negarne la rilevanza. Tuttavia, la mera riaffermazione della vincolatività del contratto per lo studente fuori sede, così come – a polarità della soluzione invertita - la caducazione del medesimo, sarebbero tali da produrre, moltiplicati per le migliaia e migliaia di rapporti contrattuali analoghi, effetti economici in un primo momento individuali, ma subito dopo anche 'di sistema', davvero significativi, in termini di (ulteriore) riduzione del potere d'acquisto delle categorie interessate, e che richiedono allora un intervento di sistema, e dunque normativo, più che occasionato dalla singola vicenda in ipotesi controversa.

Un discorso analogo può essere svolto anche per le ricadute economiche di medio e di lungo periodo (sulle quali si è soffermato in questa rivista, da un particolare angolo visuale, Rubino De Ritis, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, editoriale del 16 marzo 2020): volendo anche qui esemplificare, si pensi al reticolo, così diffuso in tante delle nostre città, di

rapporti di locazione riferiti ad attività che svolgono servizi di ristorazione. Queste ultime, anche quando potranno infine riprendere, dovranno verosimilmente scontare, oltre che serissimi problemi di liquidità per il lungo periodo di sospensione pregresso, anche un drastico calo di redditività, se non altro per la necessità di introdurre misure di accresciuta sicurezza, in termini di c.d. distanziamento sociale, che ne diminuirà in modo significativo la possibilità di offerta di servizi. Né la questione pare potersi risolvere soltanto in via individuale con una rinegoziazione dei termini dei singoli contratti di locazione, perché, nel frattempo, ed ovviamente ragionando in termini generali, anche la classe dei locatori, almeno di quelli che traggano anche, o soprattutto, dai frutti civili degli immobili di loro proprietà la parte principale del proprio reddito, avrà finito per trovarsi in una situazione di accentuata difficoltà economica: cosicché, dal punto di vista macroeconomico, sarà arduo pensare di scaricare in via sistematica sopra la classe dei locatori il costo della crisi.

Il secondo dei due aspetti cui si faceva poc' anzi cenno attiene al piano della funzionalità, e della tenuta, del sistema giudiziario: una rinegoziazione dei termini dei rapporti contrattuali che fosse affidata solo alla concretizzazione, nella singola vicenda controversa, della clausola generale di buona fede trarrebbe infatti con sé costi di amministrazione enormi (di impossibilità di svolgere ogni rinegoziazione davanti al giudice discorre Maffei) e che non potrebbero essere verosimilmente sopportati dallo Stato, chiamato in questo momento ad uno sforzo finanziario di proporzioni inaudite. Infatti, non è purtroppo ragionevole ritenere che sarà possibile sempre, e probabilmente neppure nella maggioranza dei casi, raggiungere, prima e fuori dal giudizio, un accordo tra le parti dei rapporti contrattuali sconvolti dalla pandemia, se il raggiungimento di questo accordo dovesse essere affidato soltanto alle direttive valutative generali provenienti dalla clausola di buona fede.

Ecco, dunque, che, al di là della suggestione indubbia della solidarietà e della buona fede – come matrici assiologiche degli interventi e delle strategie argomentative che ciascuno di noi, nei diversi ruoli, è chiamato a sviluppare – l'emergenza che stiamo vivendo richiede soprattutto l'intervento del legislatore, che introduca regole puntuali, specifiche, di facile amministrazione ed in grado di garantire un elevatissimo tasso di preve-

dibilità del loro esito applicativo, così da circoscrivere quanto più possibile il contenzioso; non si tratta, dunque, tanto, in questo momento, di pensare ad una disciplina generale delle sopravvenienze, attuando il contenuto, sul punto, del d.d.l. di riforma del codice civile (cfr., al riguardo, da ultimo Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale etc.* cit.) e, dunque, portando in un certo senso a termine l'evoluzione della lettura tradizionale delle categorie codicistiche dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (evocata da Di Raimo, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi etc.* cit.), bensì di dettare un autentico diritto dei contratti dell'emergenza. E da questo punto di vista debbono certamente essere apprezzati i primi interventi normativi, quale quello racchiuso nell'art. 88 d.l. n. 18 del 2020, che, come è stato notato (De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*), prefigura una sorta di rideterminazione *ex lege* dei contenuti del rapporto e nel quale è altresì presente, come pure è stato rilevato, la consapevolezza dell'esigenza di offrire un «sostegno alle attività economiche pregiudicate dall'emergenza epidemiologica in atto, la quale consiglia senz'altro...di mantenere fermi i flussi economici già acquisiti, pur bilanciandoli (naturalmente) con l'attribuzione di prestazione di servizi compensativi» (così Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, cit.), invece di dare ingresso agli ordinari meccanismi restitutori delle somme già ricevute, tali da produrre, a livello di sistema, un impatto particolarmente negativo nella situazione di recessione già in atto.

Volendo, per concludere, tentare una risposta all'interrogativo sotto il quale si sono sviluppate queste considerazioni, può dirsi che il ruolo del civilista di fronte all'emergenza Covid-19 deve essere ispirato da un'attitudine, al tempo stesso, di consapevolezza e di umiltà: consapevolezza dell'enormità della crisi cui ci troviamo di fronte, delle conseguenze che essa produrrà (si rammenti il richiamo di Di Raimo alla discontinuità, nella prospettiva della soluzione delle questioni da lui affrontate nel suo scritto) e del contributo che al superamento di esse ciascuno di noi deve (tentare di) dare; umiltà, perché, da solo, ed in assenza di una sorta di *New Deal* normativo che prevenga il contenzioso destinato a scatenarsi a seguito dell'incidenza della pandemia sul diritto dei contratti e riallochi impera-

tivamente i costi ed i danni subiti dalle parti, tenendo conto delle esigenze di tenuta del sistema nel suo complesso, neppure un apparato argomentativo nutrito della più raffinata dogmatica civilistica può bastare alla soluzione dei problemi che si tratta di affrontare.

15. Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali

1. - Coronavirus e Contratti di appalto.

La crisi epidemiologica in corso e la relativa legislazione c.d. d'emergenza adottata dal Governo e dalle Regioni possono incidere sull'esecuzione dei contratti di appalto, in considerazione delle limitazioni all'attività d'impresa ivi contenute.

A tale riguardo, vengono in rilievo:

- il d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, che contiene le prime misure di contenimento relative alle attività d'impresa (pur non comportando la completa sospensione delle stesse). In particolare, «in ordine alle **attività produttive** e alle attività professionali si raccomanda che: a) sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza; b) siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; c) siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; d) assumano **protocolli di sicurezza anti-contagio** e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale; e) siano incentivate le operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali» (art. 1, comma 7); e ancora: «per le sole attività produttive si raccomanda altresì che siano limitati al massimo gli spostamenti all'interno dei siti e contingentato l'accesso agli spazi comuni» (art. 1, comma 8);
- il successivo d.P.C.M. del 22 marzo 2020, che ha, invece, disposto la sospensione di «**tutte le attività produttive o commerciali**, ad eccezione di

quelle indicate nell'allegato 1» (art. 1, lett. *a*) individuate attraverso codici ATECO aggiornati a cura del Ministero dello sviluppo economico¹ ;

– il d.l.n. 19 del 25 marzo 2020, che prevede la possibilità di adottare «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte **fino al 31 luglio 2020**» (art. 1, comma 1) ulteriori provvedimenti limitativi o sospensivi, *inter alia*, delle «**attività d'impresa** o professionali, anche ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo, con possibilità di esclusione dei servizi di pubblica necessità previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale» (art. 1, comma 2, lett. *z*).

Il potere di adottare tali provvedimenti ulteriormente restrittivi è attribuito *(i)* al Presidente del Consiglio dei ministri a norma dell'art. 2 e *(ii)* alle singole regioni, nei modi e nei limiti previsti dall'art. 3. È quindi essenziale avere riguardo anche alla normativa regionale di riferimento che sarà emanata ai sensi dell'art. 3 d.l. n. 19 del 2020 per comprendere l'evoluzione delle citate restrizioni, nelle varie Regioni. Con specifico riferimento al settore degli appalti, si segnala che, già il 21 marzo 2020, la Regione Lombardia aveva disposto per il periodo 22 marzo/15 aprile 2020 «**il fermo delle attività nei cantieri, previa concessione del termine per la messa in sicurezza**, fatti salvi quelli relativi alla realizzazione e manutenzione della rete stradale, autostradale, ferroviaria, del trasporto pubblico locale, nonché quelli relativi alla realizzazione, manutenzione e funzionamento degli altri servizi essenziali o per motivi di urgenza o sicurezza» (ordinanza n. 541, lett. *a*), n. 15).

Chiarito il quadro normativo derivante dalla legislazione d'urgenza e considerato che lo stesso potrà mutare, tra l'altro, in sede di conversione in

¹ Con decreto del 25 marzo 2020, il Ministero dello sviluppo economico ha apportato le prime modifiche al d.P.C.M. del 22 marzo 2020. Con d.P.C.M. del 1° aprile 2020 l'efficacia delle misure restrittive in vigore originariamente sino al 3 aprile 2020 (tra le quali rientrano quelle adottate con il d.P.C.M. del 22 marzo 2020) era stata estesa sino al 13 aprile 2020. Con successivo d.P.C.M. del 10 aprile 2020, sostitutivo dei precedenti d.P.C.M., le misure restrittive sono state estese fino al 3 maggio 2020.

legge, si tratta di esaminare i possibili impatti di tali disposizioni sui contratti di appalto in corso, ferma restando la necessità di una **valutazione caso per caso**, che tenga conto delle pattuizioni contenute nei singoli contratti (ad esempio, la previsione di una specifica disciplina per le cause di forza maggiore) e della loro “tenuta” alla luce del carattere emergenziale delle citate norme ².

In primo luogo, occorre considerare i contratti d'appalto afferenti ad **attività non assoggettate alle restrizioni** indicate *supra*, come quelli aventi ad oggetto l'installazione, la manutenzione e la riparazione di impianti elettrici (ad es., sistemi di allarme antifurto, reti di elaboratori, impianti fotovoltaici), nonché di impianti idraulici, di riscaldamento o condizionamento dell'aria (ad es., costruzione di torri di raffreddamento, caldaie, collettori di energia solare non elettrici).

In queste ipotesi, potrebbero registrarsi dei **ritardi** nell'esecuzione dell'opera da parte dell'appaltatore, a causa della necessità di rispettare le stringenti disposizioni in materia di sicurezza e salute sul luogo di lavoro, dell'assenza delle maestranze normalmente impiegate nell'organizzazione d'impresa e/o della difficoltà di reperire i materiali necessari al compimento dell'opera stessa.

In tale scenario, laddove il committente dovesse contestare ritardi e richiedere il pagamento di penali, l'appaltatore potrebbe:

(i) sostenere la **non imputabilità** della causa del ritardo ai sensi dell'art. 1218 c.c., essendo lo stesso determinato da cause di **forza maggiore** estranee alla sua sfera di organizzazione e di controllo ³. Ed infatti, risultano

² Nei primi commenti sulla normativa d'emergenza, è stato, infatti, sottolineato che la stessa tutela interessi di ordine pubblico e che, quindi, ad esempio, «eventuali patti, contenuti nei contratti in corso, che escludano l'applicabilità degli artt. 1463 e 1464 c.c. non dovrebbero considerarsi validi» (S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, in *Giustiziavivile.com*, 25 marzo 2020).

³ In questi termini, si è espresso il Ministero dello sviluppo economico in una circolare del 25 marzo 2020 rivolta alle Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura: in particolare, le società che hanno stipulato contratti di fornitura con soggetti esteri possono richiedere una attestazione camerale di «forza maggiore per emergenza Covid-19» al fine di certificare l'impossibilità di adempiere correttamente alle obbligazioni assunte ed evitare la «risoluzione dei contratti in essere, con pagamento di penali e mancato rientro dai costi della commessa già sostenuti». La circolare è in <https://www.mise.gov.it/index.php/it/normativa/circolari-note-direttive-e-atti-di-indirizzo/2040923-circolare-25-marzo-2020-attestazioni-camerali-su-dichiarazioni-delle-imprese-di-sussistenza-cause-di-forza-maggiore-per-emergenza-covid-19>.

riconducibili a tale categoria i citati provvedimenti legislativi d'urgenza che impediscono o limitano il corretto adempimento della prestazione, indipendentemente dal comportamento o dalla volontà dell'obbligato, e che, come tali, risultano idonei ad escludere la responsabilità da ritardo e il conseguente obbligo di pagamento delle penali (*factum principis*)⁴. Si

In generale, con riguardo alla definizione di impossibilità liberatoria ai sensi dell'art. 1218 c.c. rispetto a obblighi di fare mediante un'organizzazione, si rileva che l'appaltatore «sarà certamente liberato, se l'impossibilità deriva da una causa esterna alla sua sfera di organizzazione, quale ad esempio lo sciopero generale, il terremoto, il divieto della pubblica autorità non rivolto specificamente alla sua impresa, e qualunque fatto del creditore, o attinente alla sfera del creditore» (P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 40).

In relazione al "rischio" che l'appaltatore assume ai sensi dell'art. 1655 c.c. nel compimento dell'opera o del servizio, si precisa che lo stesso «**non riguarda la sopportazione del caso fortuito**, ma attiene alla situazione in cui l'appaltatore si obbliga ad operare, nel senso che, in sede di organizzazione ed esecuzione dei lavori, questi deve sopportare quei danni che provengono da forza maggiore o che più particolarmente possono essere a lui imputati o per cattiva organizzazione o per infelice scelta dei suoi collaboratori o ausiliari» (RUBINO- IUDICA, commento sub artt. 1655-1677, *Dell'appalto*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna, 1992). In giurisprudenza v. Cass. 3 luglio 1979, n. 3754, in *DeJure* (solo massima): «Il rischio o pericolo che l'appaltatore assume nel compimento dell'opera o del servizio, non è quello inteso in senso tecnico-giuridico, relativo, cioè, ai casi fortuiti, ma quello cosiddetto economico, che deriva dall'impossibilità di stabilire previamente ed esattamente i costi relativi, per cui l'appaltatore, che non ha il potere di interrompere i lavori per l'aumentata onerosità degli stessi, potrà anche perdere nell'affare se i costi si riveleranno superiori al corrispettivo pattuito, salvo le modificazioni consentite in presenza di determinate circostanze e realizzabili col rimedio della revisione dei prezzi».

⁴ Al fine di escludere la responsabilità del debitore per inadempimento o inesatto adempimento in conseguenza di *factum principis*, è necessario:

(i) che il debitore non «abbia colposamente dato causa» all'atto impeditivo emanato dall'autorità o che - trattandosi di un atto illegittimo - si sia concretamente attivato per «ottenerne la revoca o l'annullamento» (v. Cass. 19 ottobre 2007, n. 21973 in *DeJure*; in termini analoghi, cfr. la giurisprudenza di legittimità e di merito indicata *infra*); (ii) che l'emanazione dell'atto impeditivo da parte dell'autorità non sia ragionevolmente prevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione; (iii) che il debitore abbia - nei limiti dell'ordinaria diligenza - sperimentato ed esaurito «tutte le possibilità che gli si offrono per vincere o rimuovere» l'impedimento determinato dall'atto della pubblica autorità. V. *ex multis* in giurisprudenza: Cass. 22 agosto 2018, n. 20908; Cass. 8 giugno 2018, n. 14915; Cass. 25 maggio 2017, n. 13142; Cass. 10 giugno 2016, n. 11914; Cass. 21973/2007, cit.; App. L'Aquila 11 gennaio 2019, n. 42, tutte in *DeJure*. Con riferimento diretto ai contratti d'appalto, v. Cass. 28 agosto 2003, n. 12235: fattispecie in tema di legittimità della sospensione dell'esecuzione dei lavori oggetto di un appalto pubblico; i giudici di legittimità, in termini generali, affermano: «**a) che tra le obbligazioni le quali scaturiscono, come effetti naturali, dal contratto di appalto, vi è quella, gravante sulla parte committente, di assicurare all'appaltatore, fin dall'inizio del rapporto, e per tutta la durata di questo, la possibilità giuridica e concreta di eseguire il lavoro affidatogli, così che l'inadempimento di tale obbligo, cui non può non corrispondere il diritto dell'appaltatore alla relativa osservanza, è ben suscettibile di assumere, in astratto, valenza ai sensi degli artt. 1453 e seguenti c.c. (Cass. 22 maggio 1998, n. 5112); b) che la liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della sua prestazione può verificarsi, secondo la previsione degli artt. 1218 e 1256 c.c., soltanto se ed in quanto concorrano vuoi l'elemento obiettivo della impossibilità di eseguire la prestazione medesima, in sé considerata, vuoi l'elemento soggettivo rappre-**

pensi, ad esempio, ai casi di ritardo determinato dalla necessità di ridurre il numero di addetti al cantiere per rispettare le misure di sicurezza imposte dalle citate norme o dalle criticità legate all'attività di approvvigionamento dei materiali necessari all'esecuzione dell'opera (ad es., il fornitore – a causa dell'attuale situazione di emergenza – non riesce a sua volta a rispettare le tempistiche concordate con l'appaltatore nell'evasione degli ordini);

sentato dall'assenza di colpa da parte del debitore riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile siffatta prestazione, onde, nel caso in cui lo stesso debitore non abbia adempiuto la propria obbligazione nei termini contrattualmente stabiliti, egli non può invocare l'anzidetta impossibilità, sotto le specie della forza maggiore idonea ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento, con riguardo ad un ordine o divieto sopravvenuto dell'autorità amministrativa o giurisdizionale (factum principis) che fosse ragionevolmente e facilmente prevedibile, secondo la comune diligenza, all'atto dell'assunzione dell'obbligazione, ovvero rispetto al quale non abbia, sempre nei limiti segnati dal criterio dell'ordinaria diligenza, sperimentato ed esaurito tutte le possibilità che gli si offrivano per vincere o rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità, restando così inerte e ponendosi in condizione di soggiacervi senza rimedio".

Sul punto, cfr. anche Cass. 23.5.1990, n. 4656, in *DeJure*: una società italiana si aggiudica un appalto volto alla realizzazione di un ospedale in Arabia Saudita e subappalta ad un'altra società italiana l'esecuzione dei lavori di movimento terra. Iniziati tali lavori, l'esecuzione dell'opera viene improvvisamente sospesa dal Ministero della Difesa dell'Arabia Saudita (committente) a causa dell'opposizione all'espropriazione da parte di alcuni proprietari delle aree interessate dai lavori. Trascorsi diversi mesi, la subappaltatrice comunica il recesso dal contratto di subappalto e propone domanda di arbitrato chiedendo il risarcimento dei danni subiti. Il collegio arbitrale accoglie la domanda. A seguito di impugnazione, il lodo viene dichiarato nullo dalla Corte d'Appello di Milano, la quale, decidendo nel merito, riconosce comunque la responsabilità della subcommittente per la sospensione dei lavori, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni a favore della subappaltatrice. La Corte ritiene: "a) che, nel contratto di subappalto tra la IMES e la Feal, autonomo rispetto al contratto base da cui era derivato, la subcommittente era stata inadempiente, per non aver prestato la sua cooperazione, consistente nel porre la subappaltatrice in grado di eseguire l'opera consegnandole le aree di cantiere; b) che l'inadempimento non era giustificato da impossibilità sopravvenuta derivante da causa non imputabile (nonostante la sospensione dei lavori disposta dal Ministero saudita in seguito all'opposizione di proprietari delle aree sottoposte ad espropriazione), poiché un elementare dovere di diligenza avrebbe imposto alla Feal di accertare preventivamente la propria possibilità di prestare la dovuta cooperazione, espletando tutte le necessarie indagini sulla giuridica disponibilità dei terreni; c) che per la determinazione dei danni occorreva ricorrere ai criteri convenzionalmente stabiliti nella clausola contrattuale n. 15-10, con la quale i contraenti avevano inteso regolare la liquidazione dei danni derivanti al subappaltatore da un comportamento colposo della Feal, causativo - comunque - della sospensione dei lavori". La Suprema Corte conferma l'impugnata decisione, escludendo, da un lato, "che l'inadempimento del committente nel contratto base potesse produrre, di per sé, effetti liberatori per il subcommittente nel rapporto derivato, non essendo consentito al debitore di allegare a proprio discarico (stante l'autonomia dei due contratti) l'inadempimento di un terzo estraneo al rapporto" (nella specie il Ministero committente) e negando, dall'altro, la possibilità di configurare un'impossibilità sopravvenuta per *factum principis* "dal momento che la sospensione dei lavori (in seguito all'apposizione di alcuni proprietari di terreni assoggettati ad espropriazione) era stata disposta dal committente principale (Ministro della Difesa dell'Arabia Saudita) in qualità di parte e non per atto di imperio".

(ii) richiamare l'art. 1375 c.c. che impone alle parti di eseguire il contratto **secondo buona fede**: tale disposizione, che è espressione del dovere (di rango costituzionale) di solidarietà tra i consociati, potrebbe essere interpretata nel senso di ritenere **abusiva** la richiesta di pagamento di penali, dato che l'attuale situazione di emergenza dovrebbe imporre ad ogni creditore un margine di tolleranza "rafforzato" in relazione all'inesatto adempimento. Allo stesso modo, il principio di buona fede potrebbe imporre una rinegoziazione dei termini d'adempimento, al fine di adeguare – nel rispetto dell'originaria volontà delle parti – il regolamento contrattuale a tale sopravvenuto mutamento di fatto;

(iii) sostenere l'applicabilità diretta dell'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18⁵, secondo cui «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». L'ambito applicativo della citata norma, tuttavia, non è certo: si potrebbe ritenere che la stessa sia dettata solo per i contratti "pubblici" disciplinati dal d.lgs. n. 50 del 2016⁶, mentre un'interpretazione estensiva alla luce dell'intero sistema normativo d'urgenza potrebbe consentire di estenderne l'operatività agli appalti "privati"⁷.

⁵ Tale disposizione introduce il comma 6-bis all'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 convertito con modificazioni dalla Legge 5 marzo 2020, n. 13.

⁶ A sostegno di questa interpretazione restrittiva militano (i) la rubrica dell'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 ("*Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*"), nonché (ii) il contenuto della Relazione al D.L. 17 marzo 2020, n. 18, secondo cui "*L'articolo (91) interviene sulla disciplina dei ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici introdotta dall'articolo 3 del decreto-legge n. 6 del 202*".

⁷ In tal senso, VERZONI, cit., pag. 4, secondo cui "*Sebbene tale disposizione sia dettata solo per i contratti pubblici, l'eadem ratio imporrebbe di estendere il principio a tutti i contratti, indipendentemente dall'oggetto e dalla natura dei contraenti*".

Inoltre, con specifico riferimento agli **appalti afferenti all'edilizia**, il 24 marzo 2020, è stato assunto un "*Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contratto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del settore edile*", siglato dalle associazioni di categoria.

In tale documento (riferito non solo ai contratti pubblici, ma ad ogni tipo di appalto relativo al settore edile), si effettua una "*tipizzazione pattizia, relativamente alle attività di cantiere, della disposizione, di carattere generale, contenuta*" nel citato art. 91: "*La tipizzazione delle ipotesi deve*

Al contempo, anche il potere di controllo del committente in relazione allo stato dei lavori *ex art.* 1662 c.c. potrebbe subire delle concrete limitazioni. Così, nel caso in cui sia accertato che l'esecuzione dell'appalto «non procede secondo le condizioni stabilite nel contratto e a regola d'arte», il «congruo termine» da concedere ai sensi del comma 2 all'appaltatore per adeguarsi alle condizioni contrattuali dovrebbe tenere conto delle citate criticità⁸.

Per le medesime ragioni, anche la disciplina del collaudo andrebbe interpretata ed applicata considerando le difficoltà connesse alla situazione di emergenza sanitaria: ad esempio, non potrebbe ritenersi accettata l'opera ai sensi dell'art. 1665, comma 3, c.c., in caso di ritardo del committente – determinato dall'emergenza *de qua* - nell'esecuzione del collaudo o nella conclusione delle verifiche già iniziate. Si pensi ai rallentamenti nell'attività di collaudo cagionati dall'impossibilità di garantire, durante i sopralluoghi, la presenza del personale chiamato ad eseguire le verifiche tecniche, a causa della necessità di rispettare le misure minime di sicurezza. In queste ipotesi, si potrebbe sostenere la sussistenza dei “giusti motivi” che,

intendersi come meramente esemplificativa e non esaustiva. 1) la lavorazione da eseguire in cantiere impone di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro, non sono possibili altre soluzioni organizzative e non sono disponibili, in numero sufficiente, mascherine e altri dispositivi di protezione individuale (guanti, occhiali, tute, cuffie, ecc.) conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie (risulta documentato l'avvenuto ordine del materiale di protezione individuale e la sua mancata consegna nei termini): conseguente sospensione delle lavorazioni; 2) l'accesso agli spazi comuni, per esempio le mense, non può essere contingentato, con la previsione di una ventilazione continua dei locali, di un tempo ridotto di sosta all'interno di tali spazi e con il mantenimento della distanza di sicurezza di 1 metro tra le persone che li occupano; non è possibile assicurare il servizio di mensa in altro modo per assenza, nelle adiacenze del cantiere, di esercizi commerciali, in cui consumare il pasto, non è possibile ricorrere ad un pasto caldo anche al sacco, da consumarsi mantenendo le specifiche distanze: conseguente sospensione delle lavorazioni; 3) caso di un lavoratore che si accerti affetto da Covid-19; necessità di porre in quarantena tutti i lavoratori che siano venuti a contatto con il collega contagiato; non è possibile la riorganizzazione del cantiere e del cronoprogramma delle lavorazioni: conseguente sospensione delle lavorazioni; 4) laddove vi sia il pernottamento degli operai ed il dormitorio non abbia le caratteristiche minime di sicurezza richieste e/o non siano possibili altre soluzioni organizzative, per mancanza di strutture ricettive disponibili: conseguente sospensione delle lavorazioni; 5) indisponibilità di approvvigionamento di materiali, mezzi, attrezzature e maestranze funzionali alle specifiche attività del cantiere: conseguente sospensione delle lavorazioni”.

⁸ V. LECCESE, *commento sub art. 1662 c.c.*, in *Il Codice dei Contratti Commentato*, a cura di Alpa-Mariconda, Milano 2017: “non è possibile affermare in astratto quando un termine sia congruo o meno, ma si dovrà tenere conto di una varietà di elementi, che vanno dal numero degli inconvenienti ai quali occorre porre riparo, alla loro entità, alla possibilità di facili riparazioni ovvero alla necessità di demolizione per ricostruire di nuovo, alla maggiore o minore facilità di approvvigionamento dei materiali necessari e alle condizioni del tempo”.

a norma della disposizione in esame, legittimano il ritardo del committente nell'esecuzione e nella conclusione delle verifiche.

Passando all'esame dei contratti d'appalto concernenti le **attività di impresa** che sono invece **sospese**, in termini generali e astratti, occorre anzitutto considerare la disciplina dell'**impossibilità sopravvenuta**, di cui agli artt. 1256, 1463 e 1464 e, con specifico riferimento al contratto d'appalto, 1672 c.c.

Nella specie, potrebbe venire in rilievo l'impossibilità di eseguire la prestazione oggetto dell'obbligazione principale dell'appaltatore, *id est* il compimento di un'opera o di un servizio verso il corrispettivo di un prezzo (art. 1655 c.c.).

La natura **provisoria** delle misure di contenimento consente di ritenere configurabile un'**impossibilità di carattere temporaneo**, che determina una mera sospensione dell'esecuzione della prestazione dell'appaltatore: fino a quando perdura l'impossibilità, l'appaltatore «non è responsabile del ritardo nell'adempimento» (art. 1256, comma 2, c.c., primo periodo) ed è tenuto ad eseguire la prestazione quando la stessa diviene (nuovamente) possibile. Esemplicando: in forza delle citate misure restrittive, l'appaltatore si trova costretto a sospendere l'esecuzione dell'attività di costruzione di un complesso immobiliare; per effetto del superamento dell'emergenza sanitaria, i lavori potranno nuovamente essere eseguiti. Quindi, la prestazione dell'appaltatore tornerà possibile e il committente sarà tenuto a versare il corrispettivo del prezzo, senza risarcimento per il ritardo. A norma dell'art. 1256, comma 2, c.c. secondo periodo, l'impossibilità temporanea diviene però **definitiva**, con conseguente estinzione dell'obbligazione, nel caso in cui essa perduri «fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla»⁹. Si consideri, ad esempio, l'appalto

⁹ V. Cass. 17 ottobre 2014, n. 20811, in *DeJure*: pronuncia avente ad oggetto un caso di impossibilità sopravvenuta per *factum principis*, consistente nell'ordine di sospensione dell'esecuzione dell'appalto emanato dalla Pubblica Autorità a seguito della scoperta di un vincolo archeologico gravante sull'area interessata dai lavori. L'appaltatrice ha convenuto in giudizio la committente, chiedendo la risoluzione per inadempimento del contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione di un complesso immobiliare. In particolare l'appaltatrice ha dedotto che a seguito dell'aggiudicazione dell'opera e dell'esecuzione degli adem-

avente ad oggetto l'allestimento dei padiglioni di una fiera per un importante evento fissato dal 15 aprile al 15 maggio: nel contratto si precisa che l'evento ha natura stagionale e che è pertanto indifferibile. A causa delle limitazioni indicate, l'appaltatore è costretto a sospendere l'attività di allestimento già iniziata. In questa ipotesi, nel denegato caso in cui le citate misure restrittive dovessero essere prolungate per tutto il mese di aprile, il committente potrebbe sostenere di non avere più interesse a conseguire la prestazione dovuta dall'appaltatore.

Nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità definitiva di esecuzione dell'opera, viene, poi, in rilievo direttamente la norma speciale di cui all'art. 1672 c.c., in base alla quale, in caso di scioglimento del contratto d'appalto per impossibilità sopravvenuta dovuta ad una causa (oggettiva, assoluta e imprevedibile) non imputabile ad alcuna delle parti, il committente è

pimenti prodromici alla stipulazione del contratto si è trovata costretta a **sospendere l'esecuzione dell'opera in forza di un'ordinanza emanata dalla Sovrintendenza ai Beni Culturali ed Ambientali che aveva imposto un blocco dei lavori**. La convenuta si è costituita affermando che l'impedimento alla realizzazione dell'opera era stato **determinato da un vincolo archeologico sull'area interessata dai lavori** che non era conosciuto dalla committente al momento dell'aggiudicazione dei lavori. In primo grado la domanda dell'appaltatrice è stata rigettata *"ritenendo che nonostante l'aggiudicazione non fosse intervenuta tra le parti la conclusione del contratto"*. All'esito del giudizio di gravame, la Corte d'Appello pur considerando perfezionato il vincolo contrattuale ha ritenuto *"infondata la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, escludendo che l'Istituto fosse venuto meno all'obbligo di assicurare all'appaltatrice la possibilità di eseguire l'opera commissionata, in quanto la realizzazione della stessa era stata impedita dal provvedimento della Sovrintendenza, qualificabile come factum principis idoneo a rendere impossibile l'adempimento dell'obbligazione per causa non imputabile al committente"*; ha altresì escluso la conoscibilità del vincolo in questione da parte della committente dal momento che lo stesso non risultava trascritto nei registri immobiliari; ha quindi infine ritenuto *"imprevedibili l'ordine di sospensione adottato dalla Sovrintendenza e le condizioni dalla stessa imposte per la ripresa dei lavori, le quali, imponendo una cospicua riduzione delle opere consentite ed il previo espletamento di indagini conoscitive di notevole costo, avevano reso obiettivamente antieconomica la prosecuzione del rapporto contrattuale"*. I giudici di legittimità hanno confermato le valutazioni effettuate dai giudici a quo e, facendo applicazione dei principi generali ex art. 1256, hanno affermato che *"In quanto idonee ad incidere sull'interesse di entrambe le parti alla realizzazione del programma negoziale originariamente concordato e sulla stessa corrispondenza dell'opera commissionata alle esigenze che era destinata a soddisfare, tali circostanze [n.d.r. maggiori oneri derivanti dal vincolo archeologico] possono ben essere ritenute idonee a giustificare l'affermata impossibilità della prestazione, la quale è configurabile non solo nel caso in cui sia divenuto impossibile l'adempimento da parte del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione ad opera della controparte, purché tale impossibilità non sia imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, dovendosi in tal caso prendere atto che non può più essere conseguita la finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto, con la conseguente estinzione dell'obbligazione"*.

tenuto a «pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito»¹⁰.

Nella distinta ipotesi, invece, di appalti aventi ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi per un determinato periodo (art. 1677 c.c.), l'impossibilità temporanea, a seconda dei casi, potrà anche considerarsi impossibilità definitiva, sia pure parziale, in quanto il periodo temporale di prestazione perduto per l'impossibilità sopravvenuta è perduto per sempre.

Inoltre, sia con riferimento ai contratti relativi ad attività non sospesa che con riguardo a quelli che subiscono le citate restrizioni, a causa della situazione di emergenza, è possibile che si verifichino i mutamenti (in aumento o in diminuzione) del «costo dei materiali o della manodopera» disciplinati dall'art. 1664, comma 1, c.c. Se tali sopravvenienze – certamente cagionate da «circostanze imprevedibili» quali l'epidemia in corso – dovessero risultare «superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto», le parti potrebbero richiedere «una revisione del prezzo», solo «per quella differenza che eccede il decimo».

Risulta, invece, possibile escludere – con specifico riferimento all'attuale emergenza sanitaria – l'operatività del comma 2 della disposizione in esame: norma, questa, che disciplina le «difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche o simili» (ad es., cause naturali riguardanti la conformazione del terreno su cui costruire l'opera oggetto dell'appalto o avversità atmosferiche), nell'alveo delle quali non paiono sussumibili le criticità derivanti, essenzialmente, dai citati provvedimenti emergenziali (*factum principis*)¹¹. Si segnala, tuttavia, che, secondo una corrente mino-

¹⁰ Per una rassegna di giurisprudenza in materia di impossibilità di esecuzione dell'opera per forza maggiore, v. LUMINOSO, *Commento sub art. 1672 c.c.*, in *Codice dell'appalto privato* a cura di Id., Milano, 2016, pagg. 785- 787.

¹¹ In giurisprudenza, esclude l'operatività del secondo comma dell'art. 1664, comma 2, c.c. nelle ipotesi di *factum principis* Cass. 14.1.1987, n. 173, in *DeJure*: «Gli istituti disciplinati dall'art. 1664 cod. civ., che correggono i rigori dell'alea contrattuale nell'appalto, riversando (anche) sul committente le conseguenze di determinate sopravvenienze, rivestono carattere eccezionale rispetto alla disciplina generale della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'art. 1467 cod. civ., e sono perciò insuscettibili di applicazione analogica ad aventi sopravvenuti diversi da quelli considerati nella norma; è peraltro ammissibile l'interpretazione estensiva della norma, che, nel secondo comma, prevede il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso per le difficoltà di esecuzione sopravvenute, derivanti da cause geologiche, idriche e "simili", che rendano più onerosa la sua prestazione: nel senso che debbono ritenersi comprese nella previsione normativa

ritaria di dottrina (supportata da alcune pronunce arbitrali)¹², il termine «simili» comprenderebbe **tutte** le cause «esterne» non imputabili alle parti (come **potrebbe essere il factum principis**), anche di tipo diverso da quelle «geologiche» ed «idriche».

Qualora, tuttavia, dovessero verificarsi sopravvenienze diverse da quelle disciplinate dall'art. 1664 c.c.¹³, potrebbe essere invocata la disciplina della **risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.** Tale rimedio presuppone che la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di **avvenimenti straordinari e imprevedibili** e che la sopravvenuta onerosità non rientri nell'**alea normale** del contratto. Ove queste condizioni ricorrano, la parte che deve eseguire tale prestazione può domandare la **risoluzione** e l'altra parte

*tutte le difficoltà di esecuzione dipendenti da cause naturali, e cioè tutte quelle che presentino le stesse qualità e caratteristiche intrinseche delle precedenti, esplicitamente menzionate, ma non quelle provocate da sopravvenienze oggettive di tipo diverso, che provochino effetti identici o analoghi, ma il fatto del terzo - nella specie l'abusiva occupazione degli alloggi da parte degli aspiranti assegnatari comportante la ritenuta insorgenza della particolare situazione obiettiva presupposta - (o il factum principis), le quali possono rientrare nella disciplina generale dell'art. 1467 cod. civ.": v. in termini, Cass. 28 marzo 2001, n. 4463, Cass. 24 aprile 1992, n. 4940, Cass. 16 gennaio 1986, n. 227 e Cass. 19 marzo 1980, n. 1818 (solo massima), tutte in *DeJure*. Risulta conforme la dottrina maggioritaria: v. *ex multis* RUBINO-IUDICA, op. cit.¹² Per la ricostruzione degli orientamenti interpretativi v. LECCESE, *commento sub art. 1664 c.c.*, in il *Codice dei Contratti commentato* a cura di Alpa-Mariconda, Milano 2017. V. in senso potenzialmente conforme all'orientamento minoritario, Corte d'Appello di Roma, 26 gennaio 2009, n. 349: fattispecie avente ad oggetto la maggiore onerosità dell'approvvigionamento di materie prime determinata da una delibera regionale volta a bloccare l'estrazione delle stesse; i giudici di merito affermano che: "la maggiore onerosità dell'approvvigionamento delle materie prime, non può addebitarsi a scarsa diligenza dell'Ente appaltante e dunque a sua responsabilità" e ritengono invece configurabile "un caso di forza maggiore, assimilabile all'ipotesi prevista dall'art. 1664 cc., che comporta per l'appaltatore solo un equo compenso per le sopravvenute difficoltà nell'esecuzione dell'opera, che non ha quindi - come ha correttamente argomentato e deciso il giudice di prime cure - natura risarcitoria, ma unicamente di reintegrazione in via equitativa dei maggiori costi sopravvenuti, non addebitabili a colpa di nessuno dei contraenti".*

¹³ Per le sopravvenienze regolate dall'art. 1664 c.c., la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie ritengono che tale norma costituisca una disciplina speciale rispetto a quella di cui all'art. 1467, con conseguente inapplicabilità dell'ultima: v. Cass. 3 novembre 1994, n. 9060, in *DeJure*, per cui "l'art. 1664 c.c. costituisce la particolare applicazione al contratto di appalto (che, pur essendo un contratto non aleatorio, comporta particolari tipi di rischio espressamente regolamentati) del principio contenuto nell'art. 1467 c.c.; norma quest'ultima, che può ritenersi applicabile ad un contratto di appalto solo nell'ipotesi in cui l'onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste nell'art. 1664, dovendo altrimenti la norma speciale prevalere sulla norma generale, in quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteristiche particolari"; in senso conforme v. Cass. 173/1987 e Cass. 227/1986 cit.; in dottrina, cfr. RUBINO-IUDICA, op. cit.

