

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

**SUPPLEMENTO**

**GENNAIO/MARZO**

**2021**

**[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)**

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **Casi e ipotesi di *Drittwirkung* nell'emergenza da COVID-19. Note minime su principi costituzionali e diritti fondamentali nei rapporti tra privati**

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. I rapporti interprivati (potenzialmente) interessati dall'efficacia orizzontale di principi costituzionali. – 3. Un primo (sommario) tentativo di mappatura di casi e ipotesi di efficacia orizzontale di principi costituzionali nei rapporti interprivati. – 4. Osservazioni conclusive: la pandemia come “fonte-fatto” alimenta le pretese interprivate fondate sull'applicazione diretta della Costituzione.

### *1. Introduzione*

Il tema della protezione dei diritti fondamentali nella dimensione orizzontale è rimasto finora ai margini delle ricerche della dottrina costituzionalistica sulla pandemia da COVID-19. Gli studi hanno interessato prevalentemente gli effetti delle limitazioni derivanti dalle cd. misure di contenimento del contagio nella dimensione verticale Stato-cittadino. Eppure, se è vero che le norme costituzionali sono gerarchicamente sovraordinate alle fonti inter-privatistiche, un'analisi completa di quali siano state le conseguenze della pandemia per il rapporto tra autorità e libertà richiede di prendere in considerazione anche il tema della cd. *Drittwirkung*, ossia di quell'efficacia di principi e diritti costituzionalmente garantiti nei rapporti interprivati, osservata ormai da tempo non più soltanto nell'ordinamento tedesco<sup>1</sup>. A fronte delle numerose restrizioni all'esercizio di diritti fondamentali operate non solo da poteri pubblici, il perdurare della pandemia impone di chiarire se e in quale misura le parti di un rapporto regolato dal diritto privato possano ritenersi direttamente soggette al rispetto di principi e

---

<sup>1</sup> In Germania la nozione si deve a: H-P. IPSEN, *Gleichheit*, in F.L. Neumann/H.C. Nipperdey/U. Scheuner (a cura di), *Die Grundrechte*, Vol. 2, Berlin, 1954, 143. In Italia sul tema vedasi: P. FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018; A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in V. Baldini (a cura di), *Che cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017, 126 ss.

diritti costituzionali e, in tal caso, a quali principi e diritti, in modo particolare.

Nell'ordinamento italiano – oggetto di questo breve studio – l'efficacia orizzontale delle norme costituzionali si ritiene sia generalmente mediata dalle norme codicistiche, ossia da fonti eteronome rispetto a quelle regolatrici del rapporto interprivato e, in particolar modo, da un preciso orientamento assiologico di talune clausole generali in esse contenute, tra le quali si ricordano, ad esempio, la buona fede, l'ordine pubblico, il buon costume. La concretizzazione di tali clausole generali per mezzo delle norme costituzionali ovvero attraverso la loro interpretazione costituzionalmente conforme – ad es. la clausola della buona fede letta alla luce del principio solidaristico – è forse la modalità principale con la quale la Costituzione è solita inverarsi nei rapporti governati dall'autonomia negoziale. Del resto, non è affatto infrequente registrare una significativa adesione da parte della dottrina<sup>2</sup> – e, seppur entro limiti più ristretti, anche della giurisprudenza, non da ultimo costituzionale (v. *infra*) – alla tesi dell'applicabilità immediata o diretta di norme costituzionali ai rapporti contrattuali tra privati. Questa tesi presuppone il dispiegarsi di un'ottica rimediale per la quale sarebbe sempre possibile individuare una regola adeguata al caso concreto a partire dall'interpretazione delle pertinenti fonti primarie e, in particolar modo, attraverso la funzionalizzazione di un dato principio costituzionale, in quanto tale idoneo a vincolare qualsiasi potere. Nello specifico, la “costituzionalizzazione” delle clausole generali rischia di catalizzare una forte tensione nei confronti dell'autonomia dei privati; la proclamazione della natura imperativa delle clausole generali è, infatti, idonea a trasformarle da regole di responsabilità a canoni di validità del contratto di modo che sia sempre