(e solo essa) può evitarla offrendo di **modificare equamente le condizioni del contratto**.

Appare comunque difficile stimare *ex ante* e in termini astratti se l'avvenimento straordinario e imprevedibile rappresentato dall'epidemia in corso e dai relativi provvedimenti emergenziali (allo stato) assunti possa rendere il contratto di appalto eccessivamente oneroso per il committente o per l'appaltatore. La stima dell'impatto economico della sopravvenienza in questione deve essere valutata caso per caso con riferimento allo specifico sinallagma contrattuale, anche in relazione all'alea normale del contratto e, ovviamente, ad eventuali pattuizioni in punto di ripartizione dei rischi.

Laddove non si volesse attivare il rimedio della risoluzione ma un diverso rimedio manutentivo, verrebbe in rilievo il già citato principio di **buona fede** *ex art. 1375 c.c.*, al fine di ottenere la **rinegoziazione** delle pattuizioni oggetto dello squilibrio sopravvenuto (sebbene in giurisprudenza ciò non sia pacifico). Una possibile conferma del *favor* del legislatore per il mantenimento del rapporto negoziale, sia pure previa correzione dello squilibrio indotto da fattori esterni, può trarsi proprio dal summenzionato art. 1664 c.c. che prevede (i) la revisione del prezzo nelle ipotesi disciplinate dal comma 1 e (ii) il diritto dell'appaltatore ad un «equo compenso» per i maggiori oneri derivanti dalle difficoltà esecutive indicate nel comma 2.

2. - Coronavirus e Opzioni.

Com'è noto, l'opzione è disciplinata dall'art. 1331 c.c.¹⁴ e, nel caso in cui venga esercitata, determina la conclusione di un nuovo contratto che, a seconda della volontà delle parti, può essere preliminare o definitivo. Nella prassi, la tipologia più diffusa di opzione è quella che impone alla parte vincolata di vendere o comprare un bene a un prezzo che può essere predeterminato oppure da determinarsi secondo le formule e i parametri indicati nel patto di opzione. Di seguito, faremo particolare riferimento

¹⁴ Ai sensi del quale: “quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'art. 1329. Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice”.

alle opzioni/contratti che hanno ad oggetto beni il cui valore è particolarmente sensibile alle oscillazioni del mercato di riferimento e, segnatamente, immobili e partecipazioni societarie. Peraltro, non ci occuperemo delle clausole di *tag along* e *drag along* (che pure certuni tendono a ricondurre, tra l'altro, alle opzioni) né di tematiche più strettamente societarie, quali le opzioni di cui all'art. 2441 c.c.

Come altrettanto noto, l'opzione può essere pattuita dalle parti con un autonomo contratto che in essa si esaurisce, con un contratto collegato ad altri negozi oppure nell'ambito di un contratto (preliminare o definitivo) caratterizzato da contenuto e sinallagma più ampi. Qualora l'opzione sia stata pattuita nel contesto di un'operazione unitaria articolata in una pluralità di accordi collegati, oppure costituisca una pattuizione all'interno di un contratto di più estesa portata, occorrerà altresì valutare l'impatto sull'opzione che possono avere i rimedi inerenti a tali contratti così come la loro sorte.

Per esaminare quali siano - rispetto all'opzione - i possibili effetti della situazione emergenziale venutasi a creare a causa dell'epidemia da Covid-19 (la “**Situazione Emergenziale**”) e i relativi rimedi, occorrerà preliminarmente e di volta in volta verificare:

(i) se il patto di opzione o il contratto in cui quest'ultima sia stata inserita contengano una disciplina specifica delle cause di forza maggiore (*aut similia*) oppure clausole cosiddette di *material adverse change* o *material adverse events*; in tal caso, dovranno essere valutate (caso per caso) l'estensione e la “tenuta” di tali clausole rispetto alla Situazione Emergenziale e alla correlata normativa d'emergenza, tenendosi conto che quest'ultima è volta a tutelare *in primis* interessi e diritti di ordine pubblico e rango costituzionale;

(ii) quale sia l'alea insita nel patto di volta in volta in esame (dovendosi considerare che l'opzione è naturalmente caratterizzata da un'alea piuttosto marcata, atteso che si proietta nel tempo in relazione a beni di valore oscillante - ma sul punto torneremo in seguito) e se le parti abbiano escluso, o meno, la possibilità di invocare uno o più rimedi di legge (si pensi, per esempio, a un contratto che escluda i rimedi che conducono alla risoluzione per il caso di temporanea chiusura dell'attività aeroportuale, accordando un correlativo periodo di sospensione del canone relativo allo

spazio concesso in locazione a un'impresa da parte dell'ente aeroportuale). In questi casi andranno attentamente valutate le singole pattuizioni contrattuali al fine di verificare se e quale spazio abbiano effettivamente lasciato le parti all'applicazione dei principi e dei rimedi generali in materia di obbligazioni contrattuali;

(iii) come sia modulato il periodo di esercizio dell'opzione: per esempio, là dove le parti abbiano pattuito un periodo particolarmente ampio oppure più finestre temporali a consistente distanza dagli eventi in corso, l'oblato sarà tenuto a comportarsi secondo buona fede con particolare riguardo alla scelta del momento in cui esercitare l'opzione e dovendo evitare abusi manifesti. Più complessa, sempre per esempio, è l'ipotesi in cui il periodo di esercizio dell'opzione venga a scadere durante o una volta cessata la vigenza dei provvedimenti emergenziali ma in un contesto in cui siano perduranti gli effetti sostanziali ed economici della crisi determinata dalla Situazione Emergenziale. Qui, inevitabilmente, occorrerà verificare il caso concreto.

182

Data la gravità della situazione, ricordiamo anzitutto che, sotto il profilo dei mutamenti *soggettivi*, l'opzione (stante l'espresso richiamo all'art. 1329 c.c. contenuto nell'art. 1331 c.c.) – in pendenza del termine pattuito tra le parti per il suo esercizio (o di quello assegnato dal giudice) – non perde efficacia neppure in caso di morte o sopravvenuta incapacità della parte che si è vincolata, “*salvo che la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia*”. Sicché, salva altresì una diversa disciplina convenzionale, l'obbligo assunto con l'opzione difficilmente viene meno (e vincherà pertanto anche i successori *mortis causa*), fatta eccezione per il solo caso in cui l'esercizio dell'opzione determini la conclusione di un contratto *intuitu personae*. Anche in proposito occorrerà fare una valutazione caso per caso: la persona può avere particolare rilievo nella cessione di una partecipazione in una società di persone; minor rilievo nel caso di società di capitali (con qualche attenzione per quelle particolarmente caratterizzate dalla figura imprenditoriale o manageriale di riferimento e dunque alle cosiddette *key man clauses*); difficilmente può rilevare nella cessione di un immobile; e così via.

Ciò detto, a una prima ricognizione, la Situazione Emergenziale pare poter incidere:

(iv) sulla capacità (temporanea o meno) della parte di far fronte alle obbligazioni conseguenti all'esercizio dell'Opzione: sia per quanto riguarda gli aspetti di pura esecuzione (il legale rappresentante non può recarsi dal notaio perché è all'estero o in isolamento o, peggio, in terapia intensiva etc.) sia, per esempio, in ragione di una carenza di liquidità ad essa *eccezionalmente* non imputabile ¹⁵ (il possibile riferimento è al caso in cui, per effetto della Situazione Emergenziale, alla parte venga impedito per mesi l'esercizio dell'attività di impresa), oppure

(v) sull'equilibrio sinallagmatico del contratto che si concluderebbe per effetto dell'esercizio dell'opzione (ci riferiamo in questo caso all'ipotesi in cui la prestazione divenga eccessivamente onerosa in ragione del valore nel frattempo acquisito o perduto dal bene oggetto della compravendita, che, nella specie, potrebbe anche essere sideralmente distante da quello che le parti avevano soppesato al momento della stipula del patto);

(vi) sull'oggetto del contratto a valle, si pensi, per esempio, al caso di sopravvenuta insolvenza della società *target* o alla requisizione in uso (che potrebbe protrarsi per l'intera durata dell'emergenza, e dunque a tempo indeterminato) delle strutture alberghiere previsto dall'art. 6 comma 7 del decreto Cura Italia ¹⁶, con la necessità di verificare se il mutamento debba considerarsi definitivo o temporaneo.

I rimedi che vengono variamente in rilievo rispetto a queste ipotesi vengono trattati qui di seguito.

Anzitutto, come abbiamo già accennato, l'esercizio dell'opzione dovrà essere conforme a buona fede: l'oblato, in altri termini, non dovrà approfittare di una situazione di vantaggio determinata dalla Situazione Emergenziale, là dove l'opzione possa essere esercitata anche in un momento successivo, in cui potrebbero essere venute meno l'attuale stato di eccezione e le correlate difficoltà (si pensi in particolare all'esercizio delle opzioni di vendita). In altri termini, data la Situazione Emergenziale e

¹⁵ Il riferimento è alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 - con cui è stato dichiarato sino al 31 luglio 2020 lo stato di emergenza - e all'art. 91 del Decreto Cura Italia, ai sensi del quale "il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

¹⁶ Il d.l. 17 marzo 2020 n. 18.

valutato caso per caso, è difficile immaginare che la parte possa pretendere di dare esecuzione al contratto come se nulla fosse accaduto, specie là dove il sacrificio per l'oblato fosse minimo (e, come accennato sopra, fosse sufficiente la proroga del termine di esercizio per evitare un sacrificio eccessivamente gravoso al soggetto vincolato). Il rimedio, in questi casi, potrebbe essere il richiamo all'abuso del diritto (cioè la violazione dei principi di cui artt. 1175 e 1375 c.c.) e la proposizione di un'azione volta a far accertare che l'esercizio dell'opzione debba intendersi *tamquam non esset*.

Anche ammesso che l'opzione (il riferimento in particolare è a quella di vendita) venga esercitata secondo buona fede, comunque il soggetto vincolato potrebbe trovarsi in difficoltà in ragione della Situazione Emergenziale, sia in relazione agli adempimenti esecutivi necessari (per cui rinviamo *amplius* alla parte dedicata ai contratti preliminari) sia in ragione di carenze di liquidità (ad esso non imputabili, se dipendenti dai provvedimenti conseguenti alla Situazione Emergenziale¹⁷) che, com'è noto, non costituiscono una causa di impossibilità assoluta della prestazione. Il debitore può avvalersi del rimedio di cui all'art. 1256, comma 2, c.c. (oltre che dell'art. 91 del decreto Cura Italia) e ritenersi esonerato per il caso di ritardo dovuto a una impossibilità temporanea (ad esempio in ragione della chiusura temporanea dell'impresa imposta dai provvedimenti nazionali o regionali emanati), ma dovrà adempiere allorché la situazione sia tornata alla normalità che, nella specie, dovrà ragionevolmente intendersi come il recupero di un'operatività ordinaria da parte dell'impresa, anche in termini finanziari (salvi casi limite, nei quali l'impossibilità temporanea perduri in misura tale per cui, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, venga meno l'interesse dell'oblato alla esecuzione del contratto: cfr. l'art. 1256, comma, 2 c.c.).

Nel caso in cui la Situazione Emergenziale abbia determinato un forte

¹⁷ Di nuovo, il riferimento è all'art. 91 del decreto Cura Italia, atteso che, ordinariamente, il debitore non è esonerato da responsabilità per inadempimento di obbligazioni pecuniarie, neppure quando l'impotenza finanziaria sia incolpevole (si pensi all'ipotesi che, in un momento di recessione, il fallimento di numerosi suoi debitori gli abbia fatto mancare l'afflusso di denaro liquido sulla quale faceva ragionevole affidamento: così, quasi alla lettera, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 28, ove si trovano ampi riferimenti in nota).

squilibrio tra le prestazioni ¹⁸ (perché il bene compravenduto ha perduto o acquisito valore in termini fortemente anomali ed eccedenti l'alea insita nell'opzione), la disciplina che dovrebbe venire in rilievo è quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c. ¹⁹, che prevede la risoluzione *ope iudicis* del contratto, e di cui all'art. 1468 c.c. (se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni), che prevede (sempre *ope iudicis*) la riconduzione della prestazione o del contratto ad equità ²⁰.

In proposito, occorre anzitutto ricordare per cenni che, secondo taluni (inclusa una giurisprudenza piuttosto datata), stante l'unilateralità del vincolo che sorge con la stipula del patto di opzione (che, come detto, vincola il proponente a mantenere ferma la propria proposta), la norma applicabile al patto sarebbe solo l'art. 1468 c.c., ai sensi del quale è consentita (come detto) la riduzione della prestazione dell'obbligato o una sua riconduzione ad equità ma non la risoluzione del contratto *ex art. 1467 c.c.*, potendo un eventuale squilibrio tra le prestazioni delle parti sorgere solo con riferimento al contratto che viene a concludersi per effetto dell'esercizio dell'opzione e non con riferimento al patto di opzione in sé (fermo che, come abbiamo detto, rispetto al patto di opzione il sinallagma potrebbe anche risiedere in negozi collegati). Secondo talaltri, l'art. 1467 c.c. sarebbe invece applicabile in tutti i casi in cui il contratto che viene concluso con l'esercizio dell'opzione presenti prestazioni a carico di entrambi i contraenti (e cioè la gran parte dei casi), applicandosi invece l'art. 1468 c.c. al solo caso in cui il contratto "a valle" preveda obbligazioni a

¹⁸ È quasi superfluo precisare che la parte che agisce per far valere i correlati rimedi deve provare che l'alterazione del sinallagma sia stata effettivamente determinata dalla Situazione Emergenziale e non da altre cause, spesso antecedenti, che talvolta possono trovare nella pandemia in atto una sorta di giustificazione posticcia.

¹⁹ Ai sensi del quale: "nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita" – tra i quali ultimi rientra l'opzione – "se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto".

²⁰ Ai sensi del quale, nelle ipotesi previste dell'art. 1467 c.c., "se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità".

carico di una sola parte. Infine, ricordiamo anche una risalente giurisprudenza di merito secondo la quale chi intenda risolvere il contratto “a valle” dovrebbe impugnare anche il patto di opzione “a monte”²¹. Qui di seguito, in termini pratici, ragioneremo come se il rimedio di cui all’art. 1467 c.c. fosse azionabile fino a quando non sia stata data esecuzione al contratto (preliminare o definitivo) eventualmente concluso per effetto dell’esercizio dell’opzione (e cioè fino a quando non si siano “incrociati” gli atti di trasferimento dei beni compravenduti e il pagamento del relativo prezzo). Ferma la varietà di opinioni di cui al punto precedente, il rimedio *ex art.* 1467 c.c. sembra effettivamente applicabile al caso in cui oggetto della compravendita che si conclude a seguito dell’esercizio dell’opzione sia un immobile e, per effetto della Situazione Emergenziale, il suo valore sia mutato in termini abnormi. Le ragioni di cui alla Situazione Emergenziale e alla correlata normativa sono certamente imprevedibili, straordinarie e oggettive. Come abbiamo già detto, se le parti hanno contrattualmente “gestito” le ipotesi di sopravvenienza, disponendo o escludendo aggiustamenti e diritti di recesso, solo a seguito di un’analisi delle varie clausole si potrà comprendere se la sopravvenienza (pur rilevante) abbia ecceduto l’alea accettata *ab origine* dai contraenti.

Più complesso è il caso in cui l’opzione sia funzionale alla conclusione della compravendita di una partecipazione societaria, considerato (come noto) che: (i) il bene compravenduto è rappresentato dalle azioni o quote della società e non dal patrimonio, dalla redditività o da altre “qualità” di quest’ultima; (ii) il contratto a valle spesso prevede clausole di aggiustamento prezzo e clausole di “*sole remedy*” che attribuiscono al compratore diritti di indennizzo da esercitare per il caso di violazione di singole dichiarazioni o garanzie normalmente riferibili al patrimonio netto della società delle cui quote o azioni si tratta e alle poste che contribuiscono a formarlo. In altri termini, fermo che occorrerà comunque una valutazione del caso concreto, il rimedio di cui all’art. 1467 c.c. risulta difficilmente

²¹ Per una puntuale ricostruzione si veda E. PANZARINI, in A. GAMBARO e U. MORELLO, *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 2013, 103 e ss.

applicabile alla compravendita di partecipazioni²², sia (e anzitutto) perché le sopravvenienze riguardano il valore patrimoniale o quello di mercato o la profittabilità della società (e cioè il bene *mediato* anziché quello *immediato* della compravendita, che sono le azioni o le quote, attributive non di porzioni di beni sociali ma, come noto, di “posizioni giuridiche inerenti al funzionamento legale della società, e cioè alla sua organizzazione interna²³”), sia (volendo superare il primo ostacolo²⁴) per l’alea normalmente insita e già regolata nei contratti di compravendita ormai divenuti tipici nella forma del cosiddetto *SPA* o *Sale and Purchase Agreement*²⁵, a mezzo degli apparati di clausole testé menzionati (aggiustamento prezzo, spesso modulato sull’evoluzione dell’*ebitda* o della posizione finanziaria netta, e diritti di indennizzo in caso di distonie rispetto al consueto e fitto *set* di dichiarazioni e garanzie). In proposito, si ricorda che il Tribunale di Milano:

– in un caso del 2013²⁶, ha ritenuto aleatorio un patto di opzione (relativo a una società chiusa) in cui veniva fissato un prezzo minimo, argomentando che “*l’accordo con cui è stata concessa l’opzione non può essere risolto né per “presupposizione”, considerato che il risultato dell’attività di impresa è frutto e conseguenza della sinergia di svariati fattori, né per eccessiva onerosità sopravvenuta, tenuto conto che il rischio connaturato all’esercizio dell’attività imprenditoriale vale di per sé a rendere il patto di fissazione del prezzo minimo implicitamente aleatorio;*

– in un caso del 2014²⁷, riferito a un’opzione *put* avente ad oggetto azioni quotate, ancorché senza assumere espressa posizione sulla questione (pur sottoposta alla sua attenzione) della natura aleatoria o meno del contratto di opzione, ha esaminato in concreto la sussistenza dei singoli presupposti

²² Per una disamina sintetica ed efficace (anche se risalente), si veda D. GALLETTI, *Brevi note in tema di vendita di quota sociale ed errore sui motivi*, *Banca borsa tit. cred.*, fasc.1, 1997, p. 25 e ss..

²³ Così già G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d’impresa*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 23.

²⁴ Uno spazio minimo sembra lasciarlo, in caso di “sproporzione enorme”, anche D. GALLETTI, *op. cit.*, p. 28, per il resto molto critico circa l’applicabilità dell’art. 1467 c.c. alla vendita di quote o azioni.

²⁵ Per tutti, si veda G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Giappichelli, Torino, 2019.

²⁶ Trib. Milano 21 febbraio 2013 (ord.), pubblicata su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

²⁷ Trib. Milano 30 gennaio 2014 pubblicata su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

di cui all'art. 1467 c.c. ed escluso che potesse considerarsi straordinaria e imprevedibile la nota crisi del 2008 (originata dal crac della Lehman Brothers), *in quanto [non] diversa dalle normali oscillazioni di valore del sottostante, la cui variabilità rappresenta appunto elemento connesso alla causa del negozio*". In proposito, è evidente che le opzioni aventi ad oggetto azioni quotate e negoziate sul mercato telematico regolamentato meriterebbero un esame a sé, considerata l'elevata alea e la funzione speculativa che le caratterizzano e altresì la ciclica ricorrenza delle crisi del mercato; sono note a tutti quelle del 2001 per l'attentato alle Twin Towers, del 2008 per il crac Lehman Brothers, del 2011 per la crisi legata al debito dello Stato italiano e allo "spread" che ha caratterizzato in allora i relativi titoli in rapporto a quelli del debito tedesco; peraltro, il crollo cui stiamo assistendo sembra allo stato (fermo che tutto potrebbe cambiare anche rapidamente) non avere precedenti ed essere paragonabile a casi di scuola di avvenimenti straordinari e imprevedibili quali i fatti di guerra o le storiche fiammate inflazionistiche.

Dunque, con riferimento alle opzioni aventi ad oggetto la compravendita di partecipazioni societarie, sarà rilevante (e talvolta *dirimente*) verificare (tra l'altro) i criteri con cui viene determinato il prezzo (ad es. mediante prezzo minimo, *fair market value* a una determinata data - data la cui *fairness* è tutta da verificare in rapporto ai recenti accadimenti e alla loro progressione temporale - o formule più complesse), atteso che il patto in sé potrebbe già prevedere meccanismi idonei a far fronte alle oscillazioni dovute alla Situazione Emergenziale. Peraltro, non si possono escludere in proposito soluzioni quale quella adottata da un recente lodo arbitrale²⁸ in cui, facendosi applicazione dell'art. 1374 c.c. (che prevede l'integrazione del contratto anche in via di equità), si è giunti a modificare parzialmente la formula pattizia di determinazione del prezzo di compravendita di alcune azioni, al fine di tenere conto dell'esponenziale crescita dell'equità della società acquisita nel periodo ricompreso tra la conclusione del patto e l'esercizio dell'opzione d'acquisto, in quanto evento non previsto né disciplinato contrattualmente.

²⁸ Collegio composto da P. G. Marchetti, V. Mariconda e G. Portale, lodo del 5 novembre 2019, inedito.

Detto della difficile applicazione dell'art. 1467 c.c. all'opzione avente ad oggetto le partecipazioni societarie, occorre chiedersi se la Situazione Emergenziale non consenta un "rilancio" di altri rimedi e ricostruzioni, quale quello previsto dalla giurisprudenza in caso di *aliud pro alio* ²⁹ piuttosto che la figura della presupposizione, di cui, ad oggi, si è fatta solo di rado concreta applicazione (ancor meno nell'ambito della vendita di partecipazioni societarie).

La fattispecie dell'*aliud pro alio* si ha quando viene consegnata una cosa radicalmente diversa da quella pattuita o quando viene consegnato un bene che assolve a una funzione economico-sociale diversa da quella presupposta dalle parti. Tipicamente, nella sua (cauta) applicazione giurisprudenziale, integra l'*aliud pro alio* l'immobile destinato ad abitazione ma privo del certificato di abitabilità. Nel caso di partecipazioni societarie, per esempio, si ravvisa l'*aliud pro alio* là dove sia stata dichiarata l'insolvenza - poiché fa venir meno lo scopo di lucro - o nel caso in cui manchi l'autorizzazione a svolgere l'attività alberghiera, là dove essa sia l'unica attività esercitata dalla società acquistata ³⁰. In questi casi, risulta del tutto compromessa la destinazione all'uso che abbia costituito elemento determinante per addivenire al contratto che, pertanto, può essere risolto ex art. 1453 c.c. e ss.. Peraltro, ove la compromissione della destinazione sia (possa essere) solo temporanea, la giurisprudenza tende a escludere una fattispecie di *aliud pro alio* ³¹. Il rimedio resterebbe pertanto di dubbia

²⁹ Merita di essere segnalata una recentissima sentenza della Suprema Corte, ad avviso della quale "le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di 'secondo grado', in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale; pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede; conseguentemente la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incidendo sulla solidità economica e sulla produttività della società, quindi sul valore delle azioni o delle quote, può integrare la mancanza delle qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto ex art. 1497, c.c., ovvero, qualora i beni siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi "radicalmente diversi" da quelli pattuiti, l'esperimento di un'ordinaria azione di risoluzione ex art. 1453 c.c."; Cass. (ord.) 12 settembre 2019, n. 22790.

³⁰ Si veda G. DE NOVA, *op. cit.*, 230.

³¹ Tra le altre, Cass. 29 gennaio 2016, n. 1669.

applicazione nel caso (per tornare alla Situazione Emergenziale) di albergo requisito in uso sino al 31 luglio 2020 (*ex art. 6 comma 7 del decreto Cura Italia*), piuttosto che di una partecipazione in una società la cui attività sia temporaneamente impedita ma si possa ragionevolmente ipotizzare (ove sia mai possibile, allo stato, azzardare previsioni) una ripresa una volta che sia terminato lo stato di emergenza.

Come accennato, un'altra ipotesi che potrebbe avere un rilievo nella Situazione Emergenziale è quella della presupposizione. Nel caso delle partecipazioni sociali, il precedente più noto è quello deciso dalla Corte di Cassazione nel 1991³², in cui era stata venduta una società con un solo bene sociale, e segnatamente una imbarcazione, nel frattempo colpita da sequestro giudiziario; in allora il contratto venne risolto, tenuto conto che presupposto comune alle parti era la immediata utilizzabilità del natante. La presupposizione (cioè la mancanza del presupposto sulla base del quale i contraenti sono addivenuti alla stipula di un accordo) può condurre, in assenza di una norma che specificamente la riguardi e secondo giurisprudenza e dottrina piuttosto frammentarie³³, alla nullità per mancanza di causa, alla risoluzione per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta, alla inefficacia del contratto e, come si è ritenuto di recente³⁴, anche ad attribuire una facoltà di recesso. Per quanto qui interessa, non si può escludere che l'appartenenza e la libera e immediata utilizzabilità di un certo bene (d)alla società possano costituire presupposto di fatto comune ai contraenti, non incerto, di carattere oggettivo e indipendente dalla loro volontà, che le parti hanno tenuto ben presente, pur non facendovi espresso riferimento, in modo da assurgere a fondamento dell'esistenza ed efficacia del contratto³⁵ e che tali presupposti vengano meno per effetto della Situazione Emergenziale, con la conseguente applicabilità del rimedio della risoluzione.

Infine, là dove la Situazione Emergenziale abbia inciso in termini *definitivi* sull'oggetto dell'opzione – come accade per esempio nei casi in cui si

³² Cass. 3 dicembre 1991, n. 12921, ricordata anche in G. DE NOVA, *op. cit.*, 231.

³³ Per una chiara e sintetica ricognizione, si veda per tutti A. TORRENTE e P. SCHLESINGER (a cura di F. Anelli e C. Granelli), *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2019, 684 e ss..

³⁴ Da ultimo Cass. 13 ottobre 2016, n.20620.

³⁵ Per utilizzare una massima consolidata già da Cass. 4 agosto 1988, n. 4825.

addivenga alla dichiarazione di insolvenza della società le cui partecipazioni sono oggetto di compravendita oppure, sempre per esempio, alla requisizione in proprietà di presidi sanitari e medico-chirurgici (anche privati) da parte del capo del dipartimento della protezione civile – non ci pare dubbio che l’attivazione dei rimedi di cui sopra (fermo che, in un’eventuale azione, andrebbero diversamente proposti in via principale e subordinata alla luce del caso concreto) condurrebbe allo scioglimento del rapporto contrattuale.

3. - Coronavirus e Contratti di locazione.

I provvedimenti adottati dal Governo e dalle singole Regioni possono incidere sui contratti di locazione nelle ipotesi in cui il conduttore sia gravato dall’obbligo di corrispondere il canone sebbene non sia in condizione, a causa delle misure di contenimento prescritte dalla legge, di fruire (in tutto o in parte) del bene locato. È, ad esempio, il caso della locazione di immobile ad uso commerciale adibito allo svolgimento di attività temporaneamente vietate; fattispecie nella quale l’immobile perde per il conduttore ogni utilità, o conserva un’utilità significativamente inferiore (potendo continuare ad essere impiegato, in ipotesi, per il deposito o la conservazione delle merci).

Salvo che il contratto di locazione preveda una specifica disciplina per le cause di forza maggiore ³⁶ (o altre clausole rilevanti) e ferma la necessità di verificare la “tenuta” di tali clausole alla luce del carattere emergenziale della legislazione sopravvenuta ³⁷, occorre anzitutto prendere le mosse dai principi generali in materia di obbligazioni e considerare la disciplina dell’impossibilità sopravvenuta ³⁸.

³⁶ Per un’analisi di tali clausole e delle problematiche ad esse inerenti, si v. BORTOLOTTI, “Le clausole di forza maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla ICC force majeure clause 2003”, in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc.1, 2004, pag. 3 ss..

³⁷ Nei primi commenti sulla normativa d’emergenza, infatti, è stato rilevato che essa tutela interessi di ordine pubblico e che, quindi, ad esempio, “eventuali patti, contenuti nei contratti in corso, che escludano l’applicabilità degli artt. 1463 e 1464 c.c. non dovrebbero considerarsi validi” (VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al Covid-19*, pag. 12).

³⁸ Nel caso di specie, peraltro, verrebbe probabilmente in rilievo non già un’impossibilità c.d. assoluta (intesa come impedimento assoluto e oggettivo che rende di fatto impossibile la prestazione pattuita: cfr. Cass. 16.2.2006, n. 3440; Cass. 22.10.1982, n. 5496; Cass. 06.2.1979, n. 794), quanto un’impossibilità c.d. relativa, di cui soprattutto la dottrina ravvisa gli estremi

Nella specie non parrebbe venire in rilievo l'impossibilità di eseguire la prestazione dovuta dal conduttore (i.e. il pagamento del canone, che resta possibile anche nella contingenza in commento)³⁹ o quella dovuta dal locatore (che può continuare a lasciare il bene locato nella materiale disponibilità del conduttore), quanto l'**impossibilità sopravvenuta e incolpevole di utilizzazione della prestazione che il conduttore deve ricevere dal locatore (i.e. un'ipotesi di irrealizzabilità della causa concreta del negozio)**, che la giurisprudenza (sia pure ai fini della risoluzione del contratto) equipara alla sopravvenuta impossibilità di adempiere la prestazione a carico del debitore⁴⁰.

esimenti ogni qualvolta la prestazione, pur essendo naturalisticamente e materialmente possibile, richiederebbe al debitore uno sforzo non esigibile, alla luce della generale situazione economica e contrattuale da cui scaturisce l'obbligazione, nonché del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (cfr. PALADINI, RENDA e MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2019, p. 1132: "relatività significa allora commisurazione dei mezzi da utilizzarsi per l'adempimento, al contenuto ed al tipo di obbligazione: in questo senso il principio di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) può valere a costruire la cornice dei comportamenti richiesti al debitore dal contesto del rapporto obbligatorio". Considerazioni simili erano svolte già da MENGONI, voce *La responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, p. 1087 ss.: "il giudizio di impossibilità deve essere argomentato in relazione al contenuto del concreto rapporto in questione così come risulta determinato dalla sua fonte". Si veda inoltre ID., "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico", in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 285, ove si configura la inesigibilità della prestazione come una *species* del *genus* dell'impossibilità e la si riferisce alle ipotesi "in cui l'attività diretta a procurare il bene dovuto richiederebbe al debitore un sacrificio personale o patrimoniale, astrattamente deducibile in obbligazione, ma la cui obbligatorietà in concreto è esclusa da una valutazione di buona fede, riferita al contenuto del contratto (art. 1366) ovvero al tipo di rapporto obbligatorio di che trattasi").

³⁹ Cfr. Cass. 15.11.2013, n. 25777, che ha affermato come una circostanza riconducibile "sostanzialmente ad una situazione di mera difficoltà finanziaria" non potesse integrare un caso di impossibilità obiettiva ed assoluta di adempiere alla propria obbligazione; v. anche Cass., 20.5.2004, n. 9645, ove si è negato che la responsabilità dell'ente gestore di un corso di formazione professionale per il pagamento del docente del corso potesse escludersi, ai sensi degli art. 1218 e 1463 c.c., sulla base di una mera impotenza economica derivante dall'inadempimento di un terzo ai suoi obblighi di finanziamento nei confronti dell'ente, non integrando tale ipotesi una impossibilità oggettiva e assoluta della prestazione retributiva. In senso conforme, v. Cass. 16.3.1987, n. 2691, secondo cui l'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro non è suscettibile di estinguersi per impossibilità sopravvenuta, nonché Cass., 7.2.1979, n. 845 e Cass. 14.4.1975 n. 1409. Per la tesi secondo cui l'emergenza da Covid-19, ai sensi dell'art. 91 del D.L. n. 18/2020, configurerebbe un'ipotesi speciale di impossibilità temporanea della prestazione del conduttore per causa allo stesso non imputabile, v. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, 4.

⁴⁰ Si veda, con riferimento al noto caso del rischio di epidemia sull'isola di Cuba e del conseguente scioglimento di un contratto di vacanza *all-inclusive* per sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, Cass., 24.7.2007, n. 16315. Cfr. anche Cass. 29.3.2019, n. 8766 (con riferimento all'interruzione di uno spettacolo lirico per avverse condizioni atmosferiche, che avrebbe determinato l'impossibilità di utilizzazione della prestazione artistica da parte dello spettatore/creditore, con conseguente risoluzione

Peraltro, la temporaneità delle misure di contenimento (e dei conseguenti effetti sull'affitto, che è per definizione un contratto di durata) pone un tema interpretativo, posto che gli artt. 1463-1466 c.c. disciplinano soltanto i casi dell'impossibilità totale e parziale e non quello dell'impossibilità temporanea. Tuttavia, se si ha riguardo per il solo periodo interessato dalle restrizioni dovute alla pandemia, è sostenibile che si tratti di un'impossibilità definitiva (essendo irreversibile la situazione di mancato godimento) e **parziale** dal punto di vista temporale (oltre che parziale rispetto a even-

del contratto *ex art. 1463 c.c.* e diritto al rimborso del biglietto); in senso conforme Cass. 10.7.2018, n. 18047 (con riferimento allo scioglimento per impossibilità sopravvenuta di un contratto di pacchetto turistico "*all inclusive*" stipulato da una coppia sposata, in presenza di una grave patologia che aveva improvvisamente colpito uno dei due coniugi prima della partenza). Un altro esempio, ormai molto noto, della figura in esame si trova in Cass. 20.12.2007, n. 26959. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto risolto per impossibilità sopravvenuta il contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi, uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno, e ha conseguentemente condannato l'albergatore a restituire quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera. Il venire meno dell'interesse creditorio avrebbe infatti determinato, ad avviso della Suprema Corte, la "*soppravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione*". In un recentissimo caso proprio in materia di locazione, la S.C. ha ritenuto applicabile sempre la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione da parte del conduttore in presenza di una dichiarazione di inagibilità dell'immobile (che avrebbe dovuto essere destinato a scuola) conseguente al sisma dell'aprile 2009. In particolare, è stata ravvisata una "*impossibilità di godere gli immobili locati e di utilizzarli per l'uso (scuola pubblica) cui gli stessi erano adibiti, tanto da essere conseguentemente oggetto di ordinanze sindacali di sgombero e di inagibilità*" e dunque una "*alterazione del c.d. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta*" (v. Cass. 26.9.2019, n. 23987, che richiama Cass. 22.8.2007, n. 17844). In tal caso la prestazione non era del tutto impossibile, in quanto le opere di manutenzione straordinaria e di adeguamento anti-sismico erano praticabili, tuttavia in tempi non compatibili con l'avvio (non differibile da parte del conduttore) dell'anno scolastico. In termini solo relativi, il conduttore non aveva interesse a ricevere l'immobile ristrutturato.

Sulla differenza tra impossibilità di utilizzazione della prestazione e impossibilità sopravvenuta (totale o parziale) della prestazione, cfr. Cass. 16.2.2006, n. 3440 e Cass. 2.5.2006, n. 10138.