---

<sup>2</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in A. Buratti (a cura di), *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 201-225; M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, Vol. 2, 3 ss.; G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1967, 61 ss., il quale, tuttavia, contestava che la cd. efficacia indiretta per il tramite delle clausole generali potesse qualificarsi come un'ipotesi di *Drittwirkung*, trattandosi piuttosto di un caso di interpretazione conforme.

possibile per il giudice comune “riscrivere” le clausole contrattuali ritenute contrastanti con principi costituzionali<sup>3</sup>, specie con quello di eguaglianza e con quello solidaristico, la cui efficacia è tradizionalmente riconosciuta non solo nei rapporti verticali, ma anche nella dimensione orizzontale<sup>4</sup>. Una tale impostazione sembra essersi fatta nuovamente largo nella pandemia, nel corso della quale sono fioriti i contributi della dottrina e le sentenze dei giudici volti, pur nella varietà di sfumature, a (re)interpretare il diritto delle obbligazioni nella chiave solidaristica qui da ultimo accennata.

## *2. I rapporti interprivati (potenzialmente) interessati dall'efficacia orizzontale di principi costituzionali*

Fatta questa breve premessa introduttiva, un primo problema di ordine pratico che si pone al fine di rispondere alla domanda di ricerca è individuare i rapporti interprivati interessati da (potenziali) lesioni di principi e diritti fondamentali nella pandemia. Nel nostro ordinamento, infatti, le disposizioni limitative dell'esercizio di diritti garantiti dalla Costituzione sono state perlopiù adottate attraverso una serie di decreti-legge autorizzatori all'esercizio di poteri di ordinanza o, comunque, di atti amministrativi generali, ma a tendenziale contenuto normativo del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Giunte regionali e dei Sindaci; a loro volta, tali atti hanno rinviato la conformazione di molteplici attività a fonti atipiche, come protocolli e linee-guida, soltanto formalmente inidonee a innovare l'ordinamento.

Molte delle anzidette disposizioni hanno interessato, *rectius* ristretto l'esercizio di diritti fondamentali entro un rapporto prettamente verticale tra lo Stato e il cittadino, inteso come singolo, ma anche in quanto membro di una collettività. Altre disposizioni hanno, invece,

---

<sup>3</sup> Cfr. in senso critico G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustiziacivile.com*, Milano, 2016, 487-496.

<sup>4</sup> S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e Società*, 1996, 4 ss.; si veda anche G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Vol. 2, 1994, 372. Nega che il dovere costituzionale di solidarietà aggiunga qualcosa alla clausola civilistica: L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, Vol. 50, 1997, 1-20.

puntualmente conformato i rapporti tra privati, nel senso di anticipare, imponendo in maniera uniforme alcune delle soluzioni che sarebbe altrimenti stato difficile ottenere con tanti e diversi accordi individuali o collettivi, nella consapevolezza, cioè, che il sistema rimediale offerto dall'autonomia negoziale entro la cornice codicistica non fosse, da solo, in grado di dare risposte rapide e uniformi. Alla base di ciascuno di questi interventi normativi, si può, quindi, affermare che vi sia una concezione di giustizia rawlsiana tale per cui le istituzioni, illuminate dal prisma della solidarietà, hanno riallocato diritti e doveri dei consociati allo scopo di determinare un'equa allocazione dei costi e dei benefici della cooperazione sociale.<sup>5</sup>

Più nello specifico, le anzidette disposizioni normative hanno gravato di ulteriori vincoli taluni rapporti interprivati, alcuni dei quali già parzialmente limitati quanto ad autonomia dei contraenti – si pensi, nei mercati regolamentati, alla sospensione del pagamento delle utenze di alcuni servizi pubblici, mentre in altro ambito si pensi agli obblighi di raccolta dei dati personali dei consumatori a carico dei titolari di esercizi commerciali o ancora agli obblighi di sorveglianza posti a carico delle compagnie di trasporto o dei responsabili delle residenze adibite all'assistenza degli anziani non-autosufficienti – altri, invece, lasciati sinora perlopiù alla spontaneità delle relazioni sociali o alla libertà individuale (si pensi alla natura del tutto eccezionale delle modalità e dei requisiti di selezione della clientela per l'ingresso negli esercizi commerciali nel periodo pre-emergenziale o anche alla determinazione del numero e delle regole di condotta per i passeggeri di un mezzo privato o per le riunioni in luogo privato, fino a oggi mai oggetto di disciplina). In taluni di questi casi, può forse porsi il tema della efficacia orizzontale di norme costituzionali? Si pensi al consumatore che veda i propri dati illecitamente diffusi dall'acconciatore, al turista che si veda immotivatamente rifiutato l'accesso all'aeromobile o all'imbarcazione, al parente che non possa avere accesso in sicurezza alla residenza in cui è ospitato l'anziano non-autosufficiente, al lavoratore che non sia adeguatamente protetto dal rischio di contagio sul posto di lavoro.<sup>6</sup> In tutti questi casi, i rapporti