Per le differenze tra gli istituti dell'impossibilità sopravvenuta e della eccessiva onerosità sopravvenuta, v. Mosco, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. Dir.*, XX, 1970. Secondo l'autore "*(...) il sopraggiungere dell'onerosità eccessiva è l'elemento che contraddistingue i due istituti nel senso che, mentre per la risoluzione per impossibilità nessuna norma autorizza a fissare un limite di sacrificio economico, per l'altro istituto il limite viene tracciato con riferimento all'alea normale del contratto*" e proprio dall'esistenza dello specifico rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta trae una conferma del carattere oggettivo ed assoluto della impossibilità *ex art. 1256 c.c.*, "*in quanto non avrebbe alcuna ragione di essere un istituto che limita il sacrificio economico del debitore in un ordinamento che già limitasse tale sacrificio attraverso la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta*".

tuali utilità di cui il conduttore abbia potuto comunque fruire)⁴¹. Su tali basi, argomentando in base all'art. 1464 c.c., il conduttore potrebbe **rifiutare** (totalmente o parzialmente, a seconda che abbia conseguito o meno utilità marginali) il **pagamento** del canone relativo al periodo interessato dalle restrizioni (e chiedere la restituzione dei pagamenti anticipati per il medesimo periodo)⁴², ovvero (nei casi più gravi) esercitare il **recesso** (senza previsione di uno specifico termine di preavviso).

Ove l'impossibilità venisse considerata **temporanea**, troverebbe applicazione l'art. 1256, co. 2, c.c. (espressamente dedicato all'impossibilità temporanea della prestazione)⁴³. In tal caso, l'impossibilità temporanea determinerebbe la **sospensione** delle prestazioni previste dal contratto (similmente, del resto, a quanto espressamente disposto dalla legislazione speciale conseguente a eventi sismici), senza liberare il conduttore dall'obbligo di pagamento⁴⁴. Peraltro, sulla base del secondo periodo del mede-

⁴¹ Cfr. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in *Contratti*, 2000, p. 113; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 941; FONDRIESCHI, *L'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in MAFFEIS - FONDRIESCHI - ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in Trattato di diritto civile diretto da Sacco, Milano, 2013, p. 316). V. anche TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 227, secondo cui "nel caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica l'impossibilità temporanea è impossibilità parziale senz'altro, con la conseguente applicabilità diretta dell'art. 1464 cod. civ."

⁴² Sia pur con riferimento ad altre fattispecie, v. Cass. 28.3.2006, n. 7086; per un caso in materia di locazione, v. Trib. Milano, 5.10.2016, n. 10881, in *Banca Dati Dejure*.

⁴³ Per un cenno in tal senso, v. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, 6.

⁴⁴ In tal senso, in dottrina, PERLINGERI, sub art. 1256 c.c., in *Commentario Scialoja-Branca al c.c.*, 1975. In giurisprudenza, Cass. 28.1.1995, n. 1037 e Cass. 24.4.1982, n. 2548. È pacifico che la sospensione riguardi le prestazioni di ambedue i contraenti: v., oltre alla già citata Cass. 28.1.1995, n. 1037, anche Cass. 22.10.1982, n. 5496: "l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, se consiste in un impedimento, assoluto ed oggettivo, a carattere definitivo, dà luogo alla risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1463 c.c., mentre, se ha natura temporanea, determina soltanto la sospensione (e non la risoluzione) del contratto stesso, ma non oltre i limiti dell'interesse del creditore al conseguimento della prestazione". In tal senso, MIRABELLI, in *Comm. Utet*, 1984, p. 646. Questa ricostruzione è imposta d'altra parte sia dalla tutela del sinallagma contrattuale (che verrebbe pregiudicato se, in presenza di una temporanea impossibilità della controprestazione, l'altra parte fosse comunque tenuta ad adempiere) sia dalla migliore attuazione del principio di economia dei mezzi giuridici, in quanto la parte adempiente sarebbe altrimenti costretta, qualora l'impossibilità della controprestazione da temporanea diventasse definitiva (eventualità contemplata dall'art. 1256, co. 2, c.c.) e il contratto si sciogliesse quindi di diritto ex art. 1463 c.c., ad agire per chiedere la ripetizione di quanto corrisposto. Sul punto, PALADINI, RENDA e MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2019, p. 1705. Una volta cessata l'impossibilità temporanea, il debitore dovrà ritornare ad adempiere, a meno che non dimostri il sopravvenuto disinteresse del creditore all'adempimento dopo la cessazione della causa di impossibilità temporanea (v. Cass. 18 febbraio 1986, n. 956).

simo comma, potrebbe ugualmente argomentarsi il venir meno della causa concreta del pagamento del canone per il periodo interessato dalle restrizioni, con conseguente estinzione del relativo obbligo di pagamento, quando il conduttore non abbia interesse a recuperare il mancato godimento mediante un prolungamento del rapporto.

L'ipotesi di riduzione del canone, peraltro, deve essere di volta in volta valutata con riferimento al valore economico del contratto ed alla sua causa concreta, all'importo del canone annuo, alla durata della crisi, nonché al pregiudizio effettivamente subito dal conduttore (che potrebbe registrare una contrazione dei ricavi, ma anche dei costi), considerando anche eventuali misure di sostegno adottate dal Governo per le singole attività.

La richiesta di riduzione del corrispettivo, come pure quella di sospendere il pagamento per la durata delle misure restrittive, potrebbero, inoltre, essere argomentate in base all'art. 1375 c.c., che impone alle parti di **eseguire il contratto secondo buona fede**. Tale disposizione, quale espressione del dovere (di rango costituzionale) di solidarietà tra i consociati, potrebbe essere interpretata nel senso di richiedere al locatore un sacrificio che risulterebbe ampiamente inferiore al sacrificio cui il conduttore sarebbe soggetto ove fosse tenuto a corrispondere l'intero importo del canone a fronte di un'utilità temporaneamente azzerata (o comunque significativamente ridotta)⁴⁵. Tali richieste, inoltre, potrebbero trovare un ulteriore supporto argomentativo nell'art. 91 del D.L. n. 18/2020 (sempre che la disposizione sia applicabile ai contratti tra privati e rimanga invariata all'esito del passaggio parlamentare), secondo cui *“Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclu-*

⁴⁵ La riduzione del corrispettivo può considerarsi un'ipotesi particolare di revisione (o rinegoziazione) del contratto. Per un caso particolare, in cui dall'art. 1375 c.c. è stato desunto un obbligo di rinegoziazione, cfr. Trib. Bari, 31.7.2012, in *Foro it.*, 2013, 1, I, 375, secondo cui: *“Sussiste l'obbligo di rinegoziare il contratto, in base alla clausola generale di buona fede, nel caso di contratti collegati in cui la sopravvenienza, che si sostanzia nel mancato perfezionamento di un contratto previsto in funzione di garanzia, incida sul complessivo equilibrio dell'operazione negoziale (nella specie, i contraenti avevano pattuito un meccanismo di garanzia nell'interesse dell'acquirente, secondo cui il venditore era tenuto a conferire un mandato a gestire somme depositate in funzione di garanzia ad una banca, la quale aveva rifiutato di accettare l'incarico)”*. Sul tema della rinegoziazione, v. anche MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989.

sione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.

Una conferma del *favor* del legislatore per il mantenimento del rapporto negoziale, sia pure previa correzione dello squilibrio indotto da fattori esterni, può trarsi da una specifica disposizione del Codice Civile in materia di locazione. Ai sensi dell'art. 1584, co. 1, c.c., invero, ove il bene divenga parzialmente inutilizzabile a causa dell'impossibilità di eseguire le riparazioni cui è tenuto il locatore e tale inutilizzabilità si protragga per oltre un sesto della durata della locazione (e, in ogni caso, per più di 20 giorni), il conduttore ha diritto ad una **riduzione del corrispettivo** proporzionale all'entità del mancato godimento (mentre il secondo comma prevede la risoluzione per l'impossibilità di alloggiare nell'immobile). La legge, quindi, individua quale rimedio principale a fronte dell'indisponibilità parziale del bene la riduzione del corrispettivo, relegando la risoluzione del contratto ai casi di irreversibile o comunque perdurante impossibilità di trarre dall'immobile l'utilizzo presupposto dal conduttore in sede di stipulazione. Una possibile opzione interpretativa, coerente con il descritto quadro desumibile dai principi generali in materia di obbligazioni, potrebbe quindi essere rappresentata dall'**applicazione analogica** di tale disposizione alle fattispecie di temporanea impossibilità (parziale o totale) di utilizzo del bene locato indotte dalle misure di contenimento della pandemia.

Può essere utile ricordare che eventuali controversie *in subiecta materia* sarebbero soggette al procedimento obbligatorio di mediazione, ciò che potrebbe costituire un ulteriore incentivo al raggiungimento di soluzioni “bonarie” volte a riequilibrare il sinallagma.

Nella denegata ipotesi in cui le misure di contenimento della pandemia venissero prorogate per diversi mesi e vi fosse interesse a liberarsi definitivamente dal contratto, il conduttore potrebbe ritenersi legittimato a recedere per “*gravi motivi*” ai sensi dell'art. 27 della L. 392/1978 (osservando il preavviso di 6 mesi), fermo restando che lo scioglimento del vincolo contrattuale potrebbe in tal caso discendere anche dall'impossibilità sopravvenuta (ritenendola definitiva), nonché dal venir meno (in modo irreversibile) della causa concreta del contratto (mentre appare più

dubbia la riconducibilità della fattispecie all'eccessiva onerosità sopravvenuta).

4. - Coronavirus e Contratti di affitto di azienda.

I provvedimenti adottati dal Governo e dalle singole Regioni possono incidere sui contratti di affitto di azienda nelle ipotesi in cui il conduttore sia gravato dall'obbligo di corrispondere il canone sebbene non sia in condizione, a causa delle misure di contenimento prescritte dalla legge, di esercitare (in tutto o in parte) l'attività commerciale cui l'azienda è funzionale (come pure nel caso in cui le restrizioni imposte dalla pandemia rendano antieconomico l'esercizio di tale attività). È, ad esempio, il caso dell'affitto di un'azienda funzionale all'esercizio di un'attività commerciale temporaneamente vietata, ma si può ben immaginare che anche per le attività tuttora consentite le misure di contenimento (fra cui quelle di distanziamento sociale) siano idonee ad alterare la profittabilità dell'azienda.

Salvo che il contratto di affitto preveda una specifica disciplina per le cause di forza maggiore ⁴⁶ (o altre clausole rilevanti) e ferma la necessità di verificare la "tenuta" di tali clausole alla luce del carattere emergenziale della legislazione sopravvenuta ⁴⁷, occorre anzitutto prendere le mosse dai principi generali in materia di obbligazioni e considerare la disciplina dell'**impossibilità sopravvenuta** ⁴⁸.

⁴⁶ Per un'analisi di tali clausole e delle problematiche ad esse inerenti, si v. F. BORTOLOTTI, "Le clausole di forza maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla ICC *force majeure clause 2003*", in *Dir. Comm. Internaz.*, fasc.1, 2004, pag. 3 ss..

⁴⁷ Nei primi commenti sulla normativa d'emergenza, infatti, è stato rilevato che essa tutela interessi di ordine pubblico e che, quindi, ad esempio, "eventuali patti, contenuti nei contratti in corso, che escludano l'applicabilità degli artt. 1463 e 1464 c.c. non dovrebbero considerarsi validi" (VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, pag. 12).

⁴⁸ Nel caso di specie, peraltro, verrebbe probabilmente in rilievo non già un'impossibilità c.d. *assoluta* (intesa come impedimento assoluto e oggettivo che rende di fatto impossibile la prestazione pattuita: cfr. Cass. 16.2.2006, n. 3440; Cass. 22.10.1982, n. 5496; Cass. 06.2.1979, n. 794), quanto un'impossibilità c.d. *relativa*, di cui soprattutto la dottrina ravvisa gli estremi esimenti ogni qualvolta la prestazione, pur essendo naturalisticamente e materialmente possibile, richiederebbe al debitore uno sforzo non esigibile, alla luce della generale situazione economica e contrattuale da cui scaturisce l'obbligazione, nonché del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (cfr. PALADINI, RENDA e MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2019, p. 1132: "relatività significa allora commisurazione dei mezzi da utilizzarsi per l'adempimento, al contenuto ed al tipo di obbligazione: in questo senso il principio di correttezza

Nella specie non parrebbe venire in rilievo l'impossibilità di eseguire la prestazione dovuta dal conduttore (i.e. il pagamento del canone, che resta possibile anche nella contingenza in commento)⁴⁹ o quella dovuta dal concedente (che, sebbene la questione possa essere in certi casi controversa, può continuare ad adempiere alla propria obbligazione di mettere materialmente a disposizione la propria azienda), quanto l'**impossibilità sopravvenuta e incolpevole di utilizzazione della prestazione che il conduttore deve ricevere dal concedente (i.e. un'ipotesi di irrealizzabilità della causa concreta del negozio)**, che la giurisprudenza (sia pure ai fini della risoluzione del contratto) equipara alla sopravvenuta impossibilità di adempiere la prestazione a carico del debitore⁵⁰.

e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) può valere a costruire la cornice dei comportamenti richiesti al debitore dal contesto del rapporto obbligatorio". Considerazioni simili erano svolte già da MENGONI, voce *La responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, p. 1087 ss.: *"il giudizio di impossibilità deve essere argomentato in relazione al contenuto del concreto rapporto in questione così come risulta determinato dalla sua fonte"*. Si veda inoltre ID., *"Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 285, ove si configura la inesigibilità della prestazione come una *species* del *genus* dell'impossibilità e la si riferisce alle ipotesi *"in cui l'attività diretta a procurare il bene dovuto richiederebbe al debitore un sacrificio personale o patrimoniale, astrattamente deducibile in obbligazione, ma la cui obligatorietà in concreto è esclusa da una valutazione di buona fede, riferita al contenuto del contratto (art. 1366) ovvero al tipo di rapporto obbligatorio di che trattasi"*.

⁴⁹ Cfr. Cass. 15.11.2013, n. 25777, che ha affermato come una circostanza riconducibile *"sostanzialmente ad una situazione di mera difficoltà finanziaria"* non potesse integrare un caso di impossibilità obiettiva ed assoluta di adempiere alla propria obbligazione; v. anche Cass., 20.5.2004, n. 9645, ove si è negato che la responsabilità dell'ente gestore di un corso di formazione professionale per il pagamento del docente del corso potesse escludersi, ai sensi degli artt. 1218 e 1463 c.c., sulla base di una mera impotenza economica derivante dall'inadempimento di un terzo ai suoi obblighi di finanziamento nei confronti dell'ente, non integrando tale ipotesi una impossibilità oggettiva e assoluta della prestazione retributiva. In senso conforme, v. Cass. 16.3.1987, n. 2691, secondo cui l'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro non è suscettibile di estinguersi per impossibilità sopravvenuta, nonché Cass., 7.2.1979, n. 845 e Cass. 14.4.1975 n. 1409. Per la tesi secondo cui l'emergenza da Covid-19, ai sensi dell'art. 91 del D.L. n. 18/2020, configurerebbe un'ipotesi speciale di impossibilità temporanea della prestazione del conduttore per causa allo stesso non imputabile, v. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, 4.

⁵⁰ Si veda, con riferimento al noto caso del rischio di epidemia sull'isola di Cuba e del conseguente scioglimento di un contratto di vacanza *all-inclusive* per sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, Cass., 24.7.2007, n. 16315. Cfr. anche Cass. 29.3.2019, n. 8766 (con riferimento all'interruzione di uno spettacolo lirico per avverse condizioni atmosferiche, che avrebbe determinato l'impossibilità di utilizzazione della prestazione artistica da parte dello spettatore/creditore, con conseguente risoluzione del contratto *ex art.* 1463 c.c. e diritto al rimborso del biglietto); in senso conforme Cass. 10.7.2018, n. 18047 (con riferimento allo scioglimento per impossibilità sopravvenuta di un contratto di pacchetto turistico *"all inclusive"* stipulato da una coppia sposata, in presenza di una grave patologia che aveva improvvisamente colpito uno dei due coniugi prima della

Peraltro, la temporaneità delle misure di contenimento (e dei conseguenti effetti sull'affitto, che è per definizione un contratto di durata) pone un tema interpretativo, posto che gli artt. 1463–1466 c.c. disciplinano soltanto i casi dell'impossibilità totale e parziale e non quello dell'impossibilità temporanea. Tuttavia, se si ha riguardo per il solo periodo interessato dalle restrizioni dovute alla pandemia, è sostenibile che si tratti di un'impossibilità definitiva (essendo irreversibile la situazione di mancato godimento) e **parziale** dal punto di vista temporale (oltre che parziale rispetto a eventuali utilità di cui il conduttore abbia potuto comunque fruire)⁵¹. Su tali

partenza). Un altro esempio, ormai molto noto, della figura in esame si trova in Cass. 20 dicembre 2007, n. 26959. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto risolto per impossibilità sopravvenuta il contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi, uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno, e ha conseguentemente condannato l'albergatore a restituire quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera. Il venire meno dell'interesse creditorio avrebbe infatti determinato, ad avviso della Suprema Corte, la "sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione". In un recentissimo caso proprio in materia di locazione, la S.C. ha ritenuto applicabile sempre la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione da parte del conduttore in presenza di una dichiarazione di inagibilità dell'immobile (che avrebbe dovuto essere destinato a scuola) conseguente al sisma dell'aprile 2009. In particolare, è stata ravvisata una "impossibilità di godere gli immobili locati e di utilizzarli per l'uso (scuola pubblica) cui gli stessi erano adibiti, tanto da essere conseguentemente oggetto di ordinanze sindacali di sgombero e di inagibilità" e dunque una "alterazione del c.d. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta" (v. Cass. 26 settembre 2019, n. 23987, che richiama Cass. 22 agosto 2007, n. 17844). In tal caso la prestazione non era del tutto impossibile, in quanto le opere di manutenzione straordinaria e di adeguamento anti-sismico erano praticabili, tuttavia in tempi non compatibili con l'avvio (non differibile da parte del conduttore) dell'anno scolastico. In termini solo relativi, il conduttore non aveva interesse a ricevere l'immobile ristrutturato.

Sulla differenza tra impossibilità di utilizzazione della prestazione e impossibilità sopravvenuta (totale o parziale) della prestazione, cfr. Cass. 16 febbraio 2006, n. 3440 e Cass. 2 maggio 2006, n. 10138. Per le differenze tra gli istituti dell'impossibilità sopravvenuta e della eccessiva onerosità sopravvenuta, v. MOSCO, voce Impossibilità sopravvenuta della prestazione, in *Enc. Dir.*, XX, 1970. Secondo l'autore "(...) il sopraggiungere dell'onerosità eccessiva è l'elemento che contraddistingue i due istituti nel senso che, mentre per la risoluzione per impossibilità nessuna norma autorizza a fissare un limite di sacrificio economico, per l'altro istituto il limite viene tracciato con riferimento all'alea normale del contratto" e proprio dall'esistenza dello specifico rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta trae una conferma del carattere oggettivo ed assoluto della impossibilità *ex art. 1256 c.c.*, "in quanto non avrebbe alcuna ragione di essere un istituto che limita il sacrificio economico del debitore in un ordinamento che già limitasse tale sacrificio attraverso la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta".

⁵¹ Cfr. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in *Contratti*, 2000, p. 113; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 941; FONDRIESCHI, *L'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in MAFFEIS – FONDRIESCHI – ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile diretto da Sacco*, Milano, 2013, p. 316). V. anche TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 227, secondo cui "nel caso di

basi, argomentando in base all'art. 1464 c.c. , il conduttore potrebbe **rifiutare** (totalmente o parzialmente, a seconda che abbia conseguito o meno utilità marginali) il **pagamento** del canone relativo al periodo interessato dalle restrizioni (e chiedere la restituzione dei pagamenti anticipati per il medesimo periodo)⁵², ovvero (nei casi più gravi) esercitare il **recesso** (senza previsione di uno specifico termine di preavviso).

Ove l'impossibilità venisse considerata **temporanea**, troverebbe applicazione l'art. 1256, co. 2, c.c. (espressamente dedicato all'impossibilità temporanea della prestazione)⁵³. In tal caso, l'impossibilità temporanea determinerebbe la **sospensione** delle prestazioni previste dal contratto (similmente, del resto, a quanto espressamente disposto dalla legislazione speciale conseguente a eventi sismici), senza liberare il conduttore dall'obbligo di pagamento⁵⁴. Peraltro, sulla base del secondo periodo del medesimo comma, potrebbe ugualmente argomentarsi il venir meno della causa concreta del pagamento del canone per il periodo interessato dalle restrizioni, con conseguente estinzione del relativo obbligo di pagamento,

contratti ad esecuzione continuata o periodica l'impossibilità temporanea è impossibilità parziale senz'altro, con la conseguente applicabilità diretta dell'art. 1464 cod. civ."

⁵² Sia pur con riferimento ad altre fattispecie, v. Cass. 28 marzo 2006, n. 7086; per un caso in materia di locazione, v. Trib. Milano, 5.10.2016, n. 10881, in *Banca Dati Dejure*.

⁵³ Per un cenno in tal senso, v. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, 6.

⁵⁴ In tal senso, in dottrina, PERLINGERI, sub art. 1256 c.c., in *Commentario Scialoja-Branca al c.c.*, 1975. In giurisprudenza, Cass. 28 gennaio 1995, n. 1037 e Cass. 24.4.1982, n. 2548. È pacifico che la sospensione riguardi le prestazioni di ambedue i contraenti: v., oltre alla già citata Cass. 28 gennaio 1995, n. 1037, anche Cass. 22.10.1982, n. 5496: "*l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, se consiste in un impedimento, assoluto ed oggettivo, a carattere definitivo, dà luogo alla risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1463 c.c., mentre, se ha natura temporanea, determina soltanto la sospensione (e non la risoluzione) del contratto stesso, ma non oltre i limiti dell'interesse del creditore al conseguimento della prestazione*". In tal senso, MIRABELLI, in *Comm. Utet*, 1984, p. 646. Questa ricostruzione è imposta d'altra parte sia dalla tutela del sinallagma contrattuale (che verrebbe pregiudicato se, in presenza di una temporanea impossibilità della controprestazione, l'altra parte fosse comunque tenuta ad adempiere) sia dalla migliore attuazione del principio di economia dei mezzi giuridici, in quanto la parte adempiente sarebbe altrimenti costretta, qualora l'impossibilità della controprestazione da temporanea diventasse definitiva (eventualità contemplata dall'art. 1256, co. 2, c.c.) e il contratto si sciogliesse quindi di diritto ex art. 1463 c.c., ad agire per chiedere la ripetizione di quanto corrisposto. Sul punto, PALADINI, RENDA e MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2019, p. 1705. Una volta cessata l'impossibilità temporanea, il debitore dovrà ritornare ad adempiere, a meno che non dimostri il sopravvenuto disinteresse del creditore all'adempimento dopo la cessazione della causa di impossibilità temporanea (v. Cass. 18 febbraio 1986, n. 956).

quando il conduttore non abbia interesse a recuperare il mancato godimento mediante un prolungamento del rapporto.

L'ipotesi di riduzione del canone, peraltro, deve essere di volta in volta valutata con riferimento al valore economico del contratto ed alla sua causa concreta, all'importo del canone annuo, alla durata della crisi, nonché al pregiudizio effettivamente subito dal conduttore (che potrebbe registrare una contrazione dei ricavi, ma anche dei costi), considerando anche eventuali misure di sostegno adottate dal Governo per le singole attività.

La richiesta di riduzione del corrispettivo, come pure quella di sospenderne il pagamento per la durata delle misure restrittive, potrebbero, inoltre, essere argomentate in base all'art. 1375 c.c., che impone alle parti di **eseguire il contratto secondo buona fede**. Tale disposizione, quale espressione del dovere (di rango costituzionale) di solidarietà tra i consociati, potrebbe essere interpretata nel senso di richiedere al concedente un sacrificio che risulterebbe ampiamente inferiore al sacrificio cui il conduttore sarebbe soggetto ove fosse tenuto a corrispondere l'intero importo del canone a fronte di un'utilità temporaneamente azzerata (o comunque significativamente ridotta)⁵⁵. Tali richieste, inoltre, potrebbero trovare un ulteriore supporto argomentativo nell'art. 91 del D.L. n. 18/2020 (sempre che la disposizione sia applicabile ai contratti tra privati e rimanga invariata all'esito del passaggio parlamentare), secondo cui *"Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"*.

⁵⁵ La riduzione del corrispettivo può considerarsi un'ipotesi particolare di revisione (o rinegoziazione) del contratto. Per un caso particolare, in cui dall'art. 1375 c.c. è stato desunto un obbligo di rinegoziazione, cfr. Trib. Bari, 31.7.2012, in *Foro it.*, 2013, 1, I, 375, secondo cui: *"Sussiste l'obbligo di rinegoziare il contratto, in base alla clausola generale di buona fede, nel caso di contratti collegati in cui la sopravvenienza, che si sostanzia nel mancato perfezionamento di un contratto previsto in funzione di garanzia, incida sul complessivo equilibrio dell'operazione negoziale (nella specie, i contraenti avevano pattuito un meccanismo di garanzia nell'interesse dell'acquirente, secondo cui il venditore era tenuto a conferire un mandato a gestire somme depositate in funzione di garanzia ad una banca, la quale aveva rifiutato di accettare l'incarico)"*. Sul tema della rinegoziazione, v. anche MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989.

Una conferma del *favor* del legislatore per il mantenimento del rapporto negoziale, sia pure previa correzione dello squilibrio indotto da fattori esterni, può trarsi da una specifica disposizione del Codice Civile in materia di affitto. Invero, ai sensi dell'art. 1623 c.c.: “*Se, in conseguenza di una disposizione di legge, di una norma corporativa o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto*”⁵⁶. La norma, chiaramente ispirata alla finalità di preservare il sinallagma alla base dell'originario programma negoziale, postula: (i) il “*provvedimento dell'autorità*” – che nel caso di specie non dovrebbe creare particolari problemi di interpretazione (non solo, infatti, vi sono misure che incidono direttamente sullo svolgimento di alcune attività, ma anche le altre misure, sia pure indirettamente, paiono idonee ad incidere sulle attività produttive); (ii) il concetto di notevole modificazione, per la cui concreta declinazione può verosimilmente farsi riferimento ad altre norme che individuano soglie prestabilite (ad es. l'art. 1584 c.c. in tema di locazione, ma anche gli artt. 1635-1637 c.c. in tema di affitto di fondi rustici), ovvero al generale parametro della buona fede; (iii) la relazione fra “*perdita e vantaggio*” in capo alle parti del contratto. Negli esempi sopra considerati, mentre è agevole riconoscere che il conduttore si trovi esposto al rischio di perdite, potrebbe non essere di immediata evidenza il vantaggio per il concedente. Tuttavia, il conduttore potrebbe sostenere che, in simili situazioni, mantenendo invariato l'importo del canone incassato, il concedente trarrebbe indirettamente dalla propria azienda produttiva un'utilità che non sarebbe in grado di ritrarre gestendo direttamente l'azienda stessa (mentre nel caso di assoluta impossibilità di esercitare l'attività aziendale vi sarebbe il van-

⁵⁶ La norma in commento è stata applicata a un contratto di affitto di una stazione di rifornimento di carburante, per far fronte alla sopravvenuta richiesta, da parte dell'ANAS (proprietario della strada antistante), di una *royalty* a carico dell'affittuario per importo maggiore rispetto a quello che le parti avevano considerato nel contratto. Nella fattispecie, inoltre, è stato stabilito che il giudice può imporre il riequilibrio delle previsioni negoziali esclusivamente a far data dalla domanda (cfr. Cass. 23 novembre 2017, n. 5122). Per un'indiretta applicazione in caso di incremento del canone di una concessione demaniale, v. T.A.R., Trieste, sez. I, 21 gennaio 2014, n. 18, in *Foro Amm.* 2014, I, 247.

taggio ulteriore di incassare il canone nonostante il bene concesso in affitto non subisca alcun logorio o diminuzione dovuta all'uso da parte del conduttore). La norma privilegia il rimedio dell'adeguamento del canone, nell'ottica della conservazione del rapporto, ma contempla anche lo scioglimento *secondo le circostanze*, locuzione che – previa indagine sugli interessi *ex art. 1174 c.c.* di volta in volta trasfusi dalle parti nel contratto – potrebbe portare alla soluzione più drastica nell'ipotesi in cui il mantenimento del contratto non rivesta più alcuna utilità economica per il conduttore.

Ulteriori spunti nella medesima direzione possono trarsi dalle disposizioni in materia di affitto di fondi rustici (fattispecie accomunata alla prima dalla natura produttiva del bene oggetto di affitto), e precisamente gli artt. 1635, 1636 e 1637 c.c.. Invero, nel disciplinare le ipotesi di perdita di più della metà dei frutti per caso fortuito, le disposizioni citate prevedono: *(i)* il diritto del conduttore a una **riduzione del fitto, in misura comunque non superiore al 50%**, salvo che le perdite siano compensate dai precedenti raccolti (cfr. artt. 1635, co. 1 e 3, e 1636 c.c.); *(ii)* la possibilità di chiedere al giudice (verosimilmente in via cautelare) la **sospensione dall'obbligo di pagare una parte del fitto** in misura corrispondente alla perdita (cfr. art. 1635, co. 2, c.c.); *(iii)* l'equiparazione tra perimento e mancata produzione dei frutti (cfr. art. 1635, co. 4, c.c.); *(iv)* la possibilità di accollo convenzionale del caso fortuito in capo al conduttore, ma con l'eccezione del caso fortuito straordinario (cfr. art. 1637 c.c.). I riferimenti quantitativi, la rilevanza attribuita al risultato dell'intero programma negoziale e l'indisponibilità delle conseguenze legate ad eventi straordinari paiono tutti spunti interpretativi di obiettiva utilità nell'analisi delle conseguenze del Covid-19 sui rapporti di affitto di azienda.

Può essere utile ricordare che eventuali controversie *in subiecta materia* sarebbero soggette al procedimento obbligatorio di mediazione, ciò che potrebbe costituire un ulteriore incentivo al raggiungimento di soluzioni “bonarie” volte a riequilibrare il sinallagma.

Nella denegata ipotesi in cui le misure di contenimento della pandemia venissero prorogate per diversi mesi e il conduttore intendesse liberarsi definitivamente da un contratto divenuto economicamente non sostenibile, lo scioglimento del vincolo contrattuale potrebbe essere argomentato

sia (come detto) ai sensi dell'art. 1623 c.c., sia in forza dell'impossibilità sopravvenuta (se intesa in senso sostanzialmente definitivo), sia del venir meno (in modo irreversibile) della causa concreta del contratto (mentre appare più dubbia la riconducibilità della fattispecie all'eccessiva onerosità sopravvenuta).

5. - Coronavirus e Contratti preliminari.

La crisi epidemiologica in corso ed i provvedimenti adottati dal Governo e dalle singole Regioni, a partire dal 30 gennaio 2020, volti al contenimento della stessa possono incidere sulla regolare esecuzione dei contratti pendenti. Tale circostanza sembra essere stata presa in considerazione in più momenti e, segnatamente:

(i) dall'art. 10, comma 4, d.l. 2 marzo 2020, n. 9, secondo cui: «Per i soggetti che alla data di entrata in vigore del presente decreto sono residenti, hanno sede operativa o esercitano la propria attività lavorativa, produttiva o funzione nei comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, il decorso dei termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, nonché dei termini per gli adempimenti contrattuali è sospeso dal 22 febbraio 2020 fino al 31 marzo 2020 e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Ove la decorrenza del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, il termine decorre dalla fine del medesimo periodo. Sono altresì sospesi, per lo stesso periodo e nei riguardi dei medesimi soggetti, i termini relativi ai processi esecutivi e i termini relativi alle procedure concorsuali, nonché i termini di notificazione dei processi verbali, di esecuzione del pagamento in misura ridotta, di svolgimento di attività difensiva e per la presentazione di ricorsi giurisdizionali».

Appare però dubbio, in particolare, l'ambito soggettivo e temporale di applicazione della predetta previsione di cui al comma 4 e ciò alla luce del comma 18 della medesima disposizione, secondo cui: «In caso di aggiornamento dell'elenco dei comuni di cui all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020, ovvero di individuazione di ulteriori comuni con diverso provvedimento, le disposizioni del presente

articolo si applicano con riferimento ai medesimi comuni dal giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del relativo provvedimento»;

(ii) dall'art. 83, comma 8, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, secondo cui «Per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui ai commi 5 e 6 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».

Questa norma non appare tuttavia perspicua perché aggancia la sospensione dei termini processuali a due condizioni: a) che siano stati adottati i provvedimenti organizzativi che spettano ai capi degli uffici; b) che si tratti di diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività processuali precluse;

(iii) dall'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, secondo cui: «All'articolo 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: '6- bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti'».

Appare però anche qui dubbio l'ambito di applicazione di tale disposizione alla luce della rubrica dello stesso art. 91 ("Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici") e del contenuto della Relazione, secondo cui «L'articolo 91 interviene sulla disciplina dei ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici introdotta dall'articolo 3 del decreto-legge n. 6 del 2020».

Tenuto presente quanto precede, nonché dell'impossibilità di sapere, oggi, se le disposizioni richiamate rimarranno invariate in sede di conversione in legge, o verranno adottate, come da più parti richiesto, disposizioni generali più chiare, occorre comunque considerare come le misure e

i provvedimenti adottati per far fronte alla situazione di emergenza in corso, potranno incidere sui contratti preliminari sotto quantomeno tre profili:

- a) gli impedimenti, per le parti, di addivenire alla stipula del contratto definitivo nel luogo, nei modi e nei termini indicati nel contratto preliminare che si potrebbero determinare (si pensi, a titolo di esempio, all'ipotesi di malattia di uno dei contraenti e, più in generale, alle limitazioni imposte alle persone fisiche concernenti gli spostamenti dalle proprie abitazioni e dal proprio comune di residenza);
- b) le tempistiche necessarie per l'avveramento di eventuali condizioni sospensive cui è subordinata la stipula del contratto definitivo che si potrebbero dilatare (ad esempio, quelle dipendenti dal rilascio di un benessere da parte di una autorità amministrativa, la cui attività, stante la situazione emergenziale, potrebbe subire dei ritardi);
- c) l'impossibilità di stipulare, definitivamente o temporaneamente, il contratto definitivo (ad esempio a causa del decesso di uno dei contraenti, oppure della circostanza che la totalità o parte dei beni oggetto del contratto definitivo siano, nelle more della sua stipula, requisiti al proprietario ai sensi dell'art. 6 d.l. 17 marzo 2020, n. 18⁵⁷ per poter fronteggiare l'emergenza sanitaria).

Poiché gli effetti di tali misure e i provvedimenti sono molteplici e di diverso tipo, per valutare il loro effettivo impatto sui contratti preliminari stipulati prima della loro entrata in vigore, è essenziale compiere una valutazione caso per caso che tenga conto delle pattuizioni contenute nei singoli contratti preliminari, nonché dell'oggetto e del tipo di contratto definitivo.

Fermo quanto sopra, salvo che il contratto preliminare preveda una specifica disciplina per le cause di forza maggiore (o altre clausole rilevanti) e ferma la necessità di verificare la "tenuta" di tali clausole alla luce del carattere emergenziale della legislazione sopravvenuta, occorre, anzitutto, prendere le mosse dai principi generali in materia di obbligazioni e con-

⁵⁷ L'art. 6 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 prevede «la requisizione in uso o in proprietà, da ogni soggetto pubblico o privato, di presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere».

siderare la disciplina dell'**impossibilità sopravvenuta**, pacificamente applicabile al contratto preliminare.

Quanto alle problematiche illustrate *sub a*), viene in rilievo il disposto dell'art. 1256, comma 2, c.c., che dispone che l'impossibilità sopravvenuta di eseguire la prestazione (*i.e.* la stipula del contratto definitivo), se di carattere solo **temporaneo** (quale potrebbe essere il caso del ricovero in ospedale o della sottoposizione di una delle parti alla misura della c.d. quarantena), determina la sospensione della prestazione stessa per il periodo corrispondente al perdurare dell'impedimento e il relativo lasso di tempo non può essere considerato ritardo imputabile alla parte che non ha eseguito la prestazione⁵⁸. Ovviamente anche tale impossibilità temporanea dovrà essere valutata alla luce sia della possibilità che la persona temporaneamente impedita possa farsi rappresentare da altri, che a quella delle vigenti disposizioni restrittive attinenti lo spostamento delle persone fisiche all'interno di tutto il territorio nazionale, che impediscono normativamente anche a eventuali delegati di porre in essere attività che presuppongono lo spostamento stesso.

Se, dunque, si esclude che la parte che non ha eseguito la prestazione possa considerarsi inadempiente agli obblighi assunti con il contratto preliminare, viene meno la possibilità per le parti di avvalersi dei rimedi che presuppongono l'inadempimento del contraente. Ne consegue che, fino a quando l'impossibilità perdura, la parte adempiente non può fondatamente:

(iv) risolvere di diritto il contratto tramite l'invio di una **diffida ad adempiere** ai sensi dell'art. 1454 c.c. la cui efficacia risolutiva presuppone, tra l'altro, la sussistenza di un inadempimento di non scarsa importanza⁵⁹.

⁵⁸ V., per il caso di malattia di uno dei contraenti, Trib. Parma, 16 novembre 2010, n.1381, in *Dejure*, il quale ha qualificato come «impossibilità temporanea» – così escludendo qualsivoglia «responsabilità del debitore per l'inadempimento, ai sensi dell'art. 1256, comma 2, c.c.» – il fatto che il «legale rappresentante della promittente venditrice, accusando quest'ultimo un malore che lo costringeva ad attingere le cure mediche presso un presidio ospedaliero» non si fosse presentato dinanzi al notaio nel giorno previsto dal contratto preliminare per la stipula del contratto definitivo.