---

<sup>5</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2009, 26 ss.

<sup>6</sup> La questione può essere osservata anche da una diversa prospettiva, quella giuspubblicistica e in particolar modo internazionalistica, secondo cui gli Stati hanno l'obbligo di impedire la lesione dei diritti da parte di privati nei confronti di altri

non sembrerebbero meramente inter-privati o, quantomeno, non pare possa essere l'atto di autonomia privata a limitare ed eventualmente ledere un diritto fondamentale, rilevando, semmai, la mancata osservanza da parte del privato del vincolo stabilito dalla legge o da altra fonte,<sup>7</sup> questione, invero, piuttosto diversa da quella che attiene all'efficacia orizzontale di norme costituzionali. Ove anche si ritenga che gli anzidetti vincoli ledano in quanto tali, ossia a mera cagione della loro applicazione, taluni diritti fondamentali, si porrebbe più che altro la questione della legittimità costituzionale (e prima ancora, eventualmente, quella della conformità alla legge) delle disposizioni che li prevedono, ma non di un'applicazione ai rapporti tra privati di norme costituzionali. Del resto, v'è chi ritiene che, nella prospettiva equitativa cui si è fatto cenno, ove emergano problemi interpretativi intorno agli obblighi derivanti dal rapporto interprivato, i principi derivanti dalla Costituzione possano applicarsi direttamente a tale rapporto attraverso il filtro del giudice comune.

A questo proposito, dunque, occorre osservare come, nell'intricato quadro normativo emergenziale, sebbene i confini dell'autonomia negoziale sembrino essersi ritratti di fronte a una minuziosa regolamentazione pubblicistica dei rapporti interprivati, è pur sempre possibile individuare una serie di regole indeterminate o, comunque, non sufficientemente tassative, inidonee cioè a delimitare *ex ante* l'esercizio dell'autonomia privata (I) o regole che, invece, assumono esplicitamente a fondamento (anche) l'autonomia per disciplinare compiutamente i rapporti giuridici ivi sottesi (II). In questi stretti e ambigui confini del "non-regolato" dalle fonti giuspubblicistiche, uno degli effetti più evidenti della pandemia è aver consolidato una certa

---

privati. Per accenni alla questione nella crisi pandemica si veda: A. LEBRET, *Covid-19 Pandemic and Derogation to Human Rights*, in *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 7, Issue 1, January-June 2020,

<sup>7</sup> In tema di rapporti di lavoro, v. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro* n. 2/2019, 102-103, il quale sottolinea come la pubblica autorità con le proprie misure di contenimento abbia sostituito la valutazione del rischio da parte del datore di lavoro con la propria. Si tratterebbe, in sostanza, di una funzionalizzazione della garanzia datoriale all'interesse pubblico. Lo stesso autore, del resto, non nega che rimangano, tuttavia, (ampi) margini ove al datore di lavoro è fatto carico di valutare il rischio per prevenirlo.