⁵⁹ Le caratteristiche dell'inadempimento rilevante ai sensi dell'art. 1454 c.c. hanno costituito a lungo – e costituiscono ancora – terreno di scontro tra gli interpreti. Da un lato, chi reputa che l'inadempimento debba essere sempre imputabile al contraente infedele, dall'altro lato chi, al contrario, sostiene che lo stesso possa anche non esserlo.

Poiché l'efficacia della diffida ad adempiere è, in ogni caso, soggetta alla verifica della congruità del termine di adempimento indicato⁶⁰, pare utile ricordare che gli effetti conseguenti alle misure di contenimento possono

⁶⁰ La valutazione di congruità del termine assegnato è un accertamento di fatto svolto dal giudice di merito. Secondo Cass. civ., 23 maggio 2014, n. 11493: «Non può essere unilaterale ed avere ad oggetto esclusivamente la situazione del debitore, ma deve prendere in considerazione anche l'interesse del creditore all'adempimento ed il sacrificio che egli sopporta per l'attesa della prestazione». Nello stesso senso, anche Cass. civ., 6 aprile 2009, n. 8250: «La Corte d'appello avrebbe dovuto, nello scrutinio in ordine alla congruità del termine di quindici giorni, valutare che nel lasso di tempo anteriore alla notificazione della diffida i debitori - acquirenti del bene sub condizione - avevano la possibilità di preparare almeno in parte l'adempimento, compiendo nei registri immobiliari le indispensabili visure per effettuare, una volta ricevuta l'intimazione, il pagamento necessario al fine di liberare il bene dai pignoramenti trascritti. Difatti, poiché il giudizio sulla congruità del termine di quindici giorni concesso con la diffida ad adempiere non può essere unilaterale ed avere ad oggetto esclusivamente la situazione del debitore, ma deve prendere in considerazione anche l'interesse del creditore all'adempimento ed il sacrificio che questi sopporta per l'attesa della prestazione, la valutazione di adeguatezza di quel termine compiuta dal giudice deve essere commisurata, tutte le volte in cui l'obbligazione del debitore sia divenuta attuale già prima della diffida, non rispetto all'intera preparazione dell'adempimento, ma soltanto rispetto al completamento di quella preparazione che si presume in gran parte compiuta, non potendo il debitore rimasto completamente inerte sino al momento della diffida pretendere che questa gli lasci tutto il tempo necessario per iniziare e completare la preparazione della prestazione».

Si v. con riferimento ai contratti preliminari, ad es., Cass. civ., 6 novembre 2012, n. 19105: «È noto che la regola secondo cui il termine concesso al debitore con la diffida ad adempiere, cui è strumentalmente collegata la risoluzione di diritto del contratto, non può essere inferiore a quindici giorni, non è assoluta, potendosi assegnare, a norma dell'art. 1454 c.c., comma 2, un termine inferiore ritenuto congruo per la natura del contratto e per gli usi. L'accertamento della congruità del termine costituisce un giudizio di fatto di competenza del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se esente da errori logici e giuridici (Cass. civ., 1° settembre 1990, n. 9085). Nella specie, la Corte territoriale ha ritenuto eccessivamente breve il termine di sette giorni assegnato dal F. al S. con la lettera del 3 febbraio 2000, sul rilievo che, gravando sul promittente acquirente la scelta del notaio, la condotta adempiente pretesa con la diffida doveva comprendere anche l'ottenimento di un appuntamento con il professionista per la predisposizione e la firma del rogito. Si tratta di un'argomentazione immune da vizi logici e giuridici, ancorando correttamente la valutazione della congruità del termine alla natura delle attività da compiersi dal promittente acquirente in base al contratto preliminare. L'apprezzamento espresso in proposito dal giudice di merito, pertanto, non è sindacabile in questa sede.»; Cass. civ., 9 novembre 1988, n. 6029: «In effetti, la sentenza impugnata, in relazione alla prima diffida del 22-8-81, ha ritenuto che essa fosse "inidonea a produrre effetti sia per l'intervenuto decesso del destinatario (Belloni Michele) sia per il mancato rispetto del termine di 15 giorni», mentre, poi, ha ritenuto congruo tale termine minimo con riferimento soltanto alla seconda diffida dell'11-9-1981, pur giustificando in parte, attenuandone la gravità, l'inadempimento degli eredi del Belloni «sconvolti per l'improvvisa scomparsa del loro familiare» (peraltro, soltanto a brevissima distanza di tempo della scadenza del termine di cui alla seconda diffida, la ved. Belloni ricorreva al Presidente del tribunale per ottenere il sequestro dell'immobile e iniziava il presente giudizio per la convulsa del sequestro e per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto)».

rilevare sotto questo profilo anche laddove si decida di ricorrere a tale strumento dopo la fine della situazione di emergenza;

(v) risolvere di diritto il contratto tramite la manifestazione della volontà di avvalersi della **clausola risolutiva espressa** inserita nel contratto preliminare ai sensi dell'art. 1456 c.c. L'esclusione di qualsiasi sindacato in merito alla gravità dell'inadempimento indicato nella clausola risolutiva espressa⁶¹ non esclude però che in sede applicativa la clausola debba essere valutata sotto il profilo del rispetto del canone di buona fede, sia quanto alla ricorrenza dell'inadempimento, sia del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risoluzione⁶²;

(vi) risolvere di diritto il contratto per effetto dell'inutile decorso del **termine essenziale** per l'adempimento di una prestazione *ex art. 1457*

⁶¹ In merito alla necessità che si tratti di inadempimento imputabile, si v., *ex multis*, Cass. civ., 6 febbraio 2007, n. 2553: «L'apposizione di una clausola risolutiva espressa, anche valida, non comporta automaticamente lo scioglimento del contratto a seguito del previsto inadempimento, essendo sempre necessario, per l'art. 1218 c.c., l'accertamento dell'imputabilità dell'inadempimento al debitore almeno a titolo di colpa (Cass. civ., n. 4591 del 1983, 9356 del 2000, 11717 del 2002)».

⁶² Così Cass. civ., 23 novembre 2015, n. 23868: «Anche in presenza di clausola risolutiva espressa, i contraenti sono tenuti a rispettare il principio generale della buona fede ed il divieto di abuso del diritto, preservando l'uno gli interessi dell'altro. Il potere di risolvere di diritto il contratto avvalendosi della clausola risolutiva espressa, in particolare, è necessariamente governato dal principio di buona fede, da tempo individuato dagli interpreti sulla base del dettato normativo (art. 1175, 1375, 1356, 1366 e 1371 c.c., ecc.) come direttiva fondamentale per valutare l'agire dei privati e come concretizzazione delle regole di azione per i contraenti in ogni fase del rapporto (precontrattuale, di conclusione e di esecuzione del contratto). Il principio di buona fede si pone allora, nell'ambito della fattispecie dell'art. 1456 c.c., come canone di valutazione sia dell'esistenza dell'inadempimento, sia del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risolvere il contratto, al fine di evitarne l'abuso ed impedendone l'esercizio ove contrario ad essa (ad esempio escludendo i comportamenti puramente pretestuosi, che quindi non riceveranno tutela dall'ordinamento). Dunque, pure in presenza della clausola risolutiva espressa, per il contraente non inadempiente vige il precetto generale *ex art. 1375 c.c.*, il quale gli impone in primis di valutare la condotta di controparte in tale prospettiva collaborativa; quindi, sarà il giudice a dover valutare le condotte in concreto tenute da entrambe le parti del rapporto obbligatorio, allorché sia adito con la domanda volta alla pronuncia dichiarativa *ex art. 1456 c.c.* (cfr. Cass. civ. 6 febbraio 2007, n. 2553); e, se da tale valutazione risulti che la condotta del debitore, pur realizzando sotto il profilo materiale il fatto contemplato dalla clausola risolutiva espressa, è conforme al principio della buona fede, ciò lo condurrà ad escludere la sussistenza dell'inadempimento *tout court* e, quindi, dei presupposti per dichiarare la risoluzione del contratto. L'inadempimento all'obbligazione, contrattualmente previsto come integrativo del potere di provocare in via potestativa la risoluzione del contratto, deve cioè essere effettivo, perché la previsione negoziale è da interpretare ed eseguire secondo buona fede».

c.c. ⁶³. Secondo la giurisprudenza di legittimità, tale risoluzione – pur operando a prescindere dall'indagine in ordine alla importanza del ritardo – è comunque subordinata all'esistenza dell'inadempimento e dell'imputabilità dello stesso in capo al debitore ⁶⁴;

⁶³ L'essenzialità del termine può derivare dalla volontà (espressa o implicita, purché inequivoca) delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine (c.d. termine essenziale "soggettivo"), ovvero può essere desunta dalla natura e dall'oggetto del negozio, laddove il ritardo dell'inadempimento comporti l'irrealizzabilità funzionale dell'operazione economica complessiva (c.d. termine essenziale "oggettivo"). In tema di contratti preliminari, è pacifico in giurisprudenza che il termine per la stipulazione del definitivo non è da ritenersi, di per sé, essenziale: tale lo diventa «solo quando, all'esito di indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, da condursi alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo; tale volontà non può desumersi solo dall'uso dell'espressione 'entro e non oltre' quando non risulti dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti che queste hanno inteso considerare perduta l'utilità prefissasi nel caso di conclusione del negozio stesso oltre la data considerata» (*ex multis*, Cass. civ. 25 ottobre 2010, n. 21838).

⁶⁴ Cass. civ. 18 febbraio 2011, n. 3993. Conf. Cass. civ., 24 giugno 2008, n. 17181: «al riguardo va, anzitutto, osservato che caratteri comuni degli istituti previsti dagli artt. 1456 clausola risolutiva espressa) e art. 1457 c.c. (termine essenziale per una delle parti), entrambi collocati nell'ambito della sezione I, capo XIV del libro IV, disciplinante le varie ipotesi di risoluzione per inadempimento del contratto, possono individuarsi nella sussistenza di un'ipotesi d'inadempimento contrattuale imputabile ad una delle parti e nell'attribuzione all'altra, in via di autotutela, di un diritto potestativo, comportante la facoltà di sciogliersi unilateralmente dal contratto [...] Dall'esposizione dei suesposti elementi, comuni e differenziali, dei due istituti così come più volte evidenziati dalla giurisprudenza di questa Corte (v., tra le altre, Cass. civ., n. 8881 del 2000 e n. 102 del 1994), risulta palese come nell'uno e nell'altro caso la risoluzione, pur diversamente disciplinata nelle due ipotesi, debba essere comunque ricollegabile all'inadempimento di una prestazione imputabile ad una delle parti»; Cass. civ. 26 giugno 1987, n. 5710. In dottrina, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, V, Milano, 1994; 301; A. DI MAJO, *Termine (dir. priv.)*, *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 206. La colpa della parte inadempiente non si atteggia, dunque, a requisito costitutivo della fattispecie risolutiva del contratto, ma solo ad elemento impeditivo della risoluzione, nel senso che, dinanzi al rifiuto di adempimento tardivo del creditore che assuma l'avvenuta risoluzione *ex art.* 1457 c.c., il debitore ha l'onere di dimostrare che l'inadempimento relativo non è a lui imputabile. Cfr. Cass. civ., 22 luglio 1993, n. 8195, in cui la Suprema Corte – in occasione di un termine essenziale apposto ad un preliminare di compravendita – ha osservato che: «accertata l'essenzialità del termine per il pagamento del saldo e l'inadempimento del compratore rispetto ad esso, giustamente è stata ritenuta applicabile nella fattispecie la risoluzione di diritto del contratto preliminare, ai sensi dell'art. 1457 c.c., prescindendo dalla indagine sulla importanza di tale inadempimento. Ed invero l'essenzialità del termine, se da una parte consente, ed anzi impone al giudice di indagare, se necessario, ai fini del giudizio sulla risoluzione di diritto del contratto, se lo stesso termine sia stato violato con o senza colpa, dall'altra non permette allo stesso giudice di valutare, ai fini anzidetti, l'importanza del fatto di non avere il debitore adempiuto la sua obbligazione o le sue obbligazioni nel termine convenuto. Va ricordato, peraltro, al riguardo che il requisito della colpa, nella ipotesi di mancata osservanza del termine essenziale, non opera come elemento additivo della fattispecie, risolutiva del contratto, ma solo come elemento eventualmente impeditivo. La colpa del debitore inadem-

(vii) recedere dal contratto – e così risolverlo di diritto – trattenendo la **caparra confirmatoria**, ovvero pretendendo il doppio di quella versata. L'inadempimento cui si riferisce l'art. 1385, comma 2, c.c. deve infatti essere sotto il profilo oggettivo grave e sotto quello soggettivo imputabile⁶⁵. Vale in proposito ricordare che l'esercizio della facoltà del recesso deve avvenire attraverso una dichiarazione unilaterale recettizia, con conseguente inidoneità ai fini del recesso del solo fatto che la parte che aveva ricevuto la caparra confirmatoria la trattiene per il tempo in cui perdura l'impossibilità;

(viii) agire fondatamente in giudizio per ottenere l'**esecuzione in forma specifica del contratto non concluso**, ai sensi dell'art. 2932 c.c., ovvero la **risoluzione del contratto per inadempimento**, ai sensi dell'art. 1453 c.c., e la condanna al **risarcimento del danno** o al pagamento di quanto previsto dalla **clausola penale** inserita nel contratto preliminare ai sensi dell'art. 1382 c.c. Anche quest'ultima, infatti, è soggetta alle regole delle obbligazioni in generale (art. 1218 c.c. e ss.) ed è quindi dovuta solo se l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento sono imputabili al debitore⁶⁶.

piente, in tal caso, può essere esclusa soltanto se lo stesso debitore riesca a provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità obiettiva della prestazione, derivante cioè da causa a lui non imputabile». Sul punto, cfr. anche Cass. civ., 3 luglio 2000 n. 8881 (conf. Cass. civ., 30 gennaio 1992 n. 1020), secondo cui «nel caso di adempimento che richiede la cooperazione di entrambi i contraenti, sorge a carico di chi si oppone alla risoluzione del contratto, nonostante la scadenza del termine, l'onere di dimostrare che soltanto per effetto del comportamento della controparte, contrario a buona fede, l'adempimento non è stato reso possibile».

⁶⁵ *Ex multis*, Cass. civ., 8 agosto 2019, n. 21209: «Sul piano generale deve evidenziarsi che la disciplina dettata dall'art. 1385 c.c., comma 2, in tema di recesso per inadempimento nell'ipotesi in cui sia stata prestata una caparra confirmatoria, non deroga affatto alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento, consentendo il recesso di una parte solo quando l'inadempimento della controparte sia colpevole e di non scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altro contraente. Pertanto nell'indagine sull'inadempimento contrattuale da compiersi al fine di stabilire se ed a chi spetti il diritto di recesso, i criteri da adottarsi sono quegli stessi che si debbono seguire nel caso di controversia su reciproche istanze di risoluzione, nel senso che occorre in ogni caso una valutazione comparativa del comportamento di entrambi i contraenti in relazione al contratto, in modo da stabilire quale di essi abbia fatto venir meno, con il proprio comportamento, l'interesse dell'altro al mantenimento del negozio» (ad es., Cass. civ., n. 398 del 1989 e Cass. civ., n. 409 del 2012).

⁶⁶ *Ex multis*, Cass. civ., 10 maggio 2016, n. 9410: «secondo l'interpretazione fornita da questa Corte, a norma dell'art. 1382 c.c., la pattuizione di una clausola penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, per cui deve escludersi la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, sia determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, essendo connotato essenziale di tale clausola la sua connessione con l'inadem-

Con riferimento sempre alle problematiche illustrate *sub a*), viene in rilievo anche la seconda parte del disposto dell'art. 1256, comma 2, c.c., che dispone che l'obbligazione si estingue qualora l'impossibilità (nel caso in analisi, di stipulare il contratto definitivo) – seppur temporanea – **si protragga eccessivamente**, per un periodo di tempo oltre al quale l'altra parte non possa più pretendere la prestazione o non abbia più interesse a conseguirla.

Quanto precede, riportato nell'ambito del contratto preliminare, impone di verificare se, ad esempio, vi sia un **termine essenziale** per l'adempimento, previsto come tale dalle parti, ovvero insito nella natura stessa del negozio. Laddove ciò sia desumibile dal contesto delle clausole contrattuali e dal comportamento complessivo serbato dai contraenti, l'essentialità del termine consente di ritenere che il suo mancato rispetto dovuto alla impossibilità sopravvenuta, ancorché temporanea, comporti la cessazione dell'interesse dei contraenti alla stipula del contratto definitivo e, dunque, l'estinzione delle reciproche obbligazioni contrattuali⁶⁷, l'obbligo di restituzione delle prestazioni già adempiute (secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito), senza alcuna responsabilità risarcitoria per inadempimento contrattuale.

Quanto alle problematiche *sub b*), la giurisprudenza è concorde nel ritenere che, qualora la stipula del contratto definitivo sia sottoposta alla **condizione sospensiva** del rilascio di un benessere da parte di una autorità amministrativa, fino a che l'evento dedotto in condizione non si verifichi, l'obbligo di perfezionare il contratto definitivo resta sospeso e il relativo ritardo non è imputabile alla parte che si era obbligata con il contratto preliminare a ottenere tale benessere, perché i ritardi della pubblica amministrazione configurano una ipotesi di impossibilità sopravvenuta di natura temporanea *ex art.* 1256, comma 2, c.c.⁶⁸, fatti salvi i casi in cui il debitore vi abbia colposamente concorso⁶⁹. Allo stesso modo, nel caso in

pimento colpevole di una delle parti e non potendo, pertanto, essa configurarsi allorché sia collegata all'averarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata.

⁶⁷ In questi termini, v. Trib. Siena, 14 dicembre 2017, n. 1269, in *Dejure*.

⁶⁸ Così Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4415.

⁶⁹ V. Cass. civ., 6594: «La giurisprudenza di questo S.C. ha esaminato svariati casi di atti dell'autorità legislativa, amministrativa o giudiziaria, che incidendo negativamente sull'attuazione del rapporto obbligatorio, siano stati invocati dal debitore per giustificare l'inadem-

cui a una o a entrambe le parti fosse attribuito un diritto di recesso qualora una determinata autorizzazione amministrativa non fosse intervenuta entro un determinato termine, l'obbligo di stipulazione del contratto defini-

pimento o il ritardo nell'esecuzione della prestazione. È stato ritenuto che nell'ipotesi di *cd. factum principis*, quale atto della pubblica autorità costituente impedimento della prestazione contrattuale nella misura in cui viene ad incidere su un momento strumentale o finale della relativa esecuzione, deve ritenersi sussistente la responsabilità del debitore laddove il medesimo vi abbia colposamente dato causa (Cass. civ., n. 21973 del 2007). Ciò in quanto il *factum principis* non basta, di per sé solo, a giustificare l'inadempimento e a liberare l'obbligato inadempiente da ogni responsabilità. Perché tale effetto estintivo si produca è necessario che l'ordine o il divieto dell'autorità sia configurabile come un fatto totalmente estraneo alla volontà dell'obbligato e ad ogni suo obbligo di ordinaria diligenza, il che vuoi dire che, di fronte all'intervento dell'autorità, il debitore non deve restare inerte né porsi in condizione di soggiacervi senza rimedio, ma deve, nei limiti segnati dal criterio dell'ordinaria diligenza, sperimentare ed esaurire tutte le possibilità che gli si offrono per vincere e rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità (così, Cass. civ., n. 818 del 1970). Trattandosi di atto amministrativo illegittimo, è stata ritenuta esistente la responsabilità del debitore il quale non abbia posto in essere uno sforzo diligente volto ad ottenere la revoca o l'annullamento dell'atto (Cass. civ., n. 1706 del 1973, relativamente ad attività soggetta ad autorizzazione amministrativa; Cass. civ., n. 15712 del 2002 che ha escluso che potessero considerarsi causa non imputabile al debitore i provvedimenti di sospensione e di annullamento della concessione edilizia pronunciati dal giudice amministrativo, e determinanti per il debitore medesimo l'impossibilità di proseguire nell'attività di costruzione dell'immobile promesso in vendita; Cass. civ., n. 2059 del 2000 e n. 12093 del 1998, secondo cui il debitore non può invocare l'impossibilità della prestazione, con riferimento ad un provvedimento dell'autorità amministrativa che fosse ragionevolmente prevedibile secondo la comune diligenza; ed ancora, Cass. civ., n. 5231 del 1977 con riferimento alla vendita di bene immobile privo di licenza di abitabilità per difformità dal progetto approvato; e Cass. civ., n. 119 del 1982, che con riguardo alla promessa di vendere un locale ad uso commerciale, munito di licenza di esercizio, ha ritenuto non ravvisabile il *factum principis* nella mancata concessione di tale licenza, derivante dall'inosservanza da parte del richiedente delle prescrizioni all'uopo necessarie). Analogamente nel caso di obblighi imposti da provvedimenti dell'autorità giudiziaria, nel qual caso occorre valutare se questi ultimi siano stati adottati per effetto di una condotta colposa del debitore (cfr. Cass. civ. n. 18690 del 2003 in materia di provvedimento *ex art. 28* statuto dei lavoratori interferente sul complessivo assetto degli obblighi previsti dal contratto di lavoro, e la citata Cass. n. 21973/07, relativa ad una consegna di carbone, impedita da un sequestro di p.g.). Diversamente nel caso di doveri imposti dalla legge (come nell'ipotesi della *cd. sorpresa archeologica*, che impedisce la prosecuzione dei lavori senza alcuna discrezionalità da parte del committente o dell'appaltatore: Cass. civ. n. 10133/05; o l'impossibilità per *factum principis* dello svolgimento di mansioni da parte del lavoratore subordinato: Cass. civ., nn. 12719 del 1998 e 7263 del 1996), i cui divieti non sono imputabili al debitore; Cass. civ. 13 marzo 2006, n. 5407: «soltanto nel caso in cui dovesse risultare la sussistenza di un'ipotesi incolpevole e solo temporanea impossibilità di adempimento, vi sarà spazio per eventuali valutazioni ai sensi dell'art. 1256 c.c. comma 2»; Trib. Ivrea, 7 giugno 2018, n. 584, in *Dejure*: «in tema di responsabilità contrattuale la liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della sua prestazione può verificarsi, secondo la previsione degli artt. 1218 e 1256 c.c., solo se ed in quanto concorrano l'elemento obiettivo dell'impossibilità di eseguire la prestazione medesima in sé considerata e quello soggettivo dell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione»; Trib. Prato, 26 settembre 2017, n. 783, in *Dejure*.

tivo non potrà che subire una protrazione del termine, non essendo parimenti imputabile il ritardo alla parte che si era obbligata con il contratto preliminare.

Valgono dunque anche per questa ipotesi le medesime considerazioni svolte ai precedenti punti 5 e 6.

Quanto alle problematiche *sub c)*, si deve, anzitutto, rilevare che quando si verte in ipotesi di contratto preliminare non rileva solo la sopravvenuta impossibilità delle prestazioni che ne sono oggetto (ovverosia, l'obbligo di stipulare il contratto definitivo), ma anche quella delle prestazioni dedotte nel futuro contratto definitivo, rispetto al quale il preliminare è strumentale⁷⁰.

Ciò chiarito, occorre operare un distinguo, a seconda che la crisi epidemiologica in corso ed i provvedimenti di contenimento adottati dal Governo e dalle Regioni determinino una **impossibilità permanente** o solo **temporanea** dell'oggetto del contratto definitivo.

Si ritiene possano verificarsi ipotesi di **impossibilità permanente** dell'oggetto del futuro contratto definitivo allorquando la scelta del contraente è caratterizzata dall'*intuitus personae* e costui deceda nel periodo intercorrente tra la stipula del contratto preliminare e il termine previsto per la stipula del contratto definitivo. In questo caso, la morte di una parte la cui posizione giuridica è intrasmissibile *mortis causa* rappresenta una **impossibilità totale** della prestazione dedotta nel contratto definitivo non ancora stipulato, da essa o alla stessa dovuta. Viene, dunque, in rilievo

⁷⁰ Si v. Cass. civ., 7 giugno 1988, n. 3880, per cui «presupposto necessario per l'ottenimento della sentenza di cui all'art. 2932 c.c. è, incontestabilmente, l'inadempimento [...] di un preliminare supposto efficace e, quindi, in grado di attivare il ricorso al giudice perché supplisca col proprio intervento all'inerzia della parte che non abbia adempiuto l'obbligazione di concludere il contratto definitivo. Di conseguenza ove il preliminare sia divenuto inefficace, per la sopravvenuta impossibilità, ad esempio, della prestazione o di una delle prestazioni corrispettive costituenti l'oggetto del futuro contratto definitivo, come non è dato immaginare la conclusione di quest'ultimo, così diviene, parallelamente, impossibile conseguire la sentenza che ne produca gli effetti, essendo venuto meno il titolo per (e non essendo, quindi, più realizzabile) la costituzione della situazione finale. Questi principi rispecchiano la configurazione tradizionale (e ancor oggi largamente maggioritaria) della sequenza "preliminare-definitivo", che assegna al primo un ruolo essenzialmente strumentale rispetto all'effetti finale, la cui costituzione è demandata al secondo, il quale non può essere, dunque, degradato a mera tecnica di "definitivizzazione" o, più riduttivamente ancora, di documentazione degli effetti, asseritamente, prodotti dall'altro e non consente, quindi, di ravvisare in questo la fonte dell'assetto di interessi programmato dalle parti».

l'ipotesi disciplinata dall'art. 1463 c.c. (dedicato, per l'appunto, alla "impossibilità totale") e il contratto preliminare dovrà ritenersi risolto *ipso iure* ⁷¹.

Allo stesso modo, vi è **impossibilità permanente** quando la parte che si è riservata l'usufrutto del bene di cui vende la nuda proprietà deceda nel periodo intercorrente tra la stipula del contratto preliminare e il termine previsto per la stipula del contratto definitivo. Il venir meno per gli eredi dell'utilità rappresentata dalla riserva di usufrutto è, infatti, ritenuta dalla giurisprudenza circostanza ostativa alla pronuncia di una sentenza *ex art.* 2932 c.c. ⁷², norma che consente al giudice di emanare una sentenza che

⁷¹ Si v. Cass. civ., 2 agosto 1991, n. 8498, ove – in un caso di contratto preliminare di costituzione di rendita vitalizia – si afferma che «*deceduto il promittente "alienante-vitalizzando" ed essendosi, perciò, automaticamente risolto, al momento del decesso, il contratto preliminare, per impossibilità sopravvenuta della prestazione di costituire a favore del beneficiario (ormai morto) la rendita finalizzata al suo mantenimento, non è ipotizzabile la sopravvivenza, a carico degli eredi, dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo, a questo fine previsto, e non può, quindi, farsi luogo correlativamente alla sentenza sostitutiva (con efficacia ex nunc) per il preteso inadempimento, atteso che l'esecuzione specifica è qui preclusa dalla morte del vitalizzando e, cioè, dall'inesistenza della alea (connessa alla durata della «vita contemplata»), che del contratto de quo costituisce elemento essenziale ed infettibile*». Si osserva, tuttavia, che «*di norma, la morte di una delle parti non dà luogo alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta del contratto preliminare, in quanto, come nella specie, nella posizione del defunto subentra l'erede, salve le poche eccezioni, legislativamente determinate, di posizioni giuridiche intrasmissibili mortis causa*» (Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13224). Ha, ad esempio, escluso che la morte di uno dei contraenti integrasse ipotesi di impossibilità sopravvenuta Cass. civ., 11 giugno 2014, n. 13224, secondo la quale: «*il motivo è manifestamente infondato e non attinge la ratio decidendi della sentenza impugnata per la quale la prestazione che doveva essere adempiuta non era il pagamento del prezzo, ma la conclusione del contratto definitivo che, peraltro, non era resa impossibile dalla morte di uno dei contraenti in quanto allo stesso subentravano gli eredi e il contratto poteva essere concluso anche dalla stessa M. in proprio in quanto cofirmataria del preliminare. [...] di norma, la morte di una delle parti non dà luogo alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta del contratto preliminare, in quanto, come nella specie, nella posizione del defunto subentra l'erede, salve le poche eccezioni, legislativamente determinate, di posizioni giuridiche intrasmissibili mortis causa*».

⁷² Cass. civ., 7 giugno 2018, n. 14807, secondo cui il contratto preliminare di vendita della nuda proprietà «*non è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. nei confronti degli eredi del promittente venditore deceduto prima della stipula del definitivo, in quanto per gli eredi medesimi è venuta meno l'utilità rappresentata dalla riserva di usufrutto*». Nello stesso senso, Cass. civ., 29 luglio 2016, n. 15906, che ha confermato la sentenza impugnata specificando che «*La Corte d'appello ha fatto applicazione dei principi suddetti, richiamando la risalente pronuncia n. 167 del 1976 di questa Corte, che costituisce uno dei tre precedenti (assieme a Cass. civ., sez. II, n. 12155 del 1993 e a Cass. civ., sez. II, n. 5618 del 1990) nei quali è stata esaminata la questione della esecuzione in forma specifica del preliminare di vendita della nuda proprietà a seguito di morte del promittente venditore. Le fattispecie esaminate dalle altre due sentenze erano differenti: la sentenza n. 12155 del 1993 ha deciso il caso in cui il promittente venditore era deceduto dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, ed ha statuito che l'evento non ostacolava la conferma della sentenza in sede di gravame e nei confronti degli eredi, in quanto non configurava una situazione di sopravvenuta impossibilità di adempimento del preliminare, ma comportava soltanto l'automatica variante del trasferimento della*

produca gli effetti del contratto non concluso soltanto “qualora sia possibile”, e cioè quando non si verificano impedimenti di fatto (es. sopravvenuta distruzione del bene) o di diritto (ad es., perdita della proprietà del bene).

Vi può poi essere **impossibilità permanente** o **temporanea** nel caso in cui i beni, mobili o immobili, promessi in vendita, in locazione o in *leasing* (per fare alcuni esempi) alla controparte con il contratto preliminare siano requisiti – in proprietà o in uso – in forza dell'**art. 6 d.l. 17 marzo 2020, n. 18**.

Se l'impossibilità è temporanea, perché, ad esempio, i beni sono requisiti in uso per un periodo di tempo limitato, valgono in proposito le considerazioni espresse ai precedenti punti. Se l'impossibilità è permanente è, però, necessario distinguere a seconda che la suddetta requisizione in proprietà riguardi tutti i beni, ad esempio, promessi in vendita, in locazione o in *leasing* con il contratto preliminare o solo una parte di essi.

Nel primo caso, il contratto preliminare dovrebbe dirsi risolto ai sensi del già citato **art. 1463 c.c.**⁷³ e le parti saranno tenute a restituire le prestazioni

piena proprietà del bene. La sentenza n. 5618 del 1990 ha deciso il caso in cui la morte del promittente venditore era avvenuta tra la notifica dell'atto di citazione e la pronuncia della sentenza di primo grado, ed ha statuito che, in mancanza della prestazione del consenso da parte degli eredi, non è preclusa al promissario acquirente la possibilità di ottenere sentenza costitutiva a norma dell'art. 2932 c.c., non derivandone al riguardo alcuna impossibilità con riferimento alle pattuizioni del preliminare, salva l'automatica variante del trasferimento della piena proprietà all'acquirente. Le pronunce richiamate – nell'affermare che il decesso in corso di causa del promittente venditore della nuda proprietà non preclude l'accoglimento della domanda ex art. 2932 c.c., e quindi l'effetto diretto nei confronti degli eredi - hanno fatto applicazione del principio generale secondo cui la durata del processo non deve pregiudicare la parte che ha ragione, e ritenuto, di conseguenza, che la verifica della possibilità di emettere sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., debba essere compiuta con riferimento alla situazione esistente al momento della domanda. 3.3. – Nel caso esaminato dalla sentenza n. 167 del 1976, invece, il decesso del promittente venditore della nuda proprietà si era verificato prima della instaurazione del giudizio avente ad oggetto la domanda ex art. 2932 c.c. Si tratta perciò di precedente specifico, che non è superato dalle due successive pronunce, e che il Collegio ritiene di confermare».

⁷³ Si v. Trib. Cagliari, 12 ottobre 1991, in *Dejure* (s.m.), per cui «Nell'ipotesi in cui un'area oggetto di un contratto preliminare di vendita venga successivamente espropriata con occupazione d'urgenza in forza di un vincolo di piano comunale per insediamenti produttivi, [...] si verifica la risoluzione del preliminare di vendita per impossibilità totale sopravvenuta della prestazione».

Le medesime conclusioni sono state raggiunte dalla giurisprudenza con riferimento a ulteriori ipotesi di impossibilità sopravvenuta totale delle prestazioni oggetto del contratto definitivo, diverse da quella sopra riportata. A titolo di esempio, v. Cass. civ., 17 ottobre 1992, n. 11426, che – in un caso in materia urbanistica – ha affermato che «pur essendo valido il preliminare alla stregua della l. n. 765 del 1967, ne era diventato giuridicamente impossibile l'adempimento in base all'art. 17 della legge 28 gennaio 1977 n. 10 (entrata in vigore prima dell'inizio della

eventualmente ricevute in esecuzione del contratto preliminare (dovranno, per esempio, restituire le caparre o gli acconti già incassati), ormai rimaste prive di titolo. La perdita della proprietà costituisce, infatti, impossibilità giuridica ostativa all'accoglimento di una domanda proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c.⁷⁴.

*causa e prima della scadenza [...] fissata dalle parti per la stipulazione del contratto definitivo) a norma del quale l'inosservanza del disposto dell'art. 28 L. U. – e successive modificazioni – che impone la preventiva autorizzazione alla lottizzazione, costituisce reato. Che fosse diventato impossibile stipulare il contratto definitivo è evidente, dal momento che con esso si sarebbe attuato quel trasferimento di lotto concretante la lottizzazione abusiva penalmente vietata dall'art. 17. Conseguentemente, l'impossibilità obiettiva di stipulare il contratto definitivo, liberando entrambi i contraenti da ogni reciproca obbligazione, faceva sì che, da un canto, la penale – in difetto di un inadempimento colpevole [del promissario acquirente] – non era più dovuta, e, dall'altro, [il promissario venditore] era tenuto a restituire l'acconto sul prezzo»; ancora in materia urbanistica Cass. civ., 21 febbraio 2008, n. 4522, ove si legge che «Poiché nel caso di contratto preliminare di compravendita l'effetto traslativo è determinato soltanto dal contratto definitivo, sicché la ricorrenza dei requisiti di forma e sostanza necessari ai fini della validità del contratto traslativo non possono che fare riferimento alla legge vigente al momento della stipula di questo, la sopravvenienza, rispetto al momento di formazione del preliminare, della disposizione di cui all'art. 18, comma 2, l. 28 febbraio 1985 n. 47, con cui il legislatore aveva allora sancito il divieto di lottizzazione abusiva, opera [...] come impossibilità oggettiva di concludere il contratto definitivo, e precludendo la stipulazione di questo, è ugualmente di impedimento all'emissione della sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., che allo stesso si sostituisce»; App. Lecce, 21 agosto 2017, n. 624, in *Dejure*, che, in un caso in cui «si sarebbe verificata una ipotesi di impossibilità sopravvenuta alla sottoscrizione del contratto [preliminare di locazione], costituita da un generale quadro normativo che, rimodulando le politiche sanitarie pugliesi, avrebbe imposto un Piano di Rientro necessario al raggiungimento dell'equilibrio economico – finanziario, con ciò impedendo sostanzialmente l'impegno di spesa», ha concluso nel senso che «Nel caso di specie si ravvisa il *factum principis*, l'intervento autoritativo che esula dalla sfera di controllo del debitore – e che come tale non gli è imputabile –, individuato dai provvedimenti legislativi ed amministrativi su citati, peraltro dettati a tutela dell'interesse generale costituito dal contenimento della spesa sanitaria, sia nazionale che specificamente pugliese, provvedimenti cui certo l'A. non ha dato causa, né poteva ragionevolmente prevedere, né poteva discrezionalmente sottrarsi (vedi Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2016, n. 11914) e che, pertanto, si ritiene abbiano costituito [...] valida ragione di revoca della determinazione di sottoscrivere la locazione»; Trib. Roma, 23 febbraio 2016, in *DeJure*, per cui «la intervenuta estinzione della società determina lo scioglimento, per impossibilità sopravvenuta, del contratto preliminare anteriormente stipulato di compravendita delle azioni della stessa società, rendendo beni non più commerciabili le relative quote di partecipazione»; Trib. Salerno, 31 marzo 2009, n. 765, in *Dejure*, che, in un caso cui la «entrata in vigore del Piano Territoriale Urbanistico e Paesaggistico [...] l'assoluta inedificabilità del terreno» oggetto del contratto preliminare è rilevando che la «ragione determinante la stipula del preliminare era la edificazione del suolo», ha ritenuto che «È chiaro dunque che, venendo meno la ragione determinante e ispiratrice della stipula del contratto e divenendo impossibile l'oggetto della controprestazione per *factum principis*, non aveva più ragion d'essere il mantenimento in vita della pattuizione. A parere di Questo Giudicante ricorre, nel caso di specie, una ipotesi d'impossibilità sopravvenuta della prestazione che legittima, ai sensi dell'art. 1463 c.c., la risoluzione del contratto».*

⁷⁴ Cass. civ., 24 luglio 2014, n. 16965: «Il trasferimento, da parte del proprietario, della proprietà del bene promesso in vendita non è precluso fino a che egli non ne perda la proprietà e la proprietà del bene non gli è sottratta con il semplice avvio della procedura di esproprio, occorrendo invece il decreto di esproprio (cfr. Cass. civ., 13 giugno 1984, n. 3546; arg., a contrariis, Cass. civ., 10 marzo 2006 n.

Nel secondo caso, invece, viene in rilievo l'art. 1464 c.c. (dedicato alla “**impossibilità parziale**”), il quale prevede che, quando la prestazione di un contraente è divenuta impossibile solo in parte, l'altro contraente ha diritto di ricevere la parte di prestazione ancora possibile e, per converso, di ottenere una riduzione della sua prestazione. In tal caso, dunque, il contratto preliminare rimane efficace e il contraente legittimato dalla norma in parola, a fronte della inerzia della controparte di addivenire alla stipula del contratto definitivo, potrebbe agire nei suoi confronti ai sensi dell'art. 2932 c.c., limitando la propria pretesa alla porzione residua di beni e chiedendo la riduzione del corrispettivo dovuto⁷⁵. Laddove, invece,

5162; per principi analoghi applicati all'esecuzione immobiliare; Cass. civ., 9 dicembre 1995 n. 12633), ma la Corte di Appello ha rilevato che non risulta intervenuto alcun decreto di esproprio»; Cass. civ., 10 marzo 2006, n. 5162: «La Corte d'Appello non ha di conseguenza considerato che il decreto di esproprio – e la conseguente impossibilità del trasferimento correttamente evidenziata a norma dell'art. 345 c.p.c. nel testo previgente alla riforma – pur essendo posteriore alla sentenza che aveva trasferito la proprietà ma non aveva ancora in concreto prodotto i suoi effetti traslativi, non poteva essere confermata con una sentenza di secondo grado avente piena efficacia esecutiva ope legis a norma dell'art. 373 c.p.c., dato che l'art. 2932 c.c. consente l'emanazione di una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso soltanto “qualora sia possibile”, e certamente si verifica un caso di impossibilità giuridica quando il promittente venditore ha perduto la proprietà del bene»; Cass. civ., 13 giugno 1984, n. 3546, s.m.: «In relazione ad immobile oggetto di un preliminare di vendita, la sua sottoposizione a procedura espropriativa da parte della p.a., in mancanza del provvedimento ablativo non comporta preclusione all'accoglimento della domanda di esecuzione specifica del detto preliminare (art. 2932 c.c.), sempreché l'occupazione del bene con la definitiva ed irreversibile esecuzione della costruzione dell'opera pubblica non abbia determinato l'acquisto della relativa proprietà a favore dell'amministrazione stessa».

⁷⁵ Si v. Trib. S. Maria Capua, 19 febbraio 2018, n. 646, in *Dejure*, che – in un caso riguardante un contratto preliminare di compravendita di beni immobili, i quali, prima della stipula del contratto definito sono stati interessati da un «procedimento di esproprio per pubblica utilità per la realizzazione della strada» – ha statuito che “nel caso di specie viene [...] in rilievo, in luogo della disciplina della nullità parziale, quella in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione parziale (art. 1464 c.c.) atteso che, nelle more del definitivo, è stata avviata una procedura espropriativa su parte dei beni del preliminare di vendita” e che “quando la prestazione è divenuta parzialmente impossibile, l'altra parte, salvo il diritto al recesso (ove ne ricorre il caso), ha diritto ad una riduzione del prezzo (art. 1464, c.c.) e, per converso, verrà fornita solo quella parte della prestazione non divenuta impossibile». Il Giudice ha, infine, aggiunto che «la parte non inadempiente che abbia proposto la domanda ai sensi dell'art. 2932 c.c., in caso di sopravvenuta ineseguitività di parte della prestazione, può limitare la sua pretesa alla porzione residua del bene, purché questo non debba considerarsi, a motivo della sua riduzione, diverso da quello pattuito in contratto ed abbia conservato perciò la sua struttura e la sua funzione». La possibilità di ricorrere all'azione di cui all'art. 2932 c.c. nei termini appena descritti è stata ritenuta pienamente legittima in quanto «Una pronuncia del giudice che, sostituendosi al contratto non concluso, fissi un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare configura un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni – teso, in sostanza, ad assicurare a condizioni parzialmente diverse da quelle iniziali, il rispetto del complessivo sinallagma contrattuale – rivolto ad assicurare che l'interesse del promissario acquirente alla sostanziale conservazione degli impegni assunti non sia eluso da fatti ascrivibili al promittente venditore».

il contraente che ha visto ridursi la prestazione dovutagli a causa dell'impossibilità sopravvenuta, non abbia un apprezzabile interesse al parziale adempimento del contratto definitivo, potrebbe recedere dal contratto preliminare in base a quanto previsto sempre dall'art. 1464 c.c.⁷⁶.

Le medesime conclusioni sono state raggiunte dalla giurisprudenza con riferimento a ulteriori ipotesi di impossibilità sopravvenuta parziale delle prestazioni oggetto del contratto definitivo, diverse da quella sopra riportata. A titolo di esempio, v. Cass. civ., 24 febbraio 1982, n. 1139 (s.m.), per cui *«In ipotesi di preliminare di vendita di costruzione ancora da realizzare, poi non ultimata perché in contrasto con le norme di piano regolatore [...] si ha [...] impossibilità solo parziale della prestazione, a fronte della quale unicamente il creditore è arbitro di stabilire la rispondenza al proprio interesse della parte di prestazione possibile (art. 1464 c.c.), senza che il debitore possa liberarsene, adducendo l'impossibilità parziale (art. 1258 c.c.)»*; Cass. civ., 12 febbraio 1993, n. 1782, per la quale *«la corte di merito ha ritenuto che la riduzione della edificabilità, sopravvenuta in conseguenza della citata variante al piano regolatore e durante la pendenza del termine previsto per la stipulazione del contratto definitivo, avesse comportato l'impossibilità parziale della prestazione del venditore. Donde il diritto del promissario acquirente ad ottenere una riduzione del prezzo proporzionale alla entità della cubatura non più realizzabile. [...] Orbene la soluzione adottata è conforme a diritto, in quanto nella specie la sopravvenuta parziale impossibilità della prestazione, seppure non imputabile al promittente venditore, ha fatto sorgere nel promissario compratore in relazione alla pattuita essenziale corrispettività delle prestazioni, il diritto alla riduzione»*; Cass. civ., 28 marzo 2001, n. 4529, la quale, in un caso in cui *«con preliminare [i promissari venditori, n.d.a.] avevano promesso di vendere all'esponente o a persona da nominare l'immobile adibito a cinema [...], e che recentemente tale bene era stato gravemente danneggiato da un incendio»*, ha affermato che *«l'art. 1464 c.c. (per il quale, quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione da esso dovuta, e può anche recedere dal contratto se non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale) essendo applicabile anche al contratto preliminare, consente al contraente che ai sensi dell'art. 2932 c.c. agisce per ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, di chiedere al giudice anche la riduzione della propria prestazione»*, Cass. civ., 27 febbraio 2017, n. 4939: *«Non è dubbio che la prestazione dei promittenti alienanti è divenuta impossibile solo in parte (per il giardino) [ai promittenti alienanti era stato riconosciuto nei confronti del comune di Terracina (che aveva assegnato l'alloggio a costoro, succeduti a congiunta) solo il diritto di proprietà sull'appartamento]. Non consta che nel giudizio di merito si sia appurato che una tale parziale impossibilità abbia privato della sua ragion d'essere il negozio, con la conseguenza che non emergono ostacoli a ritenere la prestazione parziale liberatoria per la parte debitrice (art. 1258 c.c.) e soddisfattiva, previa decurtazione del prezzo, per la parte creditrice (art. 1464 c.c.). Scandaglio questo quanto mai necessario tenuto conto della natura, incidenza e qualità del bene la cui cessione era divenuta impossibile (giardinetto accessorio all'appartamento) e dei principi regolanti la materia. Invero, l'impossibilità parziale ha effetto risolutivo sol quando, avuto riguardo all'interesse delle parti, investa l'essenza stessa dell'operazione negoziale, privando il resto, in parte significativa, di utilità o, comunque, mutando significativamente lo scopo perseguito con il negozio, apprezzabile attraverso le regole ermeneutiche di cui l'art. 1362 c.c. e segg.»*.

⁷⁶ Si v. Trib. Siena, 14 dicembre 2017, n. 1269, in *Dejure*, che, seppur in un caso d'impossibilità sopravvenuta parziale della prestazione diverso dalla espropriazione dei beni oggetto del preliminare, è giunto alle medesime conclusioni di cui sopra. Il Tribunale, infatti, ha rilevato che, poiché *«con la IX^a Variante al Regolamento Urbanistico, adottata con delibera del Consiglio Comunale [...], il Comune [...] riduceva le potenzialità edificatorie»* dei terreni oggetto del contratto preliminare di compravendita, *«l'oggetto della originaria obbligazione come prevista nel preliminare [...] risultava ridotto e modificato, si da far venir meno l'interesse della promissaria acquirente alla stipula del rogito notarile»* e, pertanto, *«deve essere dichiarata la risoluzione del*

Se la conclusione del contratto definitivo e/o il suo oggetto non è diventato impossibile, ma solo **più oneroso**⁷⁷ perché, ad esempio, i beni oggetto del contratto definitivo non possono essere temporaneamente “sfruttati” per l’esercizio delle attività commerciali cui erano preposti (a causa, ad esempio, delle misure di contenimento che hanno comportato la sospensione di tutte le attività produttive industriali e commerciali), viene in rilievo lo strumento previsto dall’art. 1467 c.c. Rimedio che muove dall’esigenza di salvaguardare la parte dal rischio di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili che incidono sul valore della prestazione imponendo all’obligato un sacrificio economico che eccede la normale alea del contratto. Per queste ragioni l’ultimo comma della norma in esame prevede che la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto⁷⁸. Quanto precede, riportato

contratto preliminare di compravendita [...] per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione».

⁷⁷ Si veda, in proposito, il principio richiamato da Cass. 11 giugno 2014, n. 13224: «Con riferimento alla asserita impossibilità economica di corrispondere il prezzo (in tesi ridondante sull'impossibilità di stipulare il definitivo), neppure può ritenersi sussistente una sopravvenuta impossibilità della prestazione in quanto la giurisprudenza di questa Corte, che qui si condivide, è costante nel ritenere che l'impossibilità sopravvenuta che libera dall'obbligazione (se definitiva) o che esonera da responsabilità per il ritardo (se temporanea), deve essere obiettiva, assoluta e riferibile al contratto e alla prestazione ivi contemplata e deve consistere non in una mera difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso, (cfr. ex pluribus, Cass. civ. n. 15073 del 2009, n. 9645 del 2004, n. 8294 del 1990, n. 5653 del 1990 e n. 252 del 1953); l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato e non già una somma di denaro (cfr. Cass. civ., 16 marzo 1987 n.2691; Cass. civ., 17 giugno 1980 n. 3844; Cass. civ., 15 luglio 1968, n. 2555; nello stesso senso, in motivazione Cass. civ., 30 aprile 2012 n. 6594 e, da ultimo, Cass. 15/11/2013 n. 25777)». Nei medesimi termini, v. anche Trib. Bergamo, 5 marzo 2019, n. 544, in *Dejure*; Trib. Palermo, 22 settembre 2017, n. 4920, in *DeJure*; Trib. Siena, 2 febbraio 2017, n. 19, in *Dejure*; Trib. Palermo, 25 gennaio 2017, n. 402, in *Dejure*.

⁷⁸ Si v. Cass. civ., 8 settembre 1998, n. 8857: «Infatti, se in relazione ad un contratto preliminare, quale quello di specie, in ordine al quale il pagamento di parte del prezzo sia intervenuto in epoca anteriore al verificarsi del disquilibrio delle prestazioni è corretto il criterio applicato dalla corte di merito, di valutare l'eccessiva onerosità della prestazione del promittente venditore con riferimento alla controprestazione ancora da eseguire, escludendo cioè l'applicabilità del rimedio di cui all'art. 1467 c.c., per non essere ipotizzabile, in relazione alla prestazione già eseguita, alcuna alterazione dell'equilibrio contrattuale collegato ad eventi intervenuti successivamente all'adempimento; è viceversa errato ritenere congrua una offerta di *reductio ad aequitatem*, che pretenda di eliminare lo squilibrio economico sopravvenuto delle prestazioni, senza accertarsi del concreto valore patrimoniale raggiunto dalla prestazione onerata. Invero, come questa corte ha già avuto modo di affermare (si v. Cass., civ. n. 4023 del 1989) il contenuto dell'offerta, per riportare il contratto ad un giusto rapporto di scambio, deve essere tale da uniformare il corrispettivo ancora dovuto ai valori di mercato del bene da trasferire e, quindi, nel caso di specie, della parte di bene per la quale ancora il

nell'ambito del contratto preliminare, impone di verificare se, in primo luogo, possa ritenersi che la crisi epidemiologica e i suoi effetti integrino gli estremi dell'imprevedibilità. Per dare una risposta al quesito un primo elemento da tenere in considerazione è la data di stipulazione del preliminare. L'emergenza sanitaria e i conseguenti provvedimenti adottati potranno essere ritenuti una sopravvenienza imprevedibile se, ad esempio, il contratto preliminare è stato stipulato in un periodo in cui non era ragionevolmente possibile, secondo la diligenza media, prevederla.

L'onere della prova che grava in capo a chi agisce per ottenere la risoluzione *ex art. 1467 c.c.* concerne tutti i requisiti e, in particolare, anche la prova della sproporzione tra le prestazioni, verificatasi nel tempo compreso tra la conclusione del preliminare e la stipula del definitivo⁷⁹. A tale proposito, pare opportuno evidenziare che, ad esempio, il progressivo aumento/decremento di valore di un immobile e la crescente svalutazione della moneta sono ritenuti eventi che rientrano nella comune alea contrattuale fintantoché non assumano proporzioni abnormi ed insolite⁸⁰, la cui

corrispettivo non è stato versato. L'indagine del giudice, perciò, per verificare la idoneità dell'offerta ad eliminare lo squilibrio economico delle prestazioni, deve essere condotta attenendosi a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico, e non a meri criteri equitativi».

⁷⁹ Si v. Cass. civ., 29 maggio 1998, n. 5302: «*Si osserva poi che per verificare se una prestazione è divenuta eccessivamente onerosa, tanto da giustificare la risoluzione del contratto che la prevede, è necessario stabilire il valore della controprestazione, nel momento in cui entrambe sono sorte, e nel momento in cui devono essere eseguite» (Cass. civ. sez. II, 28 luglio 1990, n. 7626)*; Cass. civ., 3 agosto 1990, n.7833.

⁸⁰ Si v. Cass. civ., 16 novembre 1984, n. 5827: «*La risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive per eccessiva onerosità sopravvenuta è ipotizzabile anche quando il contratto sia stato stipulato allorché l'inflazione e la svalutazione siano in corso, poiché l'imprevedibilità dell'avvenimento può riguardare non solo l'evento fenomenico in sé stesso, ma anche la sua entità. In tale caso, però, perché possa portare alla risoluzione, è necessario che la graduazione dell'evento abbia assunto una misura assolutamente straordinaria ed imprevedibile rispetto al momento in cui il contratto venne concluso*»; Cass. 13 febbraio 1995, n. 1559: «*Perciò, con riguardo ad un preliminare di vendita di un fabbricato da costruire, ove la svalutazione – considerando la capacità di previsione di un uomo medio alla stregua della situazione in atto al momento del preliminare, nonché la sua incidenza sui costi di costruzione e sul guadagno ripromesso – presenti i connotati di un avvenimento straordinario ed imprevedibile, va riconosciuta al promittente venditore la possibilità di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta in relazione alla svalutazione monetaria, determinatasi dopo la conclusione del contratto (Cass. civ., sez. II, 15 dicembre 1984, n. 6574). Appurato che il processo inflazionistico verificatosi nel biennio dal gennaio del 1973 al gennaio del 1975 era pari al 52, 16%, osserva il giudice del merito che tale percentuale, per la sua entità, doveva considerarsi del tutto straordinaria ed imprevedibile, anche perché un mutamento del valore della moneta di tale misura non poteva farsi rientrare nell'alea normale del contratto. Allo stesso tempo, aggiunge la Corte d'Appello, le modalità di pagamento non contenevano rimedi per adeguare il loro contenuto economico alle variazioni del valore monetario. Il primo versamento di lire 1.000.000, pari ad 1/9 del*

sproporzione dovrà essere dimostrata in giudizio, assumendosi per altro l'emergenza sanitaria in atto quale fatto notorio.

Si è poi escluso che il rimedio di cui si discute sia applicabile al contratto preliminare a effetti anticipati. In caso di preliminare di vendita ad effica-

prezzo, era stato contestuale alla stipulazione del preliminare e quelli successivi, pari a lire 3.000.000 ciascuno, erano stati convenuti, con scadenze prossime alla fine del biennio, in misura definita e senza alcuna possibilità di adeguamento e di maggiorazione"; Cass. civ., 15 dicembre 1984, n. 6574: «Con riguardo ad un preliminare di vendita di un fabbricato da costruire, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1467 c.c., deve essere riconosciuta al promittente venditore quando la svalutazione monetaria, verificatasi dopo la conclusione del contratto, considerando la capacità di previsione dell'uomo medio, alla stregua della situazione esistente al momento della conclusione del preliminare, nonché l'entità della sua incidenza sui costi di costruzione e sul guadagno ripromesso presenti i connotati di un avvenimento straordinario ed imprevedibile»; Cass. civ., 20 giugno 1996, n. 5690: «Richiamato, in particolare, l'indirizzo giurisprudenziale di legittimità secondo cui gli aumenti dei costi della manodopera e dei materiali già in corso al momento della stipula dei preliminari di appartamenti da costruire fanno venir meno la straordinarietà ed imprevedibilità degli incrementi successivi che non si discostino in maniera apprezzabile della tendenza dei prezzi al tempo della conclusione delle promesse di vendita, hanno affermato quei giudici che questa era la situazione verificatasi nel caso in esame. Invero, lo stesso costo di costruzione che nel 1980-81 era cresciuto del 29,40%, aveva avuto un andamento assai simile (3,60% in più rispetto all'incremento precedente) nel 1982, subendo una crescita decisamente inferiore, del 22,89% nel 1983. Inoltre gli incrementi dei costi dei singoli materiali non erano stati nel periodo successivo alla conclusione dei contratti tra le parti sensibilmente diversi da quelli verificatisi nel periodo immediatamente antecedente ed erano perciò largamente prevedibili dal Roccheri esercente professionalmente l'attività di imprenditore edile, e privi quindi pure di straordinarietà perché in tutto simili a quelli che si erano verificati nel periodo immediatamente precedente la conclusione dei preliminari».

Conformi *ex multis* Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4423: «Ai fini della risoluzione del contratto preliminare di vendita di un appartamento, per eccessiva onerosità sopravvenuta nello spazio di tempo intercorrente tra la conclusione del preliminare medesimo e la sua esecuzione, l'aumento progressivo di valore dell'immobile e la progressiva svalutazione della moneta sono eventi (quando non assumono proporzioni abnormi ed insolite, che nella specie non sono state allegare dai ricorrenti) prevedibili, e rientrano nella comune alea contrattuale (cfr. le già citate sentenze n. 5960 del/1996 e n. 11637 del 1991)»; Cass. civ., 11 aprile 2017, n. 9314: «deve riaffermarsi il principio per il quale in tema di esecuzione specifica di un contratto preliminare, il mutamento della destinazione urbanistica del terreno promesso in vendita (nella specie, da agricola a edificatoria e residenziale) incidendo unicamente, senza mutarne la natura, sull'attitudine del bene ad una diversa utilizzazione o sfruttamento e, quindi, sulla utilità che da esso intende trarre il futuro proprietario, non costituisce ostacolo alla pronuncia *ex art. 2932 c.c.*, a meno che non sia il promissario acquirente a dolersi della modifica (così Cass. civ., 6166 del 2006). Peraltro, come sottolineato dalla sentenza gravata, ai fini della risoluzione del contratto preliminare di vendita di bene immobile per eccessiva onerosità sopravvenuta nello spazio di tempo intercorso fra la conclusione del preliminare e la sua esecuzione, non costituiscono avvenimenti straordinari ed imprevedibili l'aumento progressivo di valore dell'immobile e la progressiva svalutazione della moneta, trattandosi di eventi che rientrano nella comune alea contrattuale (così Cass. civ., 4423 del 2004) così che la valutazione in fatto circa l'assenza di una situazione riconducibile al novero di quelle legittimanti una pronuncia *ex art. 1467 c.c.* è riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, e come tale incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi di motivazione».

Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Catania, 9 gennaio 2019, n. 88; Trib. Spoleto, 18 aprile 2019, n. 306, entrambe in *Dejure*.

cia reale immediata (la cui configurazione può essere avanzata anche in termini di contratto definitivo di compravendita obbligatoria), nel caso in cui le parti abbiano rinviato ad un momento successivo la stipula dell'atto notarile al solo scopo di riprodurre la precedente scrittura per esigenze di pubblicità, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non può operare ⁸¹.

Posto che la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta non si verifica di diritto, ma necessita della presentazione di una domanda giudiziale, pare utile evidenziare che le vigenti misure di contenimento non impediscono di avviare un tale giudizio, salvi i casi in cui le misure adottate dai capi degli uffici giudiziari precludano la presentazione della domanda giudiziale ⁸². Tuttavia, i termini per la trattazione del giudizio sono comunque soggetti alle disposizioni di cui all'art. 83 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, e dunque sospesi, dopo il d.l. 8 aprile 2020, n. 23, fino al 11 maggio 2020.

In questa situazione, pare opportuno ritenere che per far fronte alla normativa e agli eventi sopravvenuti le parti possano avanzare in base all'art. 1375 c.c. – che, quale espressione del dovere (di rango costituzionale) di solidarietà tra i consociati, impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede – richieste di revisione e rinegoziazione di alcune delle previsioni contenute nel contratto preliminare.

⁸¹ V. Cass. civ., 13 giugno 1997, n. 5349: *«Invero, allorché le parti abbiano eseguito, anticipandole al momento del contratto preliminare, le obbligazioni che dovrebbero adempiere alla data del contratto definitivo – quali nel caso in esame di compravendita, il pagamento del prezzo e la consegna della cosa – rimane preclusa la domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta frattempo, mancando il differimento della esecuzione delle obbligazioni di carattere economico al successivo momento della stipula dell'atto definitivo ed essendo l'alterazione dell'equilibrio patrimoniale fra le prestazioni, intervenuta successivamente all'adempimento»*; Cass. civ., 21 febbraio 1994, n. 1649: *«Pertanto, con riguardo al preliminare di una compravendita del quale prima del completamento del pagamento del prezzo sia dedotta la sopravvenuta onerosità eccessiva per svalutazione monetaria, il rimedio della risoluzione ex art. 1467 c.c. non è applicabile a favore del contraente che abbia già ricevuto la controprestazione consistente in una somma di denaro e che deduca la sopraggiunta svalutazione (si v. Cass., civ., 13 maggio 1982, n. 3005; Cass. civ., 9 gennaio 1980, n. 166)»*. Conformi *ex multis* Cass. civ., 4 agosto 1990, n. 7876; Cass. civ., 16 maggio 1991, n. 5480; Cass. civ., 18 febbraio 1999, n. 1371; Cass. civ., 14 dicembre 1982, n. 6858.

Nella giurisprudenza di merito v. App. Catania, 19 aprile 2007, in *DeJure*.

⁸² Ad es., protocollo adottato dal Presidente del Tribunale di Torino e dal Presidente dell'Ordine degli avvocati di Torino, che non consente il deposito di atti che non concernono i procedimenti non sospesi.

16. Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti

1. - La disciplina speciale del recesso dai contratti di pacchetto turistico prevista dall'art. 28, d.l. n. 9 del 2020.

L'art. 28, comma 5, d.l. 2 marzo 2020, n. 9, recante “Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19”, prevede che isoggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio, nonché gli intestatari di titolo di viaggio, acquistati in Italia, avente come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della suddetta situazione emergenziale epidemiologica (nonché gli altri soggetti indicati nel 1° comma) *«possono esercitare, ai sensi dell'articolo 41 del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il diritto di recesso dai contratti di pacchetto turistico da eseguirsi nei periodi di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6»*.

Ma la suddetta norma soprattutto dispone – ed è su ciò che s'intende qui richiamare l'attenzione del cortese lettore – che *«In caso di recesso, l'organizzatore può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, può procedere al rimborso nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell'articolo 41 del citato decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, oppure può emettere un voucher, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante»*.

Essa introduce, pertanto, una *temporanea* deroga all'art. 41, comma 4,

d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (recante il codice del turismo, nel testo modificato dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, in attuazione della direttiva 2015/2302/UE), secondo cui «*in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione, il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto, prima dell'inizio del pacchetto, senza corrispondere spese di recesso, ed al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non ha diritto a un indennizzo supplementare*».

Più esattamente, dal punto di vista temporale, siffatta deroga vale fintantoché siano prorogate nei luoghi di partenza e di destinazione le misure di restrizione a tutela della salute pubblica; onde, se il viaggiatore intende rinunciare, per sua scelta, a contratti di pacchetti turistici relativi a periodi di tempo in cui l'emergenza sarà cessata, l'organizzatore è legittimato ad applicare le spese di recesso previste dal contratto ai sensi dell'art. 41, comma 2, cod. turismo, ferma restando, sul piano sostanziale, la possibilità di un sindacato giudiziale sulla congruità di tali spese standard, tali da assicurare l'equilibrio tra le reciproche prestazioni contrattuali, anche disponendo, se del caso, una riduzione equitativa della penale, ove stimata manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.).

Tanto precisato, la deroga introdotta dalla legislazione di emergenza segnatamente consiste in ciò, che: *nel regime speciale, è l'organizzatore che, in caso di recesso dai contratti di pacchetto turistico da parte dei soggetti sopra indicati, dispone della facoltà di scegliere tra l'offerta al viaggiatore di un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, il rimborso integrale del corrispettivo percepito, senza spese e senza ulteriori indennizzi e, infine, l'emissione di un voucher, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante. Nulla impedisce, beninteso, che un organizzatore particolarmente sensibile al gradimento dei propri servizi ed alla fidelizzazione della sua clientela preferisca rimettere l'esercizio di tale opzione alla controparte, così rinunciando alla specifica tutela che la legge speciale ha inteso riservargli: il tenore letterale della norma speciale – ed, in specie, l'uso del predicato verbale “può” in luogo di “deve” – ne rende palese l'istituzione di un regime particolare di*

tutela dell'organizzatore, al quale quest'ultimo è senz'altro libero di rinunciare.

Per converso, il *regime ordinario* risultante dalla norma del codice del turismo esplicitamente derogata, sancisce il *diritto del viaggiatore* ad ottenere il rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, non anche però un indennizzo supplementare; l'organizzatore è dunque tenuto ad adempiere tale obbligo di restituzione nei confronti del proprio cliente e l'eventuale proposta a quest'ultimo delle opzioni di scelta esplicitamente contemplate dalla suddetta norma speciale – ad esempio, l'emissione del *voucher* – deve intendersi rimessa ad un'esplicita manifestazione di volontà del viaggiatore, contenente un'implicita rinuncia al proprio diritto di ottenere il rimborso dei pagamenti effettuati.

Ad una prima impressione, la norma speciale introdotta dal d.l. n. 9 del 2020 potrebbe trovare ragione nell'interesse pubblico di contemperare, in virtù del diritto costituzionale di solidarietà sociale (art. 2), da un lato, le istanze di un comparto economico in crisi e, dall'altro lato, gli interessi dei consumatori stessi che, in assenza di un simile strumento, sarebbero stati costretti a misurarsi con l'insolvenza o il fallimento di molti imprenditori del settore turistico (e v. infatti, in questi termini, il primo commento di C. CRISCIONE, *Natura giuridica e vicende del voucher introdotto dalla decretazione di urgenza*, in *diritto.it*, p. 4).

Tuttavia, ad una più matura riflessione, pare piuttosto trattarsi di una scelta assai discutibile di politica economica: la quale, penalizzando il solo viaggiatore nei termini di seguito illustrati, si pone in aperto contrasto con le scelte compiute dal legislatore europeo nella direttiva 2015/2302/UE, di cui la novellata norma derogata (art. 41, 4° comma, cod. tur.) costituisce attuazione. Non v'è dubbio infatti che la norma speciale miri a salvaguardare *esclusivamente* gli interessi degli imprenditori turistici, operanti in un comparto fra i più colpiti dall'emergenza sanitaria: l'inevitabile prolungata sospensione delle loro attività rende, all'evidenza, assai difficoltoso – se non impossibile – reperire in breve tempo le risorse finanziarie necessarie ad ottemperare ai divisati obblighi di rimborso. A tal fine, la disposizione speciale ha dunque concesso, mediante lo strumento del *voucher*, una dilazione temporale all'organizzatore *nell'esecuzione delle prestazioni turistiche contemplate dal contratto*.

Né varrebbe eccepire – a conforto di un supposto bilanciamento degli interessi delle parti del contratto di pacchetto turistico sotteso all'art. 28, 5° comma, d.l. 9/2020 – che l'omessa deroga al regime ordinario del recesso previsto dal codice del turismo avrebbe sortito l'insolvenza dei *tour operators* medio-piccoli (il che è, perverso, eventualità tutt'altro che remota), con l'effetto che la posizione del viaggiatore non sarebbe stata certo meglio salvaguardata, restando unicamente affidata ad una domanda di insinuazione al passivo del prevedibile fallimento dell'organizzatore (sostanzialmente in tal senso M. CAPRINO-M. MARRAFFINO, *Coronavirus e vacanze annullate: voucher o rimborso? Ecco cosa dice la legge*, in *Il Sole-24 Ore*, 4 aprile 2020).

Giova infatti rammentare che i contratti di organizzazione di pacchetto turistico devono essere *inderogabilmente* assistiti da polizze assicurative o da garanzie bancarie che, per i viaggi all'estero e i viaggi che si svolgano all'interno di un singolo Paese, ivi compresi i viaggi in Italia, *nei casi di insolvenza o fallimento dell'organizzatore o del venditore*, garantiscono, senza ritardo su richiesta del viaggiatore, il rimborso del prezzo versato per l'acquisto del pacchetto (art. 47, comma 2, cod. tur.). E siffatta tutela – introdotta dalla direttiva 2015/2302/UE per rispondere alle censure della Corte di Giustizia sull'inefficiente tutela del consumatore sul punto apprestata dalla previgente direttiva 90/314/CE (e v., per riferimenti, R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*⁴, Milano, 2018, p. 316, nt. 106) – del viaggiatore deve essere assicurata a prescindere dalle cause dell'insolvenza (eventi eccezionali o imprevedibili, imprudenza o negligenza o frodi) dell'organizzatore o del venditore.

2. - *Segue. La sua incompatibilità con la direttiva 2015/2302/UE.*

Per quanto meritoria sia la finalità di *prevenzione dell'insolvenza di organizzatori e venditori di contratti di turismo organizzato* perseguita dall'art. 28, comma 5, d.l. n. 9 del 2020 – norma certo eccezionale e di applicazione circoscritta ad un determinato periodo di tempo necessario a fronteggiare l'emergenza sanitaria – di concedere una dilazione ad imprenditori particolarmente colpiti dalle conseguenze economiche dell'epidemia, censurabile è tuttavia la strada scelta dal legislatore per attuarla: anziché con-

templare specifici aiuti di Stato alle imprese operanti nel comparto turistico, si è infatti deciso – a “costo zero” per lo Stato – di sacrificare gli interessi economici dei soli viaggiatori, ledendone la libertà contrattuale ed “espropriandoli” del loro diritto al rimborso dei pagamenti effettuati all’organizzatore o al venditore, surrogato da buoni (i cc.dd. *voucher* sostitutivi) che non è affatto detto che i consumatori – anch’essi pesantemente esposti agli effetti economici del Coronavirus – potranno effettivamente utilizzare entro un anno dalla loro emissione. Ed inverò, pur volendo prescindere dagli scenari più infausti, non è chi non veda l’enorme frequenza di casi in cui la prolungata inattività del cliente lo costringa a rinunciare alla programmazione di periodi di ferie, rimandandoli ben oltre l’anno di scadenza previsto per i *voucher* sostitutivi.

Nondimeno, ciò che più interessa qui evidenziare è che, sul piano tecnico-giuridico, l’art. 28, comma 5, d.l. n. 9 del 2020 contrasta con specifiche prescrizioni della direttiva 2015/2302/UE, che per giunta è di *armonizzazione massima* dei diritti nazionali, sicché neppure una legislazione di emergenza emanata da uno Stato membro dell’Unione può derogare alle sue prescrizioni, *a fortiori* se a pregiudizio del solo consumatore. L’art. 4 dispone infatti che «Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o *introducono nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al viaggiatore un livello di tutela diverso*» (per l’esposizione delle ragioni di tale completa armonizzazione, cfr. R. SANTAGATA, *Diritto del turismo* ⁴, cit., p. 270 s.).

In particolare, il successivo art. 12 prevede poi che: *a)* il viaggiatore ha diritto di risolvere il contratto di pacchetto turistico 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; in caso di risoluzione del contratto di pacchetto turistico, *il viaggiatore ha diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto*, ma non ha diritto a un indennizzo supplementare (2° comma); *b)* l’organizzatore può risolvere il contratto di pacchetto turistico e offrire al viaggiatore *il rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto*, ma non è tenuto a versare

un indennizzo supplementare se non è in grado di eseguire il contratto *a causa di circostanze inevitabili e straordinarie* e comunica la risoluzione del medesimo al viaggiatore senza indebito ritardo prima dell'inizio del pacchetto (3° comma). Il concetto di «*circostanze inevitabili e straordinarie*» è chiarito, con inequivocabili esemplificazioni, dal considerando 31 della direttiva testé citata, ove oltre ai conflitti armati, altri gravi problemi di sicurezza quali terrorismo, calamità naturali come inondazioni, terremoti o condizioni meteorologiche, si menzionano esplicitamente i «*rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio ...che impediscono di viaggiare in modo sicuro verso la destinazione come stabilito nel contratto di pacchetto turistico*» (corsivo aggiunto). Onde, l'emergenza sanitaria Coronavirus rientra a pieno titolo nella nozione appena riportata.

Per giunta, non è superfluo rilevare che la nozione introdotta dalla direttiva era già utilizzata in altre fonti europee assai rilevanti nel comparto turistico: si allude all'art. 5, par. 3, reg. n. 261/2004/CE dell'11 febbraio 2004, in tema di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di cancellazione del volo ed all'art. 20, par. 4, reg. n. 1177/2010/UE del 24 novembre 2010, relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili. Sennonché, posto che l'opzione del legislatore europeo in tema di pacchetti turistici è stata animata proprio dall'esigenza di uniformarne la disciplina, sul punto specifico, alle scelte già compiute dalle predette normative europee in materia di tutela dei diritti dei passeggeri nelle diverse modalità di trasporto (così A. PEPE, «*Circostanze eccezionali*» ed *esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi*, in *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano*, a cura di A. FINESI, Napoli, 2017, p. 148); è evidente che l'applicazione dell'art. 28, comma 5, d.l. n. 9 del 2020 conduca all'esito, singolare ed inaccettabile, di salvaguardare l'acquirente di un pacchetto turistico molto meno rispetto a chi abbia acquistato un singolo servizio turistico disaggregato, ossia la sola prestazione di trasporto (marittimo od aereo): la quale, in base alle citate prescrizioni dei suddetti regolamenti europei (a quanto consta non derogate dalla nostra legislazione emergenziale), ha diritto al rimborso del prezzo del biglietto acquistato, del quale è impossibilitato a fruire. Si consideri,

infatti, che i recentissimi Orientamenti della Commissione europea in materia dei diritti dei passeggeri in relazione all'attuale emergenza in corso, hanno precisato che, in caso di cancellazione del viaggio ad opera del vettore, se lo stesso propone un *voucher*, tale proposta non può influire sul diritto del passeggero ad optare per il rimborso (cfr. European Commission, *Commission Notice Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19*, Brussels, 18 marzo 2020 C(2020) 1830 final, § 2.2.).

Le superiori considerazioni dovrebbero allora convincere il legislatore, in sede di conversione del d.l. n. 9 del 2020, a correggere il testo dell'art. 28, comma 5, prevedendo i cc.dd. *voucher* sostitutivi quale alternativa al rimborso integrale dei pagamenti effettuati rimessa alla sola *facoltà di scelta individuale* del viaggiatore: nulla più, insomma, di un "suggerimento" dell'organizzatore che la controparte è assolutamente libera di rifiutare senza alcun dovere di esplicitare le ragioni della propria opzione.