tendenza immanente nell'ordinamento ad alimentare pretese di un contraente nei confronti della controparte per il tramite di norme costituzionali (ovvero, vista dalla prospettiva di una delle due parti, di restringere l'esercizio di diritti fondamentali anche nella dimensione orizzontale). In particolare, come si avrà modo di osservare, la tutela della salute collettiva e la solidarietà economica e sociale sembrano aver accresciuto il loro potenziale di *trump cards*<sup>8</sup> rispetto ad altri diritti fondamentali (diritto al lavoro, libertà di iniziativa economica, tutela della riservatezza, libertà di manifestazione del pensiero) non solo nel bilanciamento operato dal legislatore prima e sottoposto allo scrutinio del giudice poi, ma anche nella ponderazione degli interessi che ha luogo direttamente nell'esercizio dell'autonomia negoziale da parte dei privati. Tale esercizio di autonomia non è, invero, del tutto compromesso, ma sembra, ciononostante, dover soffrire di un'accresciuta penetrazione da parte di norme costituzionali di principio, qualora una parte del rapporto non si conformi volontariamente al rispetto di doveri costituzionali quale, ad esempio, quello di solidarietà economica e sociale. Tali principi, infatti, sono diventati suscettibili di predeterminare il bilanciamento da svolgere in concreto;<sup>9</sup> quest'ultima operazione, in teoria finalizzata a un'integrazione tra principi costituzionali, viene ora sostanzialmente inibita o pretermessa in favore di una gerarchizzazione idonea a consentire che taluni di essi possano "farsi tiranni" su altri, per usare una nota e ormai abusata espressione della Corte costituzionale (sentt. nn. 58/2018 e 85/2013)<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Rights as Trumps*, in J. Waldron (a cura di), *Theories of Rights*, Oxford, 1995, 153-167, il quale, tuttavia, inquadra i diritti, perlopiù di libertà, come "carte vincenti" nella dialettica con il potere politico.

<sup>9</sup> Parla di precomprensione: A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, 240.

<sup>10</sup> Opposte le tesi di: M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia* n. 3/2020.

### 3. *Un primo (sommario) tentativo di mappatura di casi e ipotesi di efficacia orizzontale di principi costituzionali nei rapporti interprivati*

Allo stato, non è ancora possibile procedere a una completa sistematizzazione dei rami dell'ordinamento nei quali si siano verificati significativi casi di *Drittwirkung*, ma, sulla base di una prima ricognizione del quadro normativo emergenziale, si può, comunque, non troppo impressionisticamente, cercare di individuare alcune fattispecie entro cui sia venuto o possa anche solo venire in rilievo il tema dell'efficacia orizzontale di principi costituzionali. Tale applicazione sembra aver trovato un terreno particolarmente fertile nella questione relativa al governo delle cd. sopravvenienze, ossia di quelle circostanze esorbitanti dal controllo delle parti di un rapporto contrattuale, tra le quali è stata annoverata anche la pandemia stessa, oltretutto il rispetto delle misure di contenimento da essa originate<sup>11</sup>.

La pandemia, infatti, costituisce una causa di forza maggiore rispetto alla quale il codice civile, notoriamente, offre rimedi perlopiù di natura ablativa, ma non reca alcun obbligo generale di rinegoziazione, né soluzioni alternative quali la riduzione del corrispettivo pattuito. La questione in ordine a quale parte debba sopportare il rischio della sopravvenienza è, pertanto, rimessa interamente all'autonomia negoziale. Una certa giurisprudenza del periodo dell'emergenza, tuttavia, ha individuato una via (invero per nulla nuova, specie per i contratti di lunga durata)<sup>12</sup> al fine di consentire un adattamento del contratto senza scioglimento del vincolo, che consiste nell'applicazione della clausola generale della buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. e della interpretazione del contratto secondo buona fede *ex art.* 1366 c.c. Tale clausola, infatti, se interpretata alla luce della sopravvenienza pandemica, postula un

---

<sup>11</sup> Sulla pandemia come “fatto costituzionalmente rilevante” vedasi: E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 16/2020 e ancora come “fonte-fatto”: E. FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, mayo 2020, 302.