Qualora la norma in commento restasse invece inalterata e non vi fosse alcuna deroga alle prescrizioni della direttiva europea sui contratti di viaggio disposte dalle Autorità europee a ciò preposte, l'organizzatore, sopravvissuto all'attuale crisi di liquidità, si esporrebbe al rischio di contenziosi di massa – propiziati peraltro dall'azione di classe – con i viaggiatori loro malgrado assegnatari di *voucher* sostitutivi: i quali, lamentando a ragione l'illustrato contrasto tra norma emergenziale e direttiva europea, ben potrebbero sollecitare gli aditi giudici ordinari a sollevare la questione di rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267 TFUE.

3. - Il recesso dai «contratti di soggiorno (art. 88, d.l. n. 9 del 2020).

Esente dalle censure sopra illustrate pare, invece, l'art. 88, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che estende le disposizioni di cui all'art. 28, d.l. n. 9 del 2020, ai «*contratti di soggiorno* per i quali si sia verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione a seguito dei provvedimenti adottati» per fronteggiare l'emergenza sanitaria (cfr. art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6). Relativamente alla fornitura di tali servizi turistici disaggregati, la facoltà concessa all'impresa turistica di emettere il *voucher* sostitutivo del rim-

borso dei pagamenti eseguiti dal cliente vale ad integrare una specifica deroga alla disciplina generale dell'impossibilità sopravvenuta totale della prestazione, contemplata dall'art. 1463 c.c.: ciò nel senso che siffatta disciplina speciale deve intendersi non già come aggiuntiva, bensì come *integralmente sostitutiva* della regola generale testé citata, con l'effetto che l'emissione del *voucher* rappresenta l'esclusiva tutela giuridica accessibile dal cliente (si pronuncia in questi termini anche F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziavivile.com*, Speciale Covid-19, n. 1, p. 249 ss., che pure auspica correzioni in sede di conversione nel segno di una maggiore tutela dell'utente che non abbia più la ragionevole possibilità di fruire della prestazione turistica dovuta dall'impresa). Peraltro, tale deroga, in assenza di una specifica disciplina europea a protezione del consumatore sul punto specifico, deve ritenersi pertanto legittima proprio in virtù della temporaneità della misura disposta nell'eccezionale situazione di emergenza sanitaria.

È però opportuna una puntualizzazione circa l'ambito di applicazione della norma speciale.

232

Per un verso, il generico riferimento ai «*contratti di soggiorno*» consente di ricomprendere, nel perimetro di operatività della disposizione eccezionale, tutti i cc.dd. contratti di ospitalità (contratto di albergo, contratto di *residence*, contratto di campeggio), senza alcuna distinzione in relazione alla tipologia di struttura ricettiva (alberghiera, paraalberghiera, extralberghiera o all'aperto) ed alla modalità di prenotazione del soggiorno.

Per altro versante, lo stesso richiamo esclude dall'ambito di applicazione della norma emergenziale altri contratti frequentemente stipulati dalle imprese turistiche, quali i contratti di ristorazione (individuale e collettiva), nonché, soprattutto, i contratti di *banqueting* per l'organizzazione di eventi, come matrimoni, convegni, fiere ecc. In questi casi, non operando la deroga, l'impresa turistica è dunque tenuta alla restituzione al cliente dei pagamenti già ricevuti secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito (art. 1463 c.c.) e l'emissione del *voucher* sostitutivo può essere non già portato di un'imposizione alla controparte, ma soltanto di un accordo raggiunto con quest'ultima.

Dal punto di vista temporale, occorre anche a questo riguardo precisare

che la deroga vale in costanza di proroga, nei luoghi di partenza e di destinazione, delle misure di restrizione a tutela della salute pubblica.

A tal proposito, non è da escludere, infatti, che il cliente intenda oggi rinunciare, per sua scelta, a contratti di soggiorno per periodi di tempo che, alle notizie disponibili alla data della disdetta, non siano interessati dai provvedimenti restrittivi, e che tali accordi siano stati stipulati all'esito di una prenotazione garantita e confermata. In tali casi, il cliente perderà l'acconto versato al momento dell'accettazione della prenotazione (anche tramite carta di credito) sempreché risulti inequivoca, dallo scambio di comunicazioni intervenute tra le parti, la qualificazione dell'acconto stesso in termini di caparra. Ove così non fosse, la somma versata dal cliente costituirà invece un mero acconto versato sul prezzo finale, con la conseguenza che l'albergatore sarà tenuto a restituire al cliente disdettante l'importo versato in eccedenza al costo della camera per una notte (e v., anche per i riferimenti, R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*⁴, cit., p. 174 s., testo e ntt. 35 e 36).

Sennonché, in queste ultime ipotesi, la sostituzione di tale diritto del cliente al rimborso dell'eccedenza con l'emissione del *voucher* non potrà essere imposta dall'albergatore, in quanto, nel periodo oggetto della prenotazione, non vi sarà – almeno alle notizie disponibili al momento della disdetta – l'impossibilità sopravvenuta di esecuzione della prestazione che giustifica l'operatività della disposizione eccezionale recata dall'art. 88, d.l. n. 18 del 2020, come pare emergere dal dettato del suo 4° comma («Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano fino alla data di efficacia delle misure previste con d.P.C.M. 8 marzo 2020 e da eventuali decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6» (sull'interpretazione di quest'ultima norma, cfr. anche, in generale, i rilievi di F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta*, cit., pp. 248 ss. e 241 s., nt. 16).

I *voucher* turistici: natura dei titoli e loro circolazione.

Pare infine opportuna qualche sintetica considerazione circa l'inquadramento giuridico dei cc.dd. *voucher* sostitutivi contemplati dall'art. 28, comma 5, d.l. n. 9 del 2020 (ed implicitamente richiamati dall'art. 88, d.l. n. 18 del 2020) ed il regime di loro circolazione.

Anzitutto, l'emissione del *voucher* comporta una novazione oggettiva *ex*

lege dell'originario rapporto obbligatorio, mediante la quale si attua una "sostituzione" del rapporto obbligatorio preesistente (il pacchetto turistico o il contratto di soggiorno risoltisi per impossibilità sopravvenuta della prestazione) con un rapporto giuridico nuovo (il pacchetto turistico o il contratto di soggiorno che verrà stipulato entro l'anno di scadenza del titolo).

Dal punto di vista giuridico, il *voucher* costituisce un chiaro esempio di documento di legittimazione volto ad identificare l'avente diritto alla prestazione turistica ai sensi dell'art. 2002 c.c.

Il regime della sua eventuale circolazione ricalca, all'evidenza, le diverse regole di cessione del contratto di pacchetto turistico e del contratto di soggiorno.

Nel caso dei contratti di pacchetto turistico, deve ritenersi consentita la cessione a terzi dei *voucher* da parte del viaggiatore: il quale, ai sensi dell'art. 38 cod. turismo, ha – come è noto – l'inderogabile diritto – anch'esso ribadito dall'art. 9 della direttiva 2015/2302/UE – di sostituire a sé un terzo che soddisfi tutte le condizioni per la fruizione dei servizi turistici contemplati dal contratto. Resta fermo il rispetto delle condizioni per l'esercizio della facoltà di sostituzione, necessario per le esigenze organizzative del *tour operator*: a tal proposito, non potendo evidentemente trovare applicazione il termine previsto dall'art. 38 cod. turismo, sembra necessario che il *tour operator* espliciti chiaramente al viaggiatore le condizioni di cessione del *voucher* idonee a contemperare il diritto inderogabilmente riconosciuto a quest'ultimo dalla direttiva europea con le proprie esigenze organizzative.

Per la cessione del contratto di soggiorno vale invece il principio generale dettato dall'art. 1406 c.c., alla cui stregua occorre il consenso dell'albergatore (o del titolare di imprese assimilate) all'attribuzione a terzi dei diritti alla prestazione turistica riconosciuti dal *voucher*.

17.

La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus

235

I provvedimenti contro la pandemia hanno messo in tensione su scala amplissima il sistema economico e produttivo, seppure per un tempo ancora limitato. La situazione che si è venuta a creare, fornendo una casistica rilevante di conflitti, costituisce un'occasione unica per verificare la tenuta degli strumenti normativi per la gestione del rischio contrattuale, di concezione risalente all'emanazione del codice civile, in un momento in cui è già in corso una riflessione della disciplina sulle sopravvenienze in sede di proposta di legge delega.

Alcune questioni si presentano oggettivamente incerte e potrebbero costituire occasione per intervenire con norme di interpretazione autentica, che siano in linea con la soluzione più appropriata dei conflitti di interessi: siffatto intervento legislativo, aumentando il grado di certezza del diritto, avrebbe il vantaggio di consentire ai diversi attori del sistema produttivo di calcolare i costi delle proprie strategie di contenimento del rischio e produrrebbe un effetto indiretto di riduzione del contenzioso futuro.

Il settore in cui la possibilità di conflitto appare in questo momento più elevata, come si percepisce dalle discussioni sui siti giuridici on line,

riguarda i contratti di locazione di immobili destinati ad attività commerciali, altre attività produttive o uffici: è ricorrente la domanda se il conduttore possa sospendere o ridurre il pagamento dei canoni per il periodo in cui non è consentito lo svolgimento dell'attività economica a causa della pandemia.

La risposta corrente è nel senso che il locatore sia solo tenuto al garantire il godimento dell'immobile e che la circostanza che l'attività non possa essere svolta sia un rischio che ricade sul conduttore. È il conduttore che non può svolgere l'attività: essendo il rischio pertinente alla sua sfera, non può trasferirlo sul locatore.

In tal senso sembra deporre anche la disciplina emergenziale la quale, nella parte tributaria, prevede che «Al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa è riconosciuto, per l'anno 2020, un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1» (art. 65, comma 1, d.l. n. 18 del 2020).

236

La questione, tuttavia, esaminata dal punto di vista del diritto civile, si pone in termini più complessi.

È testualmente previsto che il locatore sia obbligato a mantenere la cosa idonea a servire all'uso convenuto (art. 1575 c.c.): nel contratto di locazione l'uso della cosa, nella misura in cui è convenuto o desumibile dalle circostanze, non attiene alla sfera dei motivi esterni al contratto, di pertinenza del conduttore, ma rientra tra gli elementi che descrivono l'obbligazione del locatore.

Occorre quindi chiedersi su chi ricada il rischio dell'impossibilità dell'uso convenuto.

Quando l'impossibilità dell'uso convenuto dipende da limitazioni all'attività del conduttore, ad esempio da una norma che impone una nuova abilitazione per il titolare o la trasformazione del sistema produttivo, il rischio non può essere trasferito sul locatore: il conduttore, che non utilizza l'immobile per un periodo, funzionale ad adeguare l'attività ai parametri di legge, dovrà continuare a pagare il canone. In senso diverso non depone la regola posta dall'art. 1623 c.c., che dispone la modifica del

rapporto contrattuale in conseguenza di un intervento normativo sulla gestione produttiva, in quanto trattasi di disciplina che si riferisce al contratto di affitto.

Se l'impossibilità dell'uso convenuto attiene invece alle caratteristiche dell'immobile, non vi è dubbio che il rischio debba dislocarsi sul locatore: qualora una legge imponesse nuovi standard perché la cosa fosse utilizzabile per una determinata attività o il bene perdesse le caratteristiche a causa di un evento sismico, in assenza di uno specifico patto, il costo di adeguamento o di riparazione dell'immobile ricadrebbe sul locatore. L'impossibilità della prestazione liberebbe il conduttore dall'obbligo di pagare il corrispettivo e porterebbe allo scioglimento del contratto. In tal senso è la giurisprudenza che risolve per inadempimento il contratto in cui il locatore non abbia ottenuto per sua colpa l'agibilità, solo quando l'inagibilità o l'inabitabilità del bene attenga a carenze intrinseche o dipenda da caratteristiche proprie del bene locato, sì da impedire il rilascio degli atti amministrativi relativi alle dette abitabilità o agibilità e da non consentire l'esercizio lecito dell'attività del conduttore conformemente all'uso pattuito: Cass. civ. n. 16918 del 2019; Cass. civ. n. 19205 del 2018; Cass. civ. n. 15377 del 2016; Cass. civ. n. 666 del 2016; Cass. civ. n. 13651 del 2014. Anche se è ancora rilevante la giurisprudenza che pretende che l'uso sia pattuito specificamente in contratto, svalutando, per la posizione del locatore, la rilevanza dell'uso desumibile dalle circostanze: Cass. civ. n. 6123 del 2018.

Il rischio ricade sul locatore anche nel caso in cui l'uso convenuto fosse impossibile per ragioni che attengono in senso ampio alla sfera di utilità fornite dal bene: è il famoso caso della locazione del balcone per la visione del corteo reale, annullato dopo la stipulazione del contratto. Qui la specificità dell'uso convenuto, desumibile anche dall'ammontare del corrispettivo, fa ricadere nell'ambito dell'oggetto del contratto un evento esterno alla sfera di controllo di entrambe le parti: appare ragionevole che sia il locatore, che ha inteso valorizzare l'immobile per acquisire il valore di un fatto esterno – approfittando della posizione dell'immobile per monetizzare la visione di un evento eterorganizzato – a subire il rischio dell'impossibilità dell'evento. Al riguardo, si è ritenuto che il rischio possa essere ricondotto al locatore non in forza di un principio generale (c.d. presup-

posizione), quanto piuttosto per la specifica rilevanza della disciplina della locazione (Belfiore, *La presupposizione*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2003, 100 ss.; in senso opposto, F. DEGLI INNOCENTI, *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in *Giust. civ.*, 2009, 76 ss.).

Occorre quindi distinguere a seconda che il rischio dell'impossibilità dell'uso convenuto pertenga alla sfera dell'attività o alla sfera di pertinenza del bene. Adottando tale criterio distintivo, si può sostenere che è ragionevole che il rischio ricada sul locatore ogni qualvolta l'attività non sia possibile perché l'immobile non è raggiungibile a causa di limitazioni alla libertà di movimento: ad esempio, un divieto di accesso causato da un cordone sanitario o dall'interruzione dell'unica via di accesso. Se l'attività non è possibile per ragioni attinenti al venire meno della possibilità di utilizzo del bene, quale strumento idoneo allo svolgimento dell'uso convenuto, appare ragionevole che il rischio ricada sul locatore.

Se si accede a questa lettura, la questione della distribuzione del rischio nel contratto di locazione in conseguenza dei provvedimenti per arrestare la pandemia si rivela più complessa rispetto alle idee correntemente praticate.

Occorre adesso esaminare analiticamente la disciplina emergenziale per verificare se le limitazioni si riferiscono alle attività o siano in qualche modo connesse ai beni in cui siffatte attività si svolgono: si anticipa che anche l'interpretazione delle disposizioni emergenziali su questo profilo si presenta incerta.

Per le attività commerciali l'art. 3 del d.l. n. 6 del 2020 usa un'espressione che sembra idonea a far ricadere il rischio sul conduttore, perché si esprime in termini di «j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità». Il riferimento letterale è all'attività commerciale, di cui è utilizzato come sinonimo anche il lemma "esercizio commerciale" (che nel linguaggio tecnico giuridico è usato anche come sinonimo di struttura per la vendita): dell'una e dell'altro sarebbe possibile disporre la "chiusura", che è termine riferibile sia a un luogo, sia a un'attività. Nei successivi decreti attuativi il legislatore preferisce fare riferimento alla "sospensione di attività commerciali", an-

che se, per le attività consentite, si trova un riferimento alle strutture da chiudere qualora non si possano garantire le regole di distanziamento.

Dall'esame del complesso della disciplina, si avverte tuttavia che le attività commerciali sono comunque consentite se si svolgono fuori dai locali commerciali, attraverso modalità a distanza: si può perciò avanzare il dubbio che la regola, la quale testualmente vieta l'attività commerciale salvo eccezioni, è rivolta in realtà contro il suo esercizio nei locali aperti al pubblico, dei quali è appunto disposta la chiusura. Quello che in apparenza è un divieto nei confronti delle attività, si rivela piuttosto un limite all'uso degli immobili (per le aree oggetto dei provvedimenti emergenziali, estese in forza dei provvedimenti più recenti a tutto il territorio nazionale): si potrebbe pertanto sostenere che, coerentemente con i criteri che si sono proposti, il rischio dell'impossibilità deve essere riferito all'uso convenuto del bene e conseguentemente ricadere sul locatore.

Ragionamenti analoghi possono farsi per le attività produttive, dove la disciplina emergenziale si esprime in termini di sospensione dell'attività, ma al contempo la stessa attività è consentita se svolta con lavoro a distanza o con lavoro agile.

Al medesimo risultato si perviene se si riflette sulla congruità delle conseguenze, mettendo in relazione gli interessi dell'una e dell'altra parte.

Non si intende insistere sul tendenziale favore che nel nostro ordinamento avrebbe l'impresa nel conflitto con i titolari della rendita, che pure sarebbe alla base della distinzione tra le discipline dell'affitto e della locazione: in un mercato capitalistico maturo la tendenza all'*outsourcing* dei fattori produttivi va valutata favorevolmente e richiede che al locatore sia garantita una rendita soddisfacente, che lo compensi non solo dell'investimento iniziale di acquisto o costruzione del bene, ma anche dei costi per garantirne il buono stato di manutenzione.

Se la sospensione della chiusura si protraesse, la soluzione che tiene ferme le obbligazioni di entrambe le parti porrebbe il locatore in una situazione di vantaggio che si potrebbe considerare eccessiva. Il locatore continuerebbe, infatti, a ricavare dal bene un lucro che non avrebbe potuto ottenere da una nuova locazione nella sopravvenuta situazione di mercato, anche qualora il bene fosse convertibile per attività consentite, perché in via tipica si deve ritenere che a seguito della compressione dell'attività

economica il valore di godimento degli immobili destinati ad attività produttive si sia ridotto. La categoria dei locatori, titolari di immobili, sarebbe pertanto una categoria produttiva che risentirebbe meno degli effetti provocati dalla pandemia, senza che tale trattamento differente sia espressione di una ragione connessa alle esigenze primarie della produzione o alla tutela della salute. La posizione del conduttore, invece, sarebbe pregiudicata perché, pur non potendo continuare l'attività, per liberarsi da un rapporto contrattuale particolarmente svantaggioso, sarebbe costretto a un recesso per giusta causa con un preavviso di sei mesi: dovrebbe quindi essere costretto a pagare integralmente canoni per un bene che non gli è di alcuna utilità per un periodo esteso e decorrente dal momento in cui abbia acquisito consapevolezza del venire meno dell'interesse a mantenere il rapporto.

La possibilità di sciogliere il rapporto, invece, consentirebbe a entrambe le parti di riorganizzare la propria sfera economica e distribuire il rischio in modo meno squilibrato: il locatore, pur pregiudicato, avrebbe la possibilità di disporre altrimenti del bene, seppure in un mercato depresso; il conduttore, potrebbe svolgere la medesima attività con modalità diverse ovvero sospenderla per evitare perdite ulteriori.

La possibilità di riduzione del canone consentirebbe a entrambe le parti di pervenire a una soluzione equilibrata: con vantaggio per il locatore, che non dovrebbe assumere i costi transattivi per ricollocare il bene in un mercato depresso, e per il conduttore, che fosse interessato a mantenere la disponibilità del bene in vista di una ripresa dell'attività.

Trattandosi di una variazione qualitativa della prestazione del locatore, non sembra sia congrua la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, la quale secondo la dottrina più accreditata è riferita alle sole variazioni quantitative (M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 467 ss.; T. MAUCERI, *Sopraavvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, ivi, 2007, 1095 ss.; E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, *passim*).

Si registra, al riguardo, la difficoltà di applicare la disciplina dell'eccessiva onerosità rispetto a quest'ordine di casi. La prestazione che si suppone sia divenuta eccessivamente onerosa sarebbe il pagamento dei canoni: ma tali

canoni sarebbero eccessivamente onerosi non perché è aumentato il costo del denaro (né perché l'attività non consentirebbe margini di profitti idonei a consentire il pagamento dei canoni), quanto piuttosto perché non corrisponderebbero più al valore di godimento dell'immobile per l'uso convenuto, che si è fortemente ridotto. Si dovrebbe perciò fare riferimento alla giurisprudenza consolidata che ammette la risoluzione anche nel caso di svilimento della controprestazione: ma tale giurisprudenza si riferisce all'ipotesi speculare - di dubbia estensibilità alla fattispecie in esame - in cui il denaro si sia svalutato e la prestazione dovuta sia diventata eccessivamente onerosa perché i suoi costi di produzione, essendosi mantenuti fermi, non possono essere più sopportati al prezzo convenuto.

In caso di variazione qualitativa della prestazione del locatore, si dovrebbe ritenere invece che entri in gioco la disciplina dell'impossibilità temporanea (artt. 1256, comma 2, c.c.), la quale però andrebbe comunque integrata, perché manca una regola delle conseguenze sul contratto a prestazioni corrispettive dell'impossibilità temporanea non imputabile di una prestazione.

Il silenzio del legislatore non sarebbe però una tecnica di tutela volta a mantenere l'efficacia delle obbligazioni corrispettive: andrebbe considerata piuttosto una lacuna in senso proprio, da integrare attraverso il procedimento analogico.

Se si accetta questa impostazione, l'impossibilità temporanea della prestazione del locatore di garantire il godimento del bene, trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive e perdipiù continuate del periodiche (da intendersi come contratti strutturati "a coppie di prestazioni": sul tema da ultimo E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. civ.*, 2018, 267 ss.), potrebbe incidere estinguendo il correlato obbligo di pagamento dei canoni, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 1463 c.c. o se si vuole del principio *inadimplenti non est adimplendum* (art. 1460 c.c.), limitatamente al periodo correlato al mancato uso del bene.

Anche tale soluzione tuttavia può rivelarsi incongrua per la soluzione delle questioni sollevate.

Il locatore, infatti, sarebbe pregiudicato dal comportamento del conduttore che mantenga la detenzione dell'immobile, limitandosi a sospendere

il pagamento delle rate. Il comportamento del conduttore, che non rilasci l'immobile nel momento in cui cessa di pagare i canoni, testimonia un interesse a mantenere il godimento del bene, presumibilmente funzionale a evitare la disgregazione dell'azienda in attesa della ripresa dell'attività e non può giustificare una sospensione del pagamento del canone. In questo senso è da intendere la giurisprudenza consolidata secondo la quale «La sospensione totale o parziale dell'adempimento dell'obbligazione del conduttore è, difatti, legittima soltanto qualora venga completamente a mancare la controprestazione da parte del locatore, costituendo altrimenti un'alterazione del sinallagma contrattuale che determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti» (Cass. civ. n. 20908 del 2018; Cass. civ. n. 18987 del 2016; Cass. civ. n. 1317 del 2015).

Al fine di evitare comportamenti opportunistici del conduttore appare ragionevole applicare in via analogica il modello normativo tipico sul quale è stata organizzata la disciplina dei vizi e delle riparazioni nella locazione (artt. 1578 e 1584 c.c.): in tal modo, si va incontro a un assetto di interessi armonico, seppure attraverso la mediazione della decisione giudiziale, in quanto il conduttore deve scegliere tra la richiesta in via giudiziale di una riduzione dei canoni, che consentirebbe in linea di principio di tarare il corrispettivo sull'interesse a mantenere il godimento dell'immobile, e la risoluzione del contratto. Siffatto orientamento è stato accolto da una sentenza di legittimità riferita all'ipotesi, a mio avviso particolarmente rilevante, in cui la sede dell'attività del conduttore era stata isolata dall'interruzione dell'unica strada pubblica che ne consentiva il collegamento con la rete viaria e il conduttore aveva mantenuto il godimento dell'immobile rifiutandosi di pagare i canoni (Cass. civ. n. 14739 del 2005). In realtà l'applicazione di questo modello normativo alla nostra fattispecie, più che un'operazione analogica, non è altro che la riesumazione della una regola tradizionale, già recepita nell'art. 1578 del codice civile del 1865, che disponeva «Se durante la locazione la cosa locata è totalmente distrutta, il contratto è sciolto di diritto; se non è distrutta che in parte, il conduttore può, secondo le circostanze, domandare la diminuzione del prezzo o lo scioglimento del contratto»: regola che la giurisprudenza ha applicato a casi in cui l'attività era divenuta impossibile per cause esterne che incidevano sull'utilità della cosa, come risulta dalla decisione che

accoglie il ricorso del conduttore che lamenta l'impedimento dell'uso del fondo rustico a causa del fenomeno del brigantaggio (Cass. Napoli, 9 gennaio 1866, in *Ann. Giur. it.*, 1866 del 67, 1 s.).

Il problema della distribuzione del rischio si pone anche per il noleggio di beni mobili destinati a strutture fisse, con particolare riguardo ai ponteggi e ai macchinari per l'edilizia.

Nel caso di noleggi a caldo, la prestazione comprende sia la locazione del materiale e dei macchinari, sia il contratto d'opera per l'attività (montaggio e smontaggio dei ponteggi, uso delle macchine).

Per il noleggio a caldo di macchinari, ove l'attività produttiva sia stata vietata, il contratto d'opera diviene impossibile e l'impossibilità incide sull'intera prestazione del noleggiatore. Alla medesima soluzione si potrebbe pervenire ove il contratto di noleggio sia ricondotto nella sua interezza all'appalto. Nell'uno e nell'altro caso si avrebbe risoluzione del contratto e restituzione del bene noleggiato.

Nel caso di noleggio a caldo di ponteggi, invece, il montaggio potrebbe essere stato già realizzato prima che l'attività venisse sospesa dai provvedimenti contro la pandemia. In questo caso si pone il problema se il canone del ponteggio sia dovuto anche quando l'attività del conduttore è stata sospesa: la questione si pone nei termini già illustrati per le locazioni, essendo il ponteggio destinato ad un uso specifico indicato in contratto o desumibile dalle circostanze. Ove quest'uso del ponteggio fosse richiesto anche nel corso della pandemia, ad esempio per ragioni di sicurezza o di ispezione dello stato dell'immobile, il conduttore dovrà chiedere la riduzione del canone. Ove invece il ponteggio non avesse alcuna funzione specifica in assenza di attività del conduttore, il conduttore potrebbe chiedere la risoluzione del contratto: poiché però il costo dello smontaggio è di norma di gran lunga maggiore rispetto al costo del canone del ponteggio, tale soluzione non sarebbe concretamente praticabile.

La questione è più delicata nel caso di noleggio a freddo. In astratto, trattandosi di beni mobili, questi potrebbero essere utilizzati in luoghi in cui non vi siano restrizioni a causa della pandemia o comunque per attività che non siano vietate (costruzioni di ospedali, etc.). Nella misura in cui si qualifichi il contratto come locazione, si pone il problema di quale sia l'uso convenuto alla luce di quanto risulta dal contratto e, ove nel contratto non

fosse indicato un uso determinato, di quanto si desuma altrimenti dalle circostanze.

Al fine di prevenire le incertezze sulle conseguenze dei provvedimenti contro la pandemia e limitare il contenzioso, se si condividono le suesposte riflessioni, si potrebbe introdurre una disposizione formulata in questi termini: «Nei contratti di affitto e di locazione di immobili per uso non abitativo e nei contratti di noleggio, la sospensione o la chiusura delle attività commerciali o produttive, ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 6 del 2020, che non consente l'uso convenuto del bene, si intende quale impossibilità temporanea della prestazione del locatore».

Al fine di evitare dubbi sulle conseguenze di tale impossibilità e colmare una lacuna, spostando altresì sul piano stragiudiziale una parte almeno del riassetto negoziale, attraverso recesso e obbligo di negoziare (raccogliendo in tal modo le proposte della dottrina più autorevole: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*), si potrebbe formulare la seguente regola: «In tal caso il conduttore può a sua scelta recedere dal contratto e restituire il bene, ovvero proporre al locatore una riduzione del canone; ove le parti non si accordino, la determinazione del canone spetta al giudice, che terrà conto dell'incidenza delle misure sospensive sul godimento dell'immobile, dell'interesse delle parti alla continuazione del rapporto e dell'uso che può presumersi dalle circostanze».

18. Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19

1. - Il fatto.

Evitando inutili preamboli sull'emergenza epidemiologica da Covid-19 si intende esaminare l'incidenza del fatto sopravvenuto-Covid 19 sui rapporti contrattuali in corso.

La pandemia può essere qualificata come una sopravvenienza, cioè come un fatto che accade in modo inatteso e che modifica una situazione antecedente?

La domanda è retorica viste le conseguenze devastanti indotte dalla medesima. Il fatto è del tutto inatteso e, in quanto accaduto dopo, modifica sicuramente situazioni antecedenti.

Spostando però l'attenzione dall'aspetto sociale a quello giuridico il tema da affrontare è stabilire se il fatto, oggettivamente straordinario e imprevedibile, alteri una precedente situazione alla luce di un criterio giuridico. Procediamo con ordine.

2. - Impossibilità sopravvenuta.

La pandemia, intesa come fatto, consente di applicare ai contratti in corso, l'art. 1463 c.c.? La risposta non è così semplice.

Il fatto-pandemia rende impossibile la prestazione di una delle parti?

La risposta è positiva se la prestazione del debitore debba essere eseguita da un paziente ricoverato in terapia intensiva e il contratto sia intuitu

personae. Almeno per il periodo di durata del suo isolamento certamente la prestazione sarà impossibile; e in questo caso, l'altro contraente non potrà di certo pretendere l'adempimento dell'obbligazione, soggettivamente e temporaneamente impossibile, e sarà a sua volta liberato, sia pur temporaneamente, dall'obbligo di eseguire la propria.

Ma ove invece non ricorra questa ipotesi, la prestazione delle parti non può a mio avviso considerarsi impossibile per effetto del fatto-pandemia.

Il concetto di impossibilità, sia pur storicamente determinato, è un concetto assoluto, nel senso che trova applicazione alla generalità dei consociati. Sotto questo profilo si rileva che molte prestazioni di molti contratti continuano ad essere eseguite anche in tempo di pandemia. Inutile fare esempi per non scadere in una superficiale retorica in tempi in cui siamo sommersi di retorica.

Se ben si riflette, allora, la impossibilità non è indotta dal fatto-pandemia, ma dai provvedimenti normativi, via via emessi dal Governo e dal Presidente del Consiglio dei Ministri (una rassegna efficace di tutti i provvedimenti e delle conseguenze sul piano civilistico può essere letta in F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in Giustiziacivile.com; 1° aprile 2020; si v. pure F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*, in Giustiziacivile.com, 17 marzo 2020). È a seguito di questi provvedimenti, certamente fondati sulla pandemia, che molte obbligazioni sono divenute impossibili. Senza ricorrere alla casistica, è evidente che per effetto di quei provvedimenti, del factum principis, molte prestazioni siano divenute temporaneamente impossibili; il tema è che in diversi casi, interrompendosi filiere produttive, l'impossibilità non abbia riguardato solo la prestazione del debitore, ma anche l'impossibilità del creditore di ricevere la prestazione medesima. E non a caso la giurisprudenza, distinguendo tra impossibilità della prestazione del debitore e impossibilità di fruizione della prestazione da parte del creditore, ha affermato che il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta non solo quando il debitore non può tenere la condotta dovuta, ma anche quando la prestazione non può essere fruita dal creditore per causa a lui non imputabile (Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18047, annotata da M. DELLA LACASA, *Impossibilità di fruire della prestazione non imputabile al creditore e*

risoluzione del contratto, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, III ed., Milano, 2019, 375 ss.).

Un primo risultato: l'impossibilità temporanea della prestazione non è determinata dal fatto-pandemia, ma dalla normativa eccezionale di questi giorni. Senza scomodare concetti come la forza maggiore, che presentano contorni incerti ed hanno comunque ad oggetto eventi, naturali e umani, non contrastabili una volta verificatisi, sarà invece opportuno fare più semplicemente e correttamente riferimento alle norme in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione, che consentono di risolvere il problema con un corretto ricorso all'evento che ha determinato l'impossibilità che non è un evento naturale, ma è l'evento giuridico segnato dai provvedimenti legislativi.

Se quindi l'art. 1463 c.c. è applicabile nei limiti delle previsioni normative, che impediscono l'esecuzione di certi contratti, occorre domandarsi cosa accade a proposito di quei rapporti che non sono stati vietati, oppure dei rapporti non disciplinati. In alcuni casi, infatti, il legislatore ha indicato precisamente le attività che debbono proseguire, o comunque che possono proseguire, mentre altri rapporti non sono stati affatto previsti. Si pensi per tutti ai rapporti di locazione (solo il tema della esecuzione dei provvedimenti di sfratto è stato disciplinato dal legislatore con l'art. 103, comma 6 che prevede: «L'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 30 giugno 2020»), dove a fronte del mancato godimento dell'immobile da parte di molti conduttori non si è previsto nulla a proposito del pagamento del canone ad opera di questi ultimi. Difficile in questo caso invocare l'applicazione dell'art. 1463 c.c. perché, non avendo previsto nulla al riguardo, i diversi provvedimenti legislativi non hanno reso impossibile la prestazione di pagamento, ma solo molto più complesso il godimento da parte del conduttore. Tuttavia, poiché il locatore esegue la propria prestazione consentendo il godimento del bene al conduttore, il sinallagma non sembra risultare alterato: ne deriva che il conduttore sarebbe comunque tenuto al pagamento del canone.

3. - Il comma 6-*bis* dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

Occorre ammettere che il legislatore, ancorché con una norma non del tutto intellegibile, si è posto tutte queste domande. Infatti, con il comma 6-*bis*, introdotto con l'art. 91 d.l. 20 marzo 2020, n. 18, e aggiunto all'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ha offerto una chiave interpretativa per risolvere molti problemi.

La norma prevede che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

L'art. 1 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, al comma 1 indica lo scopo delle misure di contenimento che consiste «nell'evitare il diffondersi del Covid-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona. A tal fine le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». E il secondo comma contiene una lunga elencazione di alcune di esse.

Non c'è dunque una definizione di “misura di contenimento”. Possiamo assumere la proposizione come «il mezzo, il provvedimento che consente di ridurre o frenare del tutto un certo fenomeno, individuato nel diffondersi del Corona Virus».

La norma indicata ha ad oggetto il rispetto delle misure adottate; non è rivolta, pertanto, a chi quelle misure abbia violato. La norma descrive, nella fattispecie, l'ipotesi di debitori che, rispettando le misure richiamate, si siano resi inadempienti, totalmente o parzialmente ovvero siano in ritardo nell'adempimento. Come è evidente, la fattispecie è la stessa di quella descritta dall'art. 1218 cod. civ.; il fatto ulteriore, che rende la norma eccezionale, è il rispetto delle misure di contenimento; cosicché l'effetto sarà opposto a quello previsto dall'art. 1218 c.c.: cioè l'assenza di responsabilità del debitore nonostante la mancanza di prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione da parte di quest'ultimo.

Ebbene, con questa norma eccezionale, atteso che troverà applicazione solo ai casi e nei tempi in essa considerati, si prevede, quindi, con riguardo agli effetti, che il giudice, che dovrà procedere all'accertamento dell'ina-

dempimento del debitore, anziché escludere la responsabilità di quest'ultimo solo ove venga da questi dimostrato, a norma dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento è dovuto a una impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, dovrà estendere la valutazione anche al rispetto delle misure di contenimento del Covid-19. Il giudice, in altre parole, nel compiere quell'indagine, sarà tenuto sempre ad allargare la sua valutazione all'accertamento del rispetto delle misure di contenimento del Covid-19 e, di riflesso, non potrà considerare il debitore responsabile se l'inadempimento derivi dal rispetto di quelle misure. E non è un caso che la norma parli di esclusione della responsabilità: ne discende che ove le misure siano state rispettate il debitore non sarà mai responsabile.

Il criterio di responsabilità non è così la mancata prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile, ma il rispetto delle misure di contenimento da parte del debitore.

La norma ha, peraltro, uno spettro più ampio: l'art. 1223 c.c., infatti, alla luce del comma 6-*bis* dell'art. 3 potrebbe trovare applicazione solo se il debitore non abbia rispettato le misure di contenimento; anche se è probabile che proprio il mancato rispetto delle misure renda possibile l'adempimento della prestazione. Si tratta allora di stabilire perché il legislatore abbia effettuato un richiamo anche all'art. 1223 c.c., oltre che all'art. 1218 c.c. Se infatti, a norma del comma 6-*bis* dell'art. 3, il criterio della responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. non trova applicazione, il richiamo all'art. 1223 c.c. contenuto nella norma sembra privo di senso, tenuto conto che il solo rispetto delle misure di contenimento esclude la responsabilità e, di riflesso, ogni risarcimento del danno.

A ben riflettere, tuttavia, il richiamo all'art. 1223 c.c. potrebbe avere un preciso significato: di attribuire al giudice un potere equitativo che gli consenta di valutare in termini diversi dal contenuto dell'art. 1223 c.c. non il risarcimento del danno, ma il contenuto del rapporto contrattuale nell'ipotesi in cui la prestazione non sia divenuta impossibile, ma per il rispetto delle misure di contenimento sia divenuta particolarmente onerosa.

Si pensi proprio al caso delle locazioni, dove il sinallagma è assicurato dal godimento e dal corrispettivo; è indubbio che il godimento continui ad

essere assicurato da parte del locatore, ma il pagamento del corrispettivo, in questo particolare momento, potrebbe risultare particolarmente oneroso per il conduttore laddove, ad esempio, la locazione abbia ad oggetto beni produttivi o uffici o alberghi oppure abitazioni che vedono il debitore nell'impossibilità o nella difficoltà di lavorare ovvero in cassa integrazione, ecc. Oppure si pensi a quei casi in cui l'attività è tra quelle consentite per un interesse sociale, ma che non garantiscono alcuna redditività a chi la presta; anzi ne determinano a suo carico una evidente perdita.

In questi casi, con l'interpretazione proposta, la norma attribuirebbe al giudice un potere di rivedere il contenuto del contratto in via equitativa, operando al di fuori dalle maglie strette degli artt. 1218 e 1223 c.c.

In termini giuridici, la responsabilità è esclusa non solo se la prestazione è impossibile, ma anche ove la prestazione, pur possibile, non sia stata effettuata o sia stata effettuata diversamente da quanto previsto dal contratto proprio a causa del rispetto, da parte del debitore, delle misure di contenimento del Covid-19.

4. - Eccessiva onerosità.

Da ultimo la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. È indubbio che in questo caso il fatto-pandemia rappresenti un evento straordinario (essendo statisticamente la prima volta che accade) e imprevedibile (considerato che nessuno avrebbe potuto prevederlo usando il criterio di ordinaria diligenza). Ed è altrettanto indubbio che in molti casi (soprattutto con riguardo alle attività che non sono state vietate dal legislatore) l'evento pandemia abbia prodotto un forte squilibrio del sinallagma contrattuale, che potrebbe legittimare la richiesta di risoluzione del contratto *ex* art. 1467 c.c.

Tuttavia, tra la domanda di risoluzione proposta da chi subisce gli effetti della eccessiva onerosità e la sentenza di risoluzione correrebbe un periodo non inferiore a due-tre anni; ciò che renderebbe il rimedio del tutto inefficace rispetto all'esigenza immediata di chi la richiede. È vero che la sentenza opera retroattivamente al momento della domanda con l'obbligo del creditore di ripetere quanto pagato, ma è altrettanto vero che il debitore sino alla sentenza deve continuare a pagare l'intero; e non è poi detto che arrivi a quel momento.

Ne discende che la misura di cui all'art. 3, comma 6-*bis*, si palesa un rimedio molto più efficace rispetto a quelli ordinari, in particolare la risoluzione per eccessiva onerosità, perché in ogni caso attribuisce all'altro contraente l'onere di provare l'inadempimento del debitore non alla stregua dell'art. 1218 c.c., ma secondo il diverso criterio del mancato rispetto delle misure di contenimento.

Potrebbe eccepirsi che la interpretazione offerta presuppone anche qui un giudizio; ed è un'eccezione corretta. Tuttavia, ciò che muta è il soggetto che è costretto ad avviare il giudizio: che non sarà il debitore che ha rispettato le norme di contenimento del Covid-19, ma il creditore della prestazione che dovrà offrire la prova del mancato rispetto di quelle misure da parte del debitore ovvero offrire la prova che il rispetto delle misure non avrebbe impedito l'adempimento della prestazione. Poiché non assume rilevanza l'inadempimento inteso come fonte di responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, il giudice non potrà far ricorso agli artt. 1223 e 1225 c.c. se non limitatamente all'ipotesi in cui il rispetto delle misure di contenimento non avrebbe impedito comunque la prestazione; ed anche in questo caso, peraltro in via equitativa avrà l'obbligo di valutare l'incidenza di quelle misure con riguardo al sacrificio imposto al debitore per l'adempimento della prestazione.

Per una volta si può tributare un plauso al legislatore che ha dettato una norma efficace in tempo di emergenza.

VI

SOCIETÀ E CONCORRENZA

19.

Ex facto oritur ius.

A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società

Come ha ricordato Fabrizio di Marzio, in un meditato editoriale pubblicato in questa rivista il 4 agosto 2017, il diritto nasce dai fatti; dalle esigenze della vita si origina la necessità di una disciplina che sia capace di ordinare i fatti, senza soffocarli. La tensione che può innescarsi tra l'interpretazione ricevuta di una regola e la singolarità di un fatto o un complesso di fatti, può determinare nuovi percorsi interpretativi. È questo, a me pare, in un sistema a base legislativa, il senso fondamentale dello scaturire il diritto dai fatti.

Possiamo trovare una conferma di questa idea in due regole di nuovo conio, emerse in conseguenza della necessità di distanziamento sociale, imposta dalla pandemia globale in corso. La prima, è il frutto di una interpretazione elaborata della Commissione Società del Consiglio notarile di Milano, pubblicata l'11 marzo scorso, secondo la quale:

«L'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione – ove consentito dallo statuto ai sensi dell'art. 2370, comma 4, c.c., o comunque

ammesso dalla vigente disciplina – può riguardare la totalità dei partecipanti alla riunione, ivi compreso il presidente, fermo restando che nel luogo indicato nell’avviso di convocazione deve trovarsi il segretario verbalizzante o il notaio, unitamente alla o alle persone incaricate dal presidente per l’accertamento di coloro che intervengono di persona (sempre che tale incarico non venga affidato al segretario verbalizzante o al notaio). Le clausole statutarie che prevedono la presenza del presidente e del segretario nel luogo di convocazione (o comunque nel medesimo luogo) devono intendersi di regola funzionali alla formazione contestuale del verbale dell’assemblea, sottoscritto sia dal presidente sia dal segretario. Esse pertanto non impediscono lo svolgimento della riunione assembleare con l’intervento di tutti i partecipanti mediante mezzi di telecomunicazione, potendosi in tal caso redigere successivamente il verbale assembleare, con la sottoscrizione del presidente e del segretario, oppure con la sottoscrizione del solo notaio in caso di verbale in forma pubblica».

La seconda regola è frutto di un intervento legislativo, realizzato con la decretazione d’urgenza dall’art. 106 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, rubricato “Norme in materia di svolgimento delle assemblee di società”, che introduce importanti deroghe alla disciplina delle società di capitali, anche quotate.

Si tratta di previsioni legislative fondate sull’**attuale contesto emergenziale e aventi carattere essenzialmente provvisorio**, come emerge dallo stesso comma 7 della disposizione, secondo cui esse trovano applicazione «alle assemblee convocate entro il 31 luglio 2020 ovvero entro la data, se successiva, fino alla quale è in vigore lo stato di emergenza sul territorio nazionale».

Anzitutto, è prorogato di diritto **da 120 a 180 giorni** il termine, previsto dagli artt. 2364 comma 2, e 2478-*bis*, comma 1, c.c., per la convocazione dell’assemblea annuale per l’approvazione del bilancio.

Sono inoltre introdotte diverse novità riguardanti lo svolgimento dell’assemblea e, conseguentemente, la verbalizzazione della stessa da parte del notaio.

L’avviso di convocazione può prevedere, «anche in deroga alle diverse disposizioni statutarie»:

– il voto «in via elettronica» (a mezzo e-mail, messaggio SMS o di altro tipo)

o “per corrispondenza”, nonché «d’intervento ... mediante mezzi di telecomunicazione»;

– modalità già prima d’ora praticabili, ma solo in caso di conforme previsione statutaria, dall’art. 2370, comma 4, c.c.

La previsione non è di poco momento, in quanto rappresenta una deroga al metodo assembleare cui è informata la disciplina della s.p.a. e cui devono attenersi anche le s.r.l. quantomeno per talune delibere di particolare importanza o quando ne sia fatta richiesta dai soggetti legittimati (cfr. art. 2479, comma 4, c.c.).

Proprio con riferimento alle s.r.l., il d.l. n. 18 del 2020 interviene sulla **procedura di formazione della volontà** consentendo, pur con qualche dubbio sulla tecnica legislativa e sulla chiarezza dei richiami, di ricorrere in ogni caso alle modalità della consultazione scritta e del consenso espresso per iscritto. Deve quindi ritenersi che, ove venga sollecitata una decisione dei soci da adottarsi con tali modalità, **pur in mancanza di un’espressa previsione statutaria, né gli amministratori né i soci che rappresentino 1/3 del capitale possano opporsi** richiedendo la deliberazione assembleare, come pure prevede in via generale l’art. 2479, comma 4, c.c.

Superfluo sottolineare che, nel caso in cui le decisioni dei soci dovessero riguardare una modifica statutaria, permane il **limite di sistema** che richiede il **controllo e l’intervento notarile**. A tal fine, l’art. 106 d.l. n. 18 del 2020 aggiunge infatti che «le predette società [i.e.: le società di capitali] possono altresì prevedere che l’assemblea si svolga, anche esclusivamente, mediante mezzi di telecomunicazione che garantiscano l’identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l’esercizio del diritto di voto, ... senza in ogni caso la necessità che si trovino nel medesimo luogo ... il presidente, il segretario o il notaio». Questa previsione consente – non è chiaro se per mezzo del solo avviso di convocazione, oppure con apposita modifica statutaria, ma sembra doversi propendere per la prima soluzione – che tutti i partecipanti all’assemblea, ivi compresi il presidente e il segretario o il notaio, vi prendano parte a distanza. Si deroga così alla regola della compresenza fisica (almeno) del presidente e del segretario o del notaio, ricavabile dal disposto dell’art. 2375, comma 1, c.c. (secondo

cui il verbale assembleare è «sottoscritto dal presidente e dal segretario o dal notaio»).

È stata dunque recepita a livello legislativo la soluzione già fatta propria dalla recente massima n. 187 della Commissione Società del Consiglio notarile di Milano, pubblicata l'11 marzo scorso, sopra richiamata.

In sostanza, l'art. 106 d.l. n. 18 del 2020, non solo fa propria la soluzione interpretativa volta a riconoscere la conformità ai canoni legislativi delle assemblee in video conferenza con la verbalizzazione notarile in forma pubblica ed il verbale sottoscritto dal solo notaio, ma estende tale possibilità anche al caso in cui lo statuto della società nulla preveda al riguardo. Non sono introdotte deroghe, invece, alle modalità statutariamente previste per l'invio dell'avviso di convocazione. Questo, pertanto, dovrà essere fatto nei modi e nei termini previsti dalla legge e/o dallo statuto (cfr. artt. 2366, commi 2 e 3, e 2479-*bis*, comma 1, c.c.), salva naturalmente la possibilità che l'assemblea si costituisca in forma totalitaria ai sensi degli artt. 2366, comma 4, e 2479-*bis*, comma 5, c.c.).

Deve inoltre segnalarsi che, benché le citate previsioni riguardino soltanto le decisioni dei soci di società di capitali, esse possano trovare applicazione analogica – dato il ricorrere della medesima ratio – anche alle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, ove nominati.

Quali riflessioni possiamo trarre da queste due novità normative (*soft law*, la massima; *hard law*, il decreto legge).

Nella visione del positivismo giuridico i due territori del diritto e dei fatti appaiono separati da una sorta di impenetrabile muraglia, a cavalcioni della quale è da collocare idealmente il legislatore, il solo chiamato ad attingere alla fattualità e a trasformarla quando voglia in una dimensione anche giuridica. E i fatti – naturali, sociali, economici – nei quali è immersa l'esistenza quotidiana degli uomini e con i quali essi sono chiamati a fare i conti? La risposta è pronta: ai fatti deve pensare soltanto il legislatore. Questo appare oggi l'ideale d'un positivismo giuridico primitivo che è largamente superato nella coscienza di chi opera secondo il diritto. Esso è stato soppiantato dal cosiddetto positivismo critico che considera il diritto non come insieme di atti di volontà del legislatore, ma come ambito di normatività oggettiva e autosufficiente che vive nella sfera ideale dell'ordinamento giuridico, inteso come edificio di leggi coerenti,

ordinate, complete che, se non esce già di per sé con queste caratteristiche dalla testa e dalla volontà del legislatore, è rimesso come compito ricostruttivo ai giuristi, agli interpreti. Anche con questo spostamento, dalla volontà del legislatore alla razionalità dell'ordinamento legislativo, resta ferma, anzi si conferma l'idea che il giurista abbia da tenere lo sguardo puntato soltanto in alto, sulle alture del tessuto delle norme poste e sovrapposte. Il disegno che spetta ai giuristi di tracciare deve emergere senza interferenze da parte di altre dimensioni normative extra-legislative, in particolare senza che le bassure che salgono su dalle strutture materiali della vita sociale contaminino la loro astratta scienza delle norme.

Credo che, a questo punto, il nostro discorso possa un poco dilatarsi.

È chiaro che — contrariamente a quanto si affermava dal legalismo monista della modernità — il diritto non è *creatura* della volontà del legislatore, nè si identifica in un complesso di leggi. Il diritto è, piuttosto, realtà che si colloca nelle radici profonde e profondamente *identitarie* di una comunità storica, è realtà da ricercare, reperire.

Ed è chiaro che Stato e leggi non esauriscono la giuridicità della Repubblica.

La Costituzione, con il suo proporsi un pluralismo sociale e un corrispondente pluralismo giuridico, con il suo proporsi essa stessa quale *interpretazione/invenzione*, esige una visione pluralistica delle cosiddette fonti, con la precisazione necessaria che queste sono tutte accomunate da un riscoperto carattere *inventivo*. Legislatore, giurisprudenza, scienza, prassi notarile sono tutti coinvolti in un'opera di costruzione, una costruzione che non dovrebbe mai smentire quel carattere.

Nel tempo della modernità che è quello della sovranità della legge generale e astratta e, potremmo dire, dello schiacciamento della realtà sociale sotto il peso dei precetti legislativi, il giurista doveva adattare il fatto alla legge, una legge pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, un procedimento squisitamente logico-deduttivo. Oggi, in questo nostro tempo giuridico posmoderno, il giurista, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve *comprendere* il caso da risolvere e adattare la norma al fatto della vita, individuandone la più adeguata disciplina. Questa è l'interpretazione, che si traduce nella invenzione del diritto, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta

solo la razionalità del giurista con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione-percezione-comprensione, tutte segnate sul piano assiologico.

Quando il giudice siede in giudizio, quando il notaio deve stendere un contratto, quando l'avvocato prepara una memoria, non hanno di fronte a loro, primariamente, la rete delle norme giuridiche, indossando le quali, come un paio d'occhiali, guardare il mondo che scorre sotto di sé. Al contrario, hanno di fronte a loro, primariamente, casi della vita. Solo dopo che li hanno valutati nel loro — possiamo dire — bisogno di diritto, essi si rivolgeranno alle norme positive per cercarvi adeguate soluzioni: adeguate tanto al caso quanto al diritto, diceva Luigi Mengoni. Nella «invenzione» delle soluzioni adeguate rispetto ai due lati dell'interpretazione, formale e materiale, sta il successo dell'interprete; nell'impossibilità o nell'incapacità di inventarle, sta il suo fallimento.

Queste modeste riflessioni aspirano semplicemente a costituire un tentativo di comprensione ordinata dei dati di realtà, in quanto rappresentano e spiegano ciò che effettivamente accade nel mondo del diritto del nostro tempo. Questo non vuol dire, naturalmente, che quella rappresentazione e quella spiegazione siano presentati anche come modelli da accettare non solo per la forza della realtà storica, ma anche per la loro desiderabilità.

Tuttavia, la circostanza che a distanza di pochi giorni dalla pubblicazione dell'orientamento interpretativo dei notai, il Governo abbia seguito la soluzione ermeneutica offerta dalla massima milanese, adeguata tanto al fatto, quanto al diritto, fa ben sperare, segnalando che gli antichi cippi confinati tra *jus e facta* sono oramai consunti e sradicati e che gli «orientamenti notarili» costituiscono oggi un notevole esempio di diritto extralegale, un canale privato di produzione del diritto che si affianca a quelli ufficiali. Un diritto che nasce in basso e dal basso e che dopo una dialettica interna alla categoria, viene offerto al pubblico dibattito della comunità scientifica.

20.

Quantitative *easing* e finanziamento dei disavanzi pubblici tra narrazione e realtà

Le discussioni dei giorni scorsi circa le strategie più opportune per salvaguardare le nostre comunità da una crisi economica di gravità preoccupante hanno spesso messo al centro dell'attenzione il ruolo dell'Europa. La presa di posizione della Presidente della BCE Lagarde, che ha rifiutato di intervenire a sostegno dei titoli di stato di alcuni paesi membri Ue attaccati dalla speculazione, è stata duramente criticata da opinionisti e studiosi. Anche la repentina correzione di rotta che la BCE ha effettuato due giorni dopo, deliberando interventi in acquisto sul mercato dei titoli di stato del valore di 750 miliardi di euro, è stata giudicata largamente insufficiente a far fronte alle gravissime tendenze recessive che presumibilmente seguiranno l'epidemia (ad esempio, in *Temirepubblica.it/micromega-online/ue-e-bce-non-e-cosi-che-si-supera-la-crisi-appello-di-67-economisti*). I governi degli stati membri hanno allora preso in considerazione l'ipotesi di finanziare le misure anti-crisi con la politica fiscale in deficit, ovviamente mettendo in conto (soprattutto i paesi con un elevato rapporto debito pubblico/Pil) di doversi scontrare con la diffidenza dei potenziali sottoscrittori a concedere in prestito i loro risparmi, e di dover

quindi pagare questa diffidenza in termini di interessi molto elevati. Dal cappello a cilindro di alcuni leaders europei è allora venuto fuori il consiglio degli *Eurobond*, ossia di un prestito garantito “solidalmente” dalle finanze di tutti i paesi membri dell’Ue (*Ilfattoquotidiano.it/2020/03/25/coronavirus-la-lettera-di-conte-macron-e-altri-sette-leader-europei-per-chiedere-i-coronabond*). Si tratta di una proposta che ricompare periodicamente nel dibattito ogni volta che l’Europa si trova coinvolta in un’emergenza: i paesi economicamente più fragili fanno fatica ad accedere ai mercati finanziari a costi ragionevoli e fanno appello alla solidarietà dei paesi con le finanze più “robuste”. Ma, come era già accaduto ripetutamente negli anni scorsi, anche stavolta Germania e Olanda hanno fatto muro e il Consiglio europeo in cui tale proposta è stata discussa si è chiuso con un nulla di fatto (*Consilium.europa.eu/it/meetings/european-council/2020/03/26*).

L’opinione pubblica segue la vicenda sui media e finisce inevitabilmente per dividersi in fazioni pro e contro l’Europa. Si tratta spesso di discussioni assai confuse. Questa confusione è in gran parte il risultato della difficoltà di afferrare la complessità dell’assetto istituzionale dell’Ue, caratterizzato dalla frammentazione delle competenze di politica economica tra BCE, stati membri e Commissione Europea. Non a tutti è infatti noto che, dietro quella rappresentazione simbolica che con un certo livello di approssimazione nel linguaggio mediatico è individuata come “Europa”, si nasconde in realtà una varietà di attori istituzionali che svolgono funzioni diverse e le cui linee di azione sono intrecciate per effetto di complessi rapporti di condizionamento reciproco. Purtroppo però, a volte, a questa confusione non è estraneo il contributo di alcuni esperti che, godendo di grande visibilità mediatica e di una reputazione di “tecnici” (quindi presumibilmente osservatori *super partes*), si trovano nella condizione di far passare per verità indiscutibili anche qualche ricostruzione assai fantasiosa circa la natura dei rapporti tra i suddetti attori istituzionali. È il caso del prof. Cottarelli, che in un video che gira sul web (*Ilmessaggero.it/video/invista/cottarelli*), pur dolendosi del fatto che non si sia raggiunto un accordo per l’emissione di Eurobond («di cui in questo momento ci sarebbe un gran bisogno»), ci invita caldamente a non dimenticare che «le istituzioni europee stanno aiutando l’Italia in modo massiccio». In particolare,

egli ci invita a dare il giusto peso all'azione della BCE, che «con le sue operazioni di *Quantitative Easing* si è impegnata a comprare quest'anno circa 220 miliardi di titoli di stato italiani». Si tratta, come giustamente fa notare Cottarelli, di una cifra enorme, corrispondente a circa il 12% del nostro Pil.

Niente da dire né sulla correttezza dell'informazione circa l'intervento della BCE, né circa la dimensione dell'intervento. Molto da dire invece sul modo in cui queste informazioni di eminente contenuto "tecnico" vengono tradotte a beneficio dei non addetti ai lavori: infatti, nel tentativo di avvalorare quel giudizio circa la dimensione "massiccia" dell'aiuto di cui staremmo beneficiando da parte delle istituzioni europee, il professor Cottarelli imbocca clamorosamente la strada della mistificazione, spiegando che quei 220 miliardi sarebbero «soldi che lo stato italiano può utilizzare direttamente per finanziare il proprio deficit». Insomma, la scena rappresentata è più o meno questa: lo stato italiano, alla ricerca disperata di fondi con cui finanziare le spese direttamente o indirettamente connesse all'emergenza sanitaria, emette titoli, organizza un'asta per venderli e si trova davanti Madame Lagarde che lo aspetta a braccia aperte, pronta ad acquistarne una gran quantità ed a trasferirgli in cambio un bell'assegno da 220 miliardi di euro. Ce n'è abbastanza per finanziare una spesa in deficit pari al 12% del Pil. Cari euroscettici, cosa volete di più dall'Europa? Peccato che questa ricostruzione scenica sia una mera invenzione partorita dalla fantasia del narratore. Il prof. Cottarelli sa bene (e se non lo sapesse sarebbe assai grave) che la BCE con quei 220 miliardi non farà niente di tutto questo. E non lo farà *perché non lo può fare!* L'art. 123 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea molto semplicemente gli lo proibisce: è vietato, recita la norma in oggetto, «l'acquisto *diretto*» presso gli stati membri «di titoli di debito da parte della Banca centrale europea». Madame Lagarde, a prescindere dalla natura più o meno benevola delle sue intenzioni, non può farci proprio niente. La verità, per quanto possa sembrare sorprendente, è che la paghiamo (e anche profumatamente) proprio per fare questo: per negare qualunque sostegno finanziario "diretto" agli stati membri eventualmente in difficoltà. Quando nel 1991 a Maastricht si discusse di cosa avrebbe dovuto fare il banchiere centrale se uno stato membro avesse bussato alla sua porta, implorando di

prestargli il denaro necessario per far fronte ad una situazione emergenziale, i paesi promotori della moneta unica furono d'accordo nel ritenere che sarebbe stato meglio per tutti non lasciare questa scelta alla discrezionalità del banchiere centrale. Se la BCE si comprasse i titoli di Tizio, poi Caio potrebbe dire: «E perché i miei no?». Facile immaginare che, nel giro di qualche giorno, tutti i soci del club finirebbero per bussare alla porta del banchiere centrale con richieste tutte altrettanto legittime, e quindi difficili da respingere, e governare la liquidità del sistema diventerebbe impossibile. Allora meglio niente a nessuno. Si può ovviamente discutere sull'adeguatezza di una norma così rigida a garantire la coesione di una federazione monetaria (sull'argomento S. D'ACUNTO, in G. TARANTINO, *La sovranità in un mondo senza confini*, Torino, 2015, 165), ma allo stato attuale l'art. 123 è un fatto che è impossibile ignorare.

È a questo punto facile prevedere che nella mente dell'uomo comune si faccia strada una domanda: «ma allora questi 220 miliardi sono una leggenda metropolitana?». Non proprio. La BCE effettivamente comprerà titoli del debito pubblico italiano per quell'ammontare. Purtroppo, rispetto alla scena prospettata dal prof. Cottarelli, c'è una piccola ma niente affatto insignificante differenza: la BCE *non li comprerà dal governo italiano*. L'unica opzione che l'art. 123 lascia alla BCE è infatti di comprarli *sul mercato secondario*: in altre parole, non nuove emissioni, ma titoli già emessi dal governo italiano qualche tempo fa e attualmente nella pancia di qualche banca, di qualche fondo pensioni o di qualche *hedge fund*. La differenza rispetto alla fattispecie che il Trattato definisce acquisto "diretto" è sostanziale: in quel caso, la liquidità creata dalla BCE andrebbe nelle casse dell'Erario dello stato italiano e si renderebbe quindi disponibile per l'effettuazione di spesa in deficit; mentre, nell'ipotesi che i titoli siano acquistati sul mercato secondario, quei 220 miliardi usciti dal forziere di Madame Lagarde si dissemineranno nelle casse delle istituzioni creditizie che glie li avranno ceduti.

Ovviamente, non si può escludere che gli intermediari finanziari beneficiari di questa improvvisa "inondazione" di liquidità reagiscano prestan-dola ad operatori desiderosi di indebitarsi per aumentare la propria spesa, e quindi non si può escludere che una parte anche significativa delle disponibilità liquide arrivate nelle loro casse finisca proprio nelle mani

dello stato italiano. È quello che pensano molti studiosi di approccio *mainstream*, che ritengono di poter applicare senza grandi difficoltà al funzionamento dei sistemi economici una sorta di “principio dei vasi comunicanti”. Purtroppo, la teoria e la storia economica sembrano dimostrare che la liquidità creata dalle banche centrali è abbastanza refrattaria alle leggi dell'idraulica. Come scriveva un grande studioso del funzionamento delle economie moderne, «se ci venisse la tentazione di asserire che la moneta è la bevanda che stimola l'attività del sistema, dovremmo rammentarci che vi possono essere parecchi diaframmi fra il bicchiere e le labbra» (J.M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Milano, 1936, 359). La liquidità creata dalle banche centrali non è dotata di un'energia propria capace di rompere le pareti dei forzieri in cui è stivata e di “tracimare” fino a raggiungere le casse dell'Erario di uno stato desideroso di spendere, ma si muove solo a condizione che gli intermediari che la detengono abbiano convenienza a prestarla. In caso contrario, la liquidità può rimanere “intrappolata” nelle casse di chi non ha nessuna intenzione di spenderla.

Purtroppo, capita che i periodi in cui le nubi di una recessione imminente si addensano nel cielo siano proprio quelli in cui la propensione degli intermediari finanziari a comprare titoli si riduce ai minimi termini. Una recessione imminente determina invariabilmente aspettative di riduzione dei flussi di cassa delle imprese e delle pubbliche amministrazioni, aumentando le preoccupazioni dei rispettivi creditori circa le prospettive di rimborso. In questo scenario, la caduta del prezzo dei titoli di debito è un'ipotesi tutt'altro che peregrina, e quindi niente di strano che banche ed altri intermediari siano riluttanti a sottoscriverne, a maggior ragione se gli emittenti sono governi già gravati da una pesante esposizione debitoria. Del resto, questa sostanziale incapacità della BCE di fornire supporto adeguato all'economia reale in tempi di crisi era emersa in maniera chiara già negli anni del *bazooka* di Draghi: immani disponibilità liquide nei portafogli delle banche e pochi spiccioli nei mercati delle merci. Non si capisce quindi perché le cose adesso dovrebbero andare in maniera diversa, visto che l'assetto istituzionale con cui l'Europa affronta questa congiuntura presenta esattamente le stesse rigidità di otto anni fa.

VII
SOGGETTI E NUOVE TECNOLOGIE

21.

La lotta al Covid-19: la requisizione nel Decreto “Cura Italia”

1. - Misure d’urgenza e potere di requisizione.

In tempi di emergenza epidemiologica, si torna a parlare di requisizione. Con il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. “Cura Italia”, il governo autorizza il Capo del Dipartimento della protezione civile, anche su richiesta del Commissario straordinario per l’emergenza (di cui all’art. 122), a disporre la requisizione in uso o in proprietà, da ogni soggetto pubblico o privato, di presidi sanitari e medico chirurgici, nonché dei beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare la predetta emergenza (art. 6, comma 1). L’intervento governativo prevede altresì la requisizione di immobili (strutture alberghiere ovvero altri immobili aventi analoghe caratteristiche di idoneità) che può essere oggetto di un decreto prefettizio, su proposta del Dipartimento della protezione civile e sentito il Dipartimento di prevenzione territorialmente competente, per fare fronte ad improrogabili esigenze connesse all’emergenza epidemiologica e al fine di ospitarvi persone in sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario o in permanenza domiciliare, laddove tali misure non possano essere attuate presso il domicilio della persona interessata (art. 6, comma 7).

Il riferimento alla requisizione è altresì contenuto all’art. 122 nell’ambito dei poteri conferiti dal Governo al Commissario straordinario per l’emergenza.

Si tratta di una tipologia di intervento congrua nel contesto delle misure straordinarie adottate dal Governo per contrastare l’emergenza epidemiologica in corso. Il potere di requisizione ha infatti natura eccezionale ed è finalizzato alla cura degli interessi generali non altrimenti tutelabili; esso è giustificato da ragioni di urgenza in presenza di situazioni inaspettate,

improvvisi e imprevedibili, intese come impossibilità di utilizzare i rimedi ordinari previsti dall'ordinamento (Cons. Stato, 16 giugno 2006, n. 3854). La requisizione è oggetto della nostra attenzione nella "guerra" sanitaria contro la diffusione del virus Covid-19. Fuor di metafora, gli strumenti utilizzati corrispondono a misure straordinarie volte ad arginare la diffusione del virus: è previsto, tra le altre cose, anche l'arruolamento temporaneo di medici e infermieri militari per un anno (art. 7), che si aggiunge a numerose altre previsioni straordinarie volte a supportare il Paese nei settori più colpiti.

2. - Lineamenti normativi.

La figura integra un provvedimento ablatorio, previsto dal codice civile all'art. 835 e da leggi speciali, che consente alla pubblica amministrazione di acquisire la disponibilità di beni mobili, immobili e di servizi, per ragioni di grave necessità pubblica. Tra le leggi speciali che disciplinano le requisizioni, si possono menzionare gli artt. 318, 370 ss. del Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66); gli artt. 2 e 216 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773); l'art. 38, comma 2, della legge 8 giugno 1990, n. 142 ("Ordinamento delle autonomie locali") e gli artt. 70, 107 e 726 c. nav., aventi ad oggetto la requisizione di navi e aeromobili per prestazioni di soccorso.

La previsione codicistica di cui all'art. 835, dispone che "quando ricorrono gravi e urgenti necessità pubbliche, militari o civili, può essere disposta la requisizione dei beni mobili o immobili. Al proprietario è dovuta una giusta indennità"; al secondo comma aggiunge che "le norme relative alle requisizioni sono determinate da leggi speciali". Dunque, più che indicare i lineamenti dell'istituto, la previsione si limita a fungere da norma di rinvio alle leggi speciali in materia, non dando indicazioni specifiche idonee a delimitare il potere ablatorio della P.A.

Il potere di requisizione, attribuito alla pubblica amministrazione, trova origine nell'art. 7 l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E: «Allorché per grave necessità pubblica l'autorità amministrativa debba senza indugio disporre della proprietà privata, od in pendenza di un giudizio per la stessa ragione, procedere all'esecuzione dell'atto delle cui conseguenze giuridiche si di-

sputa, essa provvederà con decreto motivato, sempre però senza pregiudizio dei diritti delle parti». Si tratta di una norma a carattere generale idonea a fungere da base normativa per ogni situazione di emergenza, determinata da un evento naturale o sociale, che richieda l'immediata disponibilità di beni mobili o immobili.

La requisizione deriva storicamente dall'amministrazione militare e, in particolare, dall'esigenza di ovviare ad impellenti necessità in tempo di guerra; nel corso del tempo, la figura ha esteso la sua operatività all'attività militare in tempo di pace e a quella civile.

Il procedimento di requisizione, sulla falsariga di quello espropriativo, comporta il sacrificio di un diritto del privato, cui spetta una giusta indennità (art. 835, comma 1, c.c.), a fronte di un interesse pubblico superiore. Venendo all'intervento in esame, è lo stato di emergenza epidemiologica a giustificare l'intervento ablatorio che si svolge dunque nel rispetto delle garanzie costituzionali, poste a tutela della proprietà, di cui all'art. 42, comma 3, Cost.

3. - Coordinate procedurali.

A differenza dell'espropriazione, la figura della requisizione si caratterizza per la temporaneità dell'effetto ablatorio; il relativo provvedimento è adottato *ad tempus* con l'apposizione (seppur implicita) di un termine finale coincidente con il venir meno dello stato di urgente necessità. La requisizione si qualifica perciò come rimedio provvisorio d'urgenza che comprime il diritto di proprietà senza estinguerlo. Nel testo del decreto “Cura Italia” la requisizione in uso non può durare oltre sei mesi dalla data di apprensione del bene ovvero fino al termine al quale sia stata ulteriormente prorogata la durata dello stato di emergenza (art. 6, comma 2). La requisizione degli immobili può protrarsi fino al 31 luglio 2020 ovvero fino alla durata dello stato di emergenza (art. 6, comma 8).

Con riferimento all'oggetto, la requisizione può essere in proprietà o in uso. La prima ha come riferimento oggettivo beni mobili, mobili registrati ed immobili. Nel sistema, sono configurabili altresì requisizioni di attività e di servizi che hanno ad oggetto prestazioni personali, determinandosi a carico del privato l'obbligo di prestare la propria attività contro giusta indennità (artt. 392 ss. Codice dell'ordinamento militare).

A livello generale, il procedimento di requisizione richiede il compimento di alcune ineludibili attività: la ricognizione del bene da requisire, l'istruttoria in contraddittorio con la parte privata e la notificazione del provvedimento al destinatario. Occorre l'individuazione di un nesso tra l'utilizzo del bene privato e l'esistenza di gravi e urgenti necessità pubbliche (art. 835 c.c.) che il primo mira a soddisfare: in particolare, è proprio l'esistenza della situazione di urgenza improvvisa e imprevedibile a giustificare la requisizione.

In secondo luogo, viene in considerazione la fase istruttoria con la partecipazione del privato e la redazione di un verbale sullo stato di consistenza del bene da requisire, tenendo conto che il legislatore esonera la P.A. dall'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento ai destinatari e agli interessati nei casi di particolare esigenza di celerità, impliciti nel provvedimento (art. 7, comma 1, l. n. 241 del 1990). Infine, si ha la notifica del provvedimento di requisizione al proprietario o, in caso di impossibilità (per le evidenziate ragioni di urgenza), al detentore.

Sotto questo ultimo profilo, si pone il problema della sorte dei contratti che abbiano ad oggetto il bene requisito. Può ritenersi al riguardo applicabile in via analogica l'art. 398 del Codice dell'ordinamento militare il quale dispone: "L'ordine di requisizione risolve di diritto qualsiasi contratto che ha per oggetto il bene requisito, se l'esecuzione del contratto non è compatibile con l'esecuzione dell'ordine di requisizione. L'ordine di requisizione libera di diritto il proprietario da qualsiasi obbligazione nei confronti di terzi. La risoluzione dei contratti non dà luogo a rimborso di spese né a risarcimento di danni a favore di chiunque. Se la requisizione cessa prima della scadenza convenuta o prorogata del contratto, il contraente che aveva l'uso o il godimento del bene requisito ha diritto a riavere tale uso o godimento, fino al termine convenuto o prorogato del contratto, alle stesse condizioni precedenti, salve le modificazioni legali eventualmente intervenute".

4. - Requisizione e indennità.

Dalla requisizione deriva il diritto soggettivo del privato all'indennità. Nel decreto in esame, in caso di requisizione in proprietà, essa è ragguagliata

al 100% del valore di mercato del bene mobile, mentre, in caso di requisizione in uso, essa è pari, per ogni mese o frazione di mese di effettiva durata della requisizione, a un sessantesimo del valore calcolato per la requisizione in proprietà (art. 6, comma 4). Per i beni immobili, il decreto stabilisce che l'indennità sia liquidata, avvalendosi dell'Agenzia delle entrate, nello stesso decreto del Prefetto che dispone la requisizione dell'immobile alla stregua del valore di mercato dell'immobile requisito o di quello di immobili di caratteristiche analoghe, in misura corrispondente, per ogni mese o frazione di mese di effettiva durata della requisizione, allo 0,42% di detto valore. Ove il bene requisito sia oggetto di usufrutto, l'art. 1020 c.c. dispone che l'usufrutto si trasferisce sulla relativa indennità.

In ogni caso di contestazione, anche in sede giurisdizionale, il decreto prevede la non sospensione dell'esecutorietà dei provvedimenti di requisizione come previsto dall'art. 458 del Codice dell'ordinamento militare (art. 6, comma 9). Tale limitazione si comprende alla luce della eccezionale situazione emergenziale che giustifica la temporanea compressione dei diritti del singolo alla luce delle preminenti esigenze di tutela della salute e dell'incolumità pubblica che stanno alla base degli interventi dell'autorità governativa.

Riferimenti bibliografici.

Per un primo commento, si v. G. DI MARCO, *Decreto Cura Italia: requisizioni in uso o in proprietà, contratti e tutela giurisdizionale*, in *Quot. giur.*, 20 marzo 2020. Sulla requisizione, si v.: G. CIANI, *La requisizione*, in R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, 497 ss.; G. LANDI, *Requisizioni*, in *Nss. D.L.*, XV, Torino 1968, 487 ss.; G. PALMA, *I procedimenti ablatori*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VII, Torino 2005, 355 ss.; G.B. VERBARI, *Requisizione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 908 ss. In generale, sulla nozione di indennità, si v. S. CICCARELLO, *Indennità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, 99 ss.

22.

Discrezionalità, norme “imprecise” e fine dell’epidemia (perché è difficile decidere come e quando riaprire l’Italia)

1. - La nozione di discrezionalità nel dibattito giuridico italiano va fatta risalire, probabilmente, a Federico Cammeo e alla sua teorizzazione delle “norme imprecise”.

Come sappiamo, Cammeo, riprendendo le teorie tedesche delle nozioni giuridiche indeterminate, differenziava l’attività amministrativa regolata da norme “precise”, che come tale implicano una attività esecutiva vincolata, dalla attività che si muove in “ambito lasciato libero dalla norma” o “regolata da norme imprecise”, che disciplinano fatti “complessi”, suscettibili di una valutazione opinabile e come tale impongono una valutazione comparativa (*La competenza di legittimità della IV Sezione e l’apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902 ss.).

Queste linee di pensiero appaiono di grande attualità rispetto alla valutazione di come e quando riaprire l’Italia dopo l’emergenza Coronavirus.

Nella decisione da prendere vanno combinati e ponderati tre diversi fattori, al momento tutti abbastanza incerti: i dati sanitari, la tenuta psicosociologica del paese e la crisi economica.

La riapertura, infatti, non è solo una questione di tutela sanitaria e di curva epidemiologica. Va anche capito quanto può reggere in casa la psiche delle persone e quanto il blocco prolungato possa incidere sulla crisi economica che verrà. Se lasceremo tutto chiuso ancora per due mesi, probabilmente il rischio di contagio sarà completamente azzerato, ma molte piccole im-

prese e molti negozi non avranno più la forza di riaprire e ne verrà fuori una recessione gravissima. Lo stesso può accadere con la tenuta mentale delle persone, costrette per troppo tempo a una vita inusuale. Per un paio di settimane ti puoi anche divertire a stare sbarrato in casa: te ne stai tutto il giorno in tuta e ti metti a cantare al balcone alle 18.00. Ma poi, non resisti più in 60 metri quadri con coniuge, tre bambini, cane e suocera, perdendo tutte le tue abitudini. Soprattutto se rischi anche di perdere il posto di lavoro.

Ma allora come decidere quando riaprire l'Italia?

Ecco la difficoltà della valutazione comparativa degli interessi in gioco, trattandosi di norme "imprecise" rispetto a fatti e dati di partenza complessi e incerti.

2. - Da cittadini, però, abbiamo il pieno diritto di sperare (e pretendere) una cosa: la motivazione chiara delle scelte prese.

I manuali ci insegnano che il buon esercizio della discrezionalità passa attraverso la motivazione del provvedimento. Per usare parole del Consiglio di Stato: «proprio per dimostrare che l'attività autoritativa sia stata legittimamente esercitata, è necessaria la motivazione del provvedimento, la quale non è altro che l'esplicitazione di come si è svolta l'attività istruttoria e del perché un interesse è stato, nella necessaria valutazione di comparazione ponderata, ritenuto prevalente sugli altri interessi (normalmente privati) che sono confluiti nel procedimento» (sent. n. 1971 del 2007).

Detto in parole semplici, da cittadini abbiamo bisogno di motivazione e di chiarezza. Cioè abbiamo bisogno che il Governo ci spieghi quali sono le valutazioni che portano ad una riapertura graduale o condizionata. Altrimenti ci sembreranno soltanto decisioni lontane e incomprensibili. Che non faranno che aumentare la disillusione sociale e la disaffezione verso lo Stato.

23.

Per una Giustizia Civile. Ovvero, Aristotele oltre Hobbes e Rousseau

1. Il bell'editoriale di Fabrizio Di Marzio ci richiama alle radici della comunità, ora come allora: *cum- munus*, la partecipazione ad unità di regole, di comportamenti seguiti per identità di attitudini, di convinzioni, di sentimenti. È la capacità di ragionare, più radicalmente, di immaginarci *uti cives* e non *uti singuli*, come componenti di una collettività, piuttosto che come attori isolati, unici, compiaciuti della propria individuale peculiarità, di un'utilitaristica astuzia. È la regola delle regole, l'architrave della convivenza, quella che dà senso alla (perché richiede una) Giustizia *Civile*: non la giustizia assoluta, quella del dio verso l'individuo, ma della comunità verso un suo componente, il cui parametro è il rapporto fra l'uno e gli altri, fra l'io e l'insieme. È una regola così grande che non si può imporre con la forza, non si può ottenere con la minaccia della sanzione: è troppo ampia per renderla coercitiva. Sta all'intelligenza di ciascuno percepirla e seguirla, capire dove si manifesta di volta in volta, ora come allora. Anche perché il più delle volte non sono i giuristi a indicarla o ad evocarla: spesso anzi sono gli artisti, i musicisti, i poeti, i pittori a richiamare i *cives* al loro fondamento della *civiltà*. E Fabrizio Di Marzio lo fa ricordando il "patto"

sociale che ci lega, immaginato da Hobbes, Locke e Rousseau. Un “patto” presupposto, più che storicamente posto, una forma di assicurazione sociale il cui motore è la paura, il rischio di soccombere alla violenza, all’in-civiltà. La paura: il grande motore di Hobbes che la riconosce come sorella gemella, di cui sua madre si è sgravata con lui, in quel fatidico anno 1588 quando l’Invincibile Armata ha messo a rischio l’inviolabilità dell’Isola e stretto tutti gli inglesi attorno alla loro regina, ponendo dietro di sé i propri egoismi a fronte del pericolo che insidiava tutti. Ora come allora. Com’era stato poi per Locke, medico di Carlo II, che ritiene il “patto” storicamente avvenuto: non uno solo, ma tanti, ogni qual volta serve (ri)aggregare la convivenza *civile*, come ai tempi della Gloriosa Rivoluzione, quella del *Bill of Rights*, dell’elenco di diritti dell’Uomo, il cui rispetto da parte di uno Stato lo rende uno Stato *civile*, un momento in cui occorre aggregarsi e rinsaldare il patto. Ora come allora. E Rousseau che ci invita a partecipare alla vita *civile*, ad andare a votare, per riconoscere nella legge la nostra volontà, per obbedire alla legge come obbediamo a noi stessi, a riconoscere così nell’interesse pubblico non l’utilità del sovrano di turno, ma quello della comunità *civile*, ad imparare che in queste situazioni non c’è un “mio” contro il “tuo”, ma un “mio” contro il “nostro”, a ragionare – ancora una volta – *uti cives, non uti singuli*. Dietro a tutti, *oltre* a tutti, c’è Aristotele, troppo spesso citato per la definizione di uomo come animale politico per natura, senza completare la frase con quel che ne segue nell’originale greco: *lògon èkon*, avendo la ragione, cioè poiché ha la ragione (quindi, la parola). Poiché ha la ragione, l’uomo è essere socievole, *civile* per natura. Il grande Stagirita è disarmante nella definizione che ci dà dell’uomo. È un bipede implume, senza zanne, artigli o pelliccia, lento nella fuga, inadatto al nuoto, incapace di volare, inerme nella sua fragilità. Per natura quindi trova la forza nel gruppo, al pari di formiche od api? Per le sue (deboli) caratteristiche fisiche (*fysis* = natura) si associa agli altri? Forse, ma non solo. È socievole, è *civile*, poiché ha la ragione, perché ha la parola: è capace di prometter un futuro comportamento e mantenerlo, sa essere affidabile, è capace di generare fiducia, il motore delle regole, delle relazioni, del progresso. L’uomo, questo bipede implume, la cui società, la cui *cum munus* – comunità è salda, non perché fondata sulla paura di Hobbes, non sull’utilità di momento in momento (opportunismo?) di

Locke, non sull'artificio psicologico di immedesimazione della democrazia diretta (io governato sono anche io governante) di Rousseau, ma più radicalmente sulla ragione, sulla parola, sulla autentica caratteristica umana: sulla capacità di dare fiducia, di essere affidabile, quindi responsabile, di capire quanto una regola va rispettata, a prescindere dal gen-darme che ci tiene d'occhio.

Tanto che il tradimento di queste qualità, istintivamente, intimamente, con una percezione quasi atavica, ci fa sentire inadeguati, ci fa provare vergogna ... anche ai più disincantati e coriacei fatalisti: vergogna, seppure ormai attutita, smorzata, spenta da più immediate e suadenti utilità immediate o future.

2. Il cinese che si vergogna (ovvero, etica cavalleresca *vs* logica di mercato). – Passata l'emergenza in quella sua provincia popolosa quanto l'Italia, il Cinese è venuto in soccorso dell'Occidente, portando più maschere di quante ne avesse ricevute, portando la competenza medica maturata sul campo del sacrificio e affinata sulla vita di molti, a cominciare dal giovane medico che per primo intuì il male, indicandolo presente nel mondo. E il cinese si vergogna. Si vergogna di aver causato (come se lo avesse veramente causato), di aver permesso, di non aver fermato un male tanto grave. L'inadeguatezza rispetto agli "altri" uomini, riflesso immediato dell'inadeguatezza rispetto ai "propri" concittadini. Il malessere per aver tradito la fiducia, per non essere stato affidabile, per non aver fatto ciò che ci si aspettava, quel futuro comportamento responsabile su cui "gli altri", gli europei, i non cinesi facevano affidamento. È una cosa che notiamo spesso, questo tratto degli orientali, che ci stupisce, ma su cui riflettiamo poco. E a ben guardare è un tratto veramente comune a tutto l'Oriente: Cina, Giappone, Siam, ma anche Thailandia, insieme fanno un buon quarto di mondo retto sull'idea dell'onore, della certezza che alla promessa seguirà il comportamento, che all'azione seguirà la responsabilità. Un atteggiamento da etica cavalleresca, che ci fa sorridere perché ci sembra antico, anche se –per loro- vincolante ed attuale, tanto da non poter sfuggire ... se non piano piano e solo in questi ultimi tempi: ci si vergogna, ma intanto si magnifica il proprio prodotto, si sponsorizza la propria immagine, si procede di conserva. Perché questo atteggiamento antico, che riconosciamo anche se ci pare strano? Perché quest'etica ca-

valleresca negli affari? In fono sono solo affari, ci viene da dire. Sì, l'Oriente non ha avuto il Rinascimento – non tanto quello artistico – ma quello scientifico e, soprattutto, quello economico che dei primi due è stato motore. All'onore del cavaliere succede l'arguzia (e l'astuzia) del mercante, del banchiere, certo coraggiosi, perché viaggiatori ed esploratori, ma con il gusto della speculazione, nel doppio significato (uno derivato dall'altro) di guardare e di guadagnare. Ed allora non posso vergognarmi, perché se guadagno vuol dire che sono bravo e non devo rattristarmi per gli altri. Ciò che arricchisce è bene, anche se a scapito degli altri, anzi, soprattutto a scapito degli altri: la competitività individualista del mercato, che mette in secondo piano (ma non può dimenticare) regole e responsabilità. Intanto guadagno, poi si vedrà. È il momento dell'individualismo di chi pensa di essere il più furbo. Questo è (anche) stato il Rinascimento, un modo di guardare le cose non per ciò che esse erano, ma per ciò che con esse si poteva fare. Non è più il sapere per comportarsi ed essere felici dell'*eudaimonia* di Platone, ma è lo *scire unde posse*, il sapere per il potere di Bacone, non a caso maestro diretto di Hobbes ... che poi il potere possa dare la felicità, è un altro discorso. Che qualcuno confonda la felicità con l'appagamento (di per sé, sempre momentaneo) è un altro discorso ancora. Ma a seguire Nietzsche troppo da vicino si finisce a baciare cavalli per le vie di Torino. Certo è che la logica del mercato, dove il prezzo è giusto perché voluto dai contraenti, perché frutto di incontro di volontà individuali, affievolisce quell'*uti Cives* di cui si diceva, di quel "mio" contro il "nostro" che è equilibrio del singolo nella comunità, come in musica è l'armonia, dove ciascuno – ogni nota – ha un posto e nessuno prevarica sugli altri.

3. Il corsaro e la zavorra (ovvero abbandonare l'inessenziale, il non produttivo). – Per presentarsi ai negoziati internazionali in posizione di forza, occorre avere un bilancio a posto, ostentando così la propria forza, la capacità di tenere "i conti in ordine". E per tenere in conti in ordine vi sono tre strade: essere in pochi con alta produttività, come cinque milioni di persone seduti sui giacimenti del Mare del Nord, oppure aumentare le tasse per pagare i costi sociali, oppure ridurre i costi, chiudendo i servizi: i trasporti locali a prezzo di redditività, la scuola al minimo, la sanità "a casa". Non si va più dal medico non tanto perché si sta meglio, ma perché non ce lo si può più permettere. L'importante è far credere che si goda

generalmente di buona salute e che *individualmente* ci si arrangia meglio che in troppi ... ch  i troppi rallentano la corsa. E via allora di corsa per mare, tornando a quello stato di natura vagheggiato dai filosi inglesi, il mitico stato originario ove   lecito ci  che si pu  e finch  lo si pu . Si corre per mare, prendendo quello che si riesce e tenendolo finch  si riesce. Si corre e ci si procura anche qualche protezione, ottenendo una patente di corsa, cos  da essere dei corsari istituzionalizzati. In mare vale la logica della barca: tutto ci  che pesa, che rallenta, che non serve (pi )   abbandonato, buttato fuoribordo, in un perenne invocato stato di necessit  che giustifica e legittima ci  che non   ammesso nella *civitas*: furto, violenza, omicidio. La barca   un *communitas*?   una societ  *civile*? Sembra anche questo un luogo ove ciascuno ha un proprio posto e si impegna per uno scopo comune. Ma a ben vedere, in mare, la salvezza della barca prevale sempre e comunque su quella dei singoli, richiesti di sacrificarsi per la barca. Anche lo scopo, pi  che comune, sembra individuale: non si ragiona *uti cives*, ma *uti singuli*, poich  si tratta di una somma di interessi individuali, provvisoriamente uniti nell'egoistico scopo di fare bottino. E chi non ci sta finisce in mare, chi   ferito si prepara a morire, chi resta indietro sar  abbandonato.   la dura legge del mare.   la regola (l'unica) dello stato di natura,   il diritto inteso come l'utile del pi  forte. Stati cos  organizzati non hanno debiti, ma non danno servizi, lasciano all'iniziativa del singolo – entro pochissime regole autoevidenti – le sorti di ciascuno, ove si ragiona *uti singuli*, non *uti cives*. Ed infatti, in barca non c'  *giustizia civile*, ma solo contabilit . Preparatevi a veder morire i vostri cari.

4. Economia di sussistenza ed economia di sviluppo (ovvero, la schiavit  degli uni per l'estetica di altri). –   facile avere i conti a posto quando si ha un impero di docili schiavi, acquistati comprando a poco prezzo le loro cose migliori, per rivenderle ad altri. Cos  il coraggio dei corsari del mare viene ripagato: il grande rischio del naufragio, porta al grande profitto del ricarico sul prezzo, del bottino. Avere un impero, uno stuolo di servitori devoti, aiuta a pagare i conti, semplicemente perch  non si hanno costi (oppure sono in misura tanto inferiore, quanto vengono sottopagati i servitori) e ci si pu  dedicare ad altro.

  una costante, in verit , quella del progresso delle *civitates*. Storicamente ogni cultura si   sviluppata quando ha potuto affrancarsi dall'economia di

sussistenza, acquisire tempo libero, dedicarsi all'osservazione e liberando lo spirito estetico, inventivo, nei più diversi campi. Persiani, Egizi, Greci, Romani, Anglosassoni, tutti dopo aver capito i rudimenti della natura si sono affrancati dai suoi ritmi mettendo qualcun altro a seguirli, volgendo gli occhi al cielo e pensando attorno alle stelle *de-sideris*, cominciando a vagheggiare attorno agli astri, *de-siderando*. E proprio perché hanno potuto alzare la testa dalla ripetitiva quotidianità le civiltà hanno segnato le epoche. Ma a quale prezzo? Al prezzo di escludere dalla *civitas*, dalla *communitas* intere categorie di persone, di tagliare fuori gruppi, di amputare membra sociali. Gli strumenti sono stati molteplici, gli espedienti curiosi, gli effetti diversi. Dall'originario diritto di bottino, frutto della forza, della conquista (il diritto come l'utile del più forte), all'inferiorità del genere o della razza, fino a negare natura umana sul colore della pelle o disquisendo della glandola pineale. Se è vero che la quotidianità abbruttisce, l'elevazione non può sopportare asservimento di persone, né – tantomeno – dell'intero pianeta, ritenuto malinteso bottino di chi si ritiene capace di manipolarlo. Non è *civile*, non si ragiona *uti cives* agendo come se non ci fosse domani, scaricando sugli altri il nostro tempo libero, perché schiavitù è togliere *tempo* agli altri per averne più noi: non potendo bere la vita, si sottrae il tempo.

Ora, stiamo vivendo il singolare momento in cui si può essere affrancati dal quotidiano, dell'economia di sussistenza, senza dover schiavizzare, asservire altri, escludendoli dalla *communitas*. È il singolare privilegio tecnologico per cui il molto ripetitivo può essere fatto con poco, liberando tempo ed energie per cose *nuove*. Possono essere gare di cucina o ricerche per quello di cui abbiamo bisogno, sta a noi: dalle biotecnologie, alle scienze naturali, senza dimenticare arti e mestieri. Sta a noi decidere, ma sarebbe *incivile*, non da *cives*, buttare il tempo che ci è dato in più. Non è la ricerca del tempo perduto, neppure il tempo ritrovato: non è il tempo libero, ma il tempo *liberato*. Riconosciamolo con un atto di intelligenza ed usiamolo per il salto di qualità della nostra civiltà, sfruttiamo l'*otium* che ci è dato come investimento per il futuro: ragioniamo *ut cives*. Ora come allora.

5. Principio speculativo e buona fede nelle obbligazioni (ovvero, per una conclusione). – Da un lato l'art. 2247 c.c. contiene il principio speculativo

cui sono informate le società: si conferisce e si rischia insieme per dividersi gli utili, ma pur sempre entro una cornice di regole partecipate, sentite come proprie. Dall'altro l'art. 1175 dello stesso codice fa sintesi delle disposizioni generali in materia di obbligazioni, richiamando la correttezza, la buona fede, anche nelle attività più individuali, che prospettano sempre e comunque una comunità più ampia. La *communitas* ha questo di particolare: non è un tutto che annulla le parti, secondo modelli teocratici o totalitari, per cui il dio, lo stato, il partito chiedono sacrifici e debbono prevalere su tutti; non è nemmeno un'impresa rischiosa che si accetta volontariamente allo scopo di lucrarne i vantaggi sperati, pronti a sopportarne le perdite o il perimento. Non è un'imposizione, non è nemmeno un atto di libera volontà individuale e momentanea. È la capacità, l'attitudine al riconoscimento delle condizioni di vita proprie dell'uomo, bipede implume, a seguire l'interesse comune, inteso come "quello proprio di ciascuno, ma non esclusivo di alcuno", di saper riconoscere il bene comune, che altro non è se non il riconoscimento in comune del Bene.

Ecco, tutto questo è la condizione per una *Giustizia Civile*, non una giurisdizione civile, nemmeno una giustizia civile, ma proprio una *Giustizia Civile*.

VIII
UNIONE EUROPEA

24.

Europa: solida casa comune o fragile capanna dell'economia?

1. - Telefonate in Germania. Ovvero: cosa sono *veramente* gli Euro-bond?

Le trascorse festività pasquali, quest'anno più del solito, sono state l'occasione per alcune telefonate in Germania: Monaco, Heidelberg, Speyer (già *Hochschule*, ora *Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften*), Würzburg, Berlino.

Saluti ed auguri fra vecchi amici, addirittura compagni di studi, ma anche scambio di opinioni con (ora) colleghi (ma sempre) amici che si occupano di diritto amministrativo, diritto comunitario, contabilità di Stato. E ricorrente, in ogni telefonata, il riferimento all'intervista televisiva del Presidente del Consiglio italiano al notiziario della *Ard* (cui ha fatto seguito un'altra al canale della *Bild*). Alcune considerazioni sono più generali: è la prima volta di un'intervista televisiva ad un politico italiano; ci si ricorda di un breve passaggio dell'allora Presidente Cossiga che – senza interprete – era stato in visita di Stato prima della riunificazione, tanto tempo fa; si guarda alla desolazione degli ospedali; si formula l'auspicio di saper profittare in Germania del vantaggio temporale sulla situazione italiana, agendo con incisività. Altre osservazioni sono più puntuali: la scelta di come mantenere “in vita” il Paese; cosa si può spegnere, cosa no; la filiera agroalimentare e la liquidità alle aziende che non possono fermarsi. Su di tutte, comunque, una: non sapevamo che l'Italia volesse solo una “garanzia europea sul debito, che ciascuno Stato paga comunque da solo”, pensavamo che la proposta di Italia e Spagna (ma c'era anche la Francia) fosse quella di “spartire con noi” (“*mit uns teilen*”), di mutualizzare fra tutti i Paesi dell'Unione i debiti contratti velocemente e senza previsione alcuna, come

è tipico di una fase emergenziale che non si è preparati ad affrontare. L'equivoco viene finalmente chiarito. E così si può discutere ampiamente e con molto interesse di una garanzia comune per debiti singoli: ciascuno paga il suo, ma tramite un "Eurobond" che è garantito dall'Unione, con tasso di interesse, quindi, molto più basso di quello che avrebbe un titolo emesso da uno Stato già provato duramente dal morbo. L'Unione non resta solo mercato, una babele di compravendite, scambi ed affari, sotto lo sguardo distratto di un sorvegliante ambiguo, ma è anche garanzia, rete, protezione: è veramente "unita nelle diversità", come recita il suo motto troppo spesso dimenticato, assieme all'inno musicale ufficiale, che però è privo delle bellissime parole di Schiller che adornano l'originale, composto per essere cantato, appunto.

Si parla allora di etica, di etica del lavoro, concetto che richiama rispetto e dignità in quel Paese, ove l'artigiano esibisce con orgoglio il suo grembiule bleu da lavoro, indumento riservato che indica l'appartenenza alla gilda o alla corporazione di riferimento. Il discorso scivola su un altro "Giuseppe", sul libro di Joseph Martin Fischer, *Se l'Europa fallisce?* ... ha avuto molto seguito, ci si aspettava qualcosa di incisivo e che ponesse finalmente i quesiti su chi vogliamo essere. Quindi i saluti alle rispettive famiglie, ai bambini che sono cresciuti, il ringraziamento per l'importanza del chiarimento nell'intervista televisiva, ancora auguri e saluti. La telefonata si conclude. Silenzio, ricordi, riflessione.

Non mi stupisce, oggi, la reazione con l'attacco giornalistico di chi ritiene che nel torbido si peschi meglio. Agitare la clava della "mafia" (che, assieme all'espressione "calamari fritti", è l'unica parola italiana conosciuta dal popolano astioso), significa tessere una equiparazione: la parte politica tedesca che richiama al rischio di fallimento dell'Europa, sta legittimando l'Eurobond, ossia la mutualizzazione generale e selvaggia del debito emergenziale, cioè la concessione di contributi a pioggia alla mafia, attinti dalle tasche del contribuente tedesco. L'avversario politico interno è dipinto come il sodale dell'italiano mafioso.

De minimis non curat praetor. Se non fosse che proprio *minimalia* non sono, per il momento di scadenza in cui si manifestano e per l'istanza "etica" che introducono in un luogo che si vuol misurato dal solo profitto, necessariamente amorale.

Del primo aspetto – cioè della coincidenza temporale – non è qui sede per occuparsene. Più ficcante il rapporto etica/profitto che viene (pur maldestramente) introdotto.

2. - L'aquila di Creta e l'aquila di Berlino. Ovvero: la rapacità su(II') Europa?

“Europa, infelice Europa: tocca a noi ricostruirti ancora una volta”.

No, questa citazione non è tratta dal comunicato stampa dell'ultimo incontro dei Capi di Stato e di Governo a margine della crisi dell'Eurozona. È invece quanto andavano ripetendo come una giaculatoria, ma con un certo compiacimento, i delegati al Congresso di Vienna, chiamati a ridisegnare la carta geografica dopo la temperie dell'Infame Corso, fattosi imperatore. E se quei pur dotti delegati non potevano immaginare nemmeno quali orrori sarebbero occorsi nei duecentocinque anni che ci dividono da loro, ebbene è lecito pensare che vi sia una sorta di pregiudizio, per non dire maledizione, su questo continente; qualcosa che ne impedisce la quiete, qualcosa che ne turba intimamente l'animo e di cui la grave crisi economica –ma non solo- che ci attanaglia quanto la pandemia ci piega, sembra essere il più recente episodio.

Europa deve forse la sua infelicità, il suo continuo travaglio alla sua stessa origine. E come spesso succede, si è appena visto, quando la scienza non ci aiuta, occorre rivolgersi al mito – con rispetto e cautela – per cogliere quei frammenti di verità su cui si agglutina, scostando delicatamente il velo del tempo e la patina che vi si è adagiata.

Pare furono i cretesi della potente civiltà minoica a chiamare Europa il continente a nord della loro isola. E ciò fecero in onore della madre del loro più grande re, Minosse. Sulle spalle di Esiodo, Ovidio ci informa infatti che Europa era la bellissima figlia del re di Tiro e dei fenici, il martoriato odierno Libano. Il solito Zeus se ne invaghì, secondo il suo costume, ed ordinò ad Hermes di condurre gli armenti del re fenicio in quei pressi; lì si fece trovare sotto forma di mansueto toro bianco, adottando la sempre efficace tecnica della seduzione per curiosità. Europa gli si avvicinò ed attirata dalla singolare bianchezza e mansuetudine provò a cavalcarlo. Il re degli dei non aspettava altro per rapirla, trasportandola in volo

fino a Creta, ove cercò di farla sua; ma ella gli resistette, spingendolo così a prendere l'aspetto dell'aquila, a lui più congeniale, e in quella forma la prese. Ne nacquero tre figli, Minosse, Radamanto e Sarpedonte, che Asterione, re di Creta, adottò prendendo Europa in sposa. I suoi fratelli partirono per cercarla, ma senza mai trovarla: il primo fratello, Fenice, divenne capostipite dei fenici, sulle coste settentrionali dell'Africa; il secondo, Cilice si fermò sulle coste della Turchia, dando origine al popolo dei Cilici, ed infine il fratello più giovane, Cadmo (quello delle nozze di Cadmo ed Armonia) arrivò in Grecia, nella Beozia, ove fondò Tebe. Fin qui il mito.

Europa porta dunque in sé le sue cicatrici: è rapita, è violentata e sottratta per sempre alla sua famiglia. I suoi figli ereditano dal padre la potenza, l'insofferenza e la bellicosità, ma lei porta loro in dote la bellezza. Così, è anche per gli Stati d'Europa: tra i più belli e più potenti per molti aspetti, ma insofferenti tra loro e capricciosi, proprio come gli dei degli antichi greci.

3. - **Etica del lavoro, etica del profitto. Ovvero: il ruolo (infungibile) del diritto nel mercato comune.**

Ora, a questi Stati in crisi, a chi oggi li popola, dovremmo parlare di profitto ed etica, magari di profitto contrapposto ad etica, etica che hanno –abbiamo noi stessi- sempre irriso beffardi, con iattanza olimpica nei momenti di opulenza del mercato. Ed allora il discorso prenderebbe la piega sgualcita ed il dolciastro sapore della predica di un vecchio prete di periferia, quando viene a dirci che bisogna guardare all'etica e non al profitto, ma con il disincanto che egli stesso serba in cuor suo, nella piena consapevolezza cioè che tutti parlano di etica, ma ciascuno guarda al proprio profitto, personale ed immediato. Sennonché l'accostamento fra profitto ed etica stimola il gusto della ricerca oltre le banalità che usualmente ascoltiamo intorno a questa strana coppia. Di più: il binomio profitto ed etica ha il sapore di una relazione intrigante proprio perché pericolosa.

La nottola di Minerva - si sa - prende il volo al tramonto –“l'ora muta delle fate” - per raccogliere le suggestioni di quanto è stato detto. Sicché,

provocatoriamente propongo –ancora - una doppia coppia per apparenti differenze. Profitto antitetico ad etica ed etica come veicolo di giustizia. Simbolicamente scriverei profitto \neq etica; etica = giustizia.

Si diceva: c'è la crisi e bisogna uscirne; c'è fame di etica, quindi di giustizia e bisogna saziarla.

Bene. Alla domanda crescente di etica e di veloce giustizia si risponde in questi tempi creando nuove giurisdizioni, nuovi e speciali tribunali: concili locali, assise mandamentali, corti distrettuali, su su, fino al Lussemburgo o a Strasburgo. Una volta si diceva: *Roma locuta, causa finita*; oggi, gli espropri per la terza corsia di un'autostrada sono materia per la Corte europea dei Diritti dell'uomo, sull'equiparazione – tutta lockiana, protestante e puritana – che la vita è la libertà, che la libertà è la proprietà, sicché chi mi espropria mi uccide, mi lede un diritto fondamentale come uomo, prima che come cittadino. Sempre più diritti riconosciuti e proclamati, dunque: c'è chi si occupa addirittura del diritto – parimenti puritano e protestante – della ricerca della felicità. Sempre più gradi di giudizio, dunque. Sempre più e diverse giurisdizioni, dunque. Con l'effetto, per verso, per cui ogni corte ribalta il verdetto di quella precedente, quasi ci provasse gusto a gettare scompiglio nel *vere dictum*, che traduciamo con il “detto secondo verità”, ciò che per definizione dovrebbe essere unico. E la contraddizione invece è fisiologica e naturale: a molteplici e diverse giurisdizioni, corrispondono molteplici e diverse procedure, con molteplici e diverse visioni della realtà, da angolazioni diverse: ogni corte giudica secondo la sua procedura, con i suoi limiti nell'ammissione della prova, con i suoi *Grundbegriffe* di riferimento. Se per rispondere alla crescente domanda di veloce giustizia abbiamo fondato nuovi diritti e nuovi tribunali per giudicarli, ciascuno con il suo compito e la sua ottica particolare, prepariamoci ad avere tante sentenze quante sono le teste e le procedure: *tot capita, tot sententiae*. Ma se così è, allora è probabile anche che chi ha tutta la ragione faccia fatica a vedersela sempre riconosciuta; specularmente, chi ha torto può trovare qualcuno disposto ad apprezzare, almeno in parte i suoi motivi, a valorizzare le sue ragioni. Ed ecco che chi ha veramente ragione non riuscirà più ad ottenerla tutta, ma dovrà pagare un piccolo prezzo a chi ha torto, tollerando il piccolo furto che gli vien fatto, *pro bono pacis*, per assicurare il quieto vivere ed il controllo sociale. In

questa prospettiva vedo iscriversi l'istituto poco giuridico della mediazione, tradotta in una prevaricazione più crudele di quelle che si celebrano spesso nei tribunali.

Di più. Chi ha torto non cerca di avere ragione propriamente, quanto piuttosto di non essere colpevolizzato o umiliato, di potersi proclamare martire; perché se anche alla fine non gli verrà assegnata la *res litigiosa*, la cosa contesa, ebbene potrà sempre affermare che qualche motivo, anzi, che qualche giustificazione l'aveva anch'egli. Andrà avanti ed avanti nei gradi di giudizio, perché non si accetta più una sentenza negativa, così come non si accetta una bocciatura alle medie o ad un esame universitario. E se non si troverà più una corte disposta a dargli ragione, ebbene se ne fabbricherà una: andrà in televisione, in una trasmissione mimetica del processo ed in quell'arena, *coram populo*, con una visibilità – e quindi con una legittimazione – superiore a qualsivoglia ermellino, senza ministero di avvocato, ma con la *verve* sua propria, in piego sfogo emozionale, otterrà soddisfazione: non è un caso che queste trasmissioni, per lo più, si concludano con un esito opposto a quello dei tribunali ufficiali.

292

Aumentare le giurisdizioni non aiuta la giustizia e non è forse nemmeno etico. Etica e giustizia non stanno così in quella posizione di perfetta simpatia come ci sembrava all'inizio. Prendiamone atto e tiriamo innanzi, perché dobbiamo saggiare se veramente etica e profitto si pongono nella posizione antitetica da noi provvisoriamente assunta, ma ove vengono usualmente collocati dai più, anche oggi giorno – ed è il tema che ci occupa – per giustificare la piena libertà del mercato, che non dev'essere condizionato da esigenze di solidarietà, neppure fra Stati membri dell'Unione europea: sembra sentir dire che le istituzioni comunitarie non sono lì per occuparsi dello *spread* fra i Paesi.

Procediamo più rapidamente e per apparentamenti, quali al modo di Spinoza. Il profitto viene comunemente considerato contrario all'etica; il profitto è per sé stessi; l'etica è *per* (verso) gli altri, egoismo contro altruismo, quindi. Ancora: il profitto è quantità, l'etica qualità; il profitto è numerabilità e fungibilità, mentre l'etica è attenta all'individualità, alla necessità. Proviamo a riassumere in modo più ordinato e ficcante: profitto = egoismo, quantità, cioè numerabilità, fungibilità, sostituibilità. E queste cose si ottengono con una bassa formazione, una scarsa specializzazione,

che rende tutti eguali e tutti sostituibili, l'uno vale l'altro. È la chiave propria della modernità, e delle sue tirannidi: tutti eguali, industrialmente massificati con abolizione delle differenze; chi si distingue è un provocatore e un ribelle, perché nega i fondamenti della democrazia egalitaria illuminista: *one man, one vote*, il presupposto della moderna legislazione su base pretesamente rappresentativa di un tutto asseritamente omogeneo *iuris et de iure*.

L'etica valorizza le differenze, le peculiarità, i valori, i talenti, le autonomie, le comunità e richiede un'alta formazione.

Il profitto è quantità, l'etica è qualità. Più radicalmente il profitto è immediatezza, quanto l'etica è di lungo respiro. Il profitto vuole tutto subito, anzi prima ancora.

E la crisi? È il tutto subito: vendo il prosciutto prima di averlo stagionato, vendo il formaggio prima di averlo lasciato maturare, vendo il grano prima di averlo raccolto, anzi prima di averlo. Vendo prima di (cioè senza) avere il bene; specularmente compro prima di (cioè senza) avere i soldi: i derivati ed i *futures* insegnano pur qualcosa, cioè che siamo passati dall'alea di impresa alla vendita (quotata) della scommessa.

E il rimedio? È la qualità, l'investimento, la formazione, la specificità. Chi è formato, chi è capace, non è fungibile, non è facilmente sostituibile non è "rottamabile" con leggerezza, forse anche perché non è omogeneo. All'immediatezza, al vendere prima ancora di avere, alla uguale (bassa) formazione che rende tutti sostituibili, contrapponiamo l'alta formazione, la certezza, la specificità, l'utilità, la necessità, l'investimento nell'essere più che nell'avere. Alla quantità sostituiamo la qualità. Qualità che non passa mai di moda, che non va in crisi.

Si parla di far ripartire i consumi? Si predica che la ricchezza è data non dalla quantità di denaro, ma dalla velocità con cui passa di mano, dal numero degli scambi? Bene, ricordiamo allora il mito platonico di quell'uccello che mangiava solo per defecare, e tanto più mangiava tanto più andava di corpo, cosicché il filosofo si chiede - e ci chiede - se lo scopo di quell'animale fosse mangiare o produrre escrementi, ma in ogni caso - aggiungiamo - avendo già perso il gusto per il volo, se non addirittura la capacità di alzarsi, cioè la sua identità di uccello, di volatile. Parimenti noi sembriamo voler consumare solo per il gusto di produrre rifiuti. Non

cadiamo allora nuovamente nel circolo vizioso del consumare per crescere, magari questa volta al prezzo di danni irreversibili per il pianeta che ci è dato solo in usufrutto, *salva rerum substantia*.

4. - Giove a Creta. Ovvero: per una conclusione.

Possiamo trarre delle prime conclusioni: come etica non è solo domanda di giustizia, così profitto ed etica non sono antitetici, anzi, la seconda è la garanzia per il primo. Velocità, facilità, immediatezza, hanno declinato il profitto a scommessa. Ma la scommessa si fonda sul non sapere, sul non voler sapere: la forma peggiore dell'ignoranza. A ben vedere, invece, la formazione, l'infungibilità, le categorie dell'etica, sono le più sicure garanzie per un cospicuo profitto, per rimarginare le ferite di Europa, inferte dall'aquila, fin dai tempi dell'isola di Creta.

Ci dev'essere allora una primazia del diritto sull'economia, la *prudencia iuris* che orienta la mano invisibile –ma spesso armata- della concorrenza. E proprio a questo scopo - in Europa, anzi, nell'Unione Europea dai vaghi e pattizi confini - si applica con diuturno impegno la Direzione generale V, intitolata *Competition*, che si limita a stemperare le diversità nella fungibilità, tramite il grande crogiuolo del mercato, di quel mercato, un luogo ove vivono, vigono e si rinnovano le stesse fondamentali semplici regole dell'economia prima che del diritto o del diritto in quanto funzionali all'economia.

Vi è un momento, ed è questo, in cui l'Unione non dev'essere solo mercato, non dov'essere solo economia, ma – foss'anche solo per lucrare di più – deve scoprire il suo lato etico. Sicché il diritto si dimostra l'unico medio fra etica ed economia, partecipando dell'una e dell'altra. È il diritto che deve indicare lo strumento di garanzia giuridica comune ai debiti dei singoli Stati, riportando la parità delle parti, rettificando le distorsioni del mercato, che resta altrimenti basato sulla pura *Competition*, cui è intitolata la potente D.G. V., ma *Competition*, da tradursi come concorrenza, ché un povero di spirito potrebbe tradurre come competizione: forse non avrebbe torto.



23100563