<sup>12</sup> F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, e bibliografia ivi citata; S. MONTI, *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, in *Danno & Responsabilità* n. 5/2020, 587 ss.

obbligo delle parti di rinegoziare le condizioni del contratto originariamente pattuite, stante l'improvviso stravolgimento del loro senso economico. In particolare, va dato conto dell'ordinanza 27 agosto 2020 (R.G. n. 29683/2020), con la quale il Tribunale di Roma (Sez. VI, rel. Grauso) ha ritenuto che la clausola della buona fede oggettiva e correttezza fosse il filtro attraverso cui consentire l'applicazione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. «al fine di riportare il contratto entro i limiti dell'alea normale del contratto»<sup>13</sup>. All'obbligo di rinegoziazione pare, quindi, essere sotteso un vero e proprio obbligo avente natura costituzionale di concludere un adeguamento delle condizioni contrattuali e non soltanto di trattare<sup>14</sup>; in altre parole, la concezione prettamente sostanzialistica del dovere di solidarietà promanante dalla Costituzione sarebbe idonea a plasmare l'autonomia delle parti fino al punto di gravarle – al limite – di un vero e proprio obbligo a contrarre (pur non essendo chiari gli effetti derivanti da un eventuale inadempimento). Al riguardo, val la pena osservare come l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione, nella sua relazione n. 56/2020, abbia inequivocabilmente ritenuto che la parte che per inadempimento dell'altra non ottiene il contratto modificativo, cui ha diritto, può chiedere al giudice che lo costituisca addirittura con sua sentenza *ex art. 2932 c.c.*; e ciò perché «il dovere di correttezza viene considerato alla stregua di limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva (attiva o passiva) contrattualmente attribuita [...] per modo che l'ossequio alla legalità

---

<sup>13</sup> Prima di esso era stato il Tribunale di Milano (ordinanza 8 aprile 2020, n. 2319) a evocare l'art. 1375 c.c. come fonte di obblighi autonomi e strumentali alla corretta esecuzione dell'accordo negoziale. In proposito si vedano: F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, n. 3/2020, Editoriale del 17 marzo 2020; U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, n. 5/2020; G. FEDERICO, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *Questione Giustizia*, 9 aprile 2020; R. NATOLI, *Covid-19 e la sorte dei contratti di locazione commerciale durante e dopo il lockdown*, in *Giustizia Insieme*, 30 settembre 2020; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (al tempo del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, n. 6/2020. Critico rispetto a una soluzione fondata sull'obbligo di rinegoziazione è invece: N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da Covid-19 sui contratti*, in *Rivista di diritto bancario*, Anno 2020 - fascicolo IV, 671-672.

<sup>14</sup> Così tra gli altri: E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, 111-112.

formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375) [...]».

In un futuro prossimo, poi, tale obbligo di rinegoziazione potrebbe persino avere esplicito fondamento normativo, visto il disegno di legge recante “delega al Governo per la revisione del codice civile” (DDL Senato 1151/2019) attualmente giacente in Parlamento, che prevede che il nuovo rimedio operi sia estendendo a ogni ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta la possibilità di pretendere la rinegoziazione del contratto secondo buona fede, sia consentendo che, in caso di mancato accordo, divenga possibile chiedere al giudice l'adeguamento delle condizioni contrattuali. Stando alla relazione introduttiva, si tratterebbe di una previsione in linea con la clausola di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., disposizione letta anche alla luce di quella giurisprudenza della Corte costituzionale sulla riduzione della caparra confirmatoria eccessiva (art. 1385, co. 2 c.c.), in base alla quale il principio fondamentale entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa (Corte costituzionale, ord. 77/2014 e sent. n. 248/2013)<sup>15</sup>. Se così fosse, tuttavia, non ci sarebbe bisogno di una disciplina generale dell'obbligo di rinegoziazione, potendo quest'ultimo innervare già sin d'ora in via interpretativa qualsiasi fattispecie contrattuale<sup>16</sup>.

Accanto all'ipotesi di un obbligo di rinegoziazione, che, come si è visto, si adatta perfettamente alla logica *top-down* dell'applicazione diretta del dovere di solidarietà economica e sociale ai rapporti tra privati, una parte della giurisprudenza ha, invece, trattato la pandemia

---

<sup>15</sup> Sulle quali si veda: G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *i Contratti* n. 10/2014, 927-937; E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Il Foro.it*, n.7-8/2014, 2036-2039.

<sup>16</sup> Scettico sull'obbligo di rinegoziazione anche sotto il profilo delle sue ricadute solidaristiche è: D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020, Emergenza Covid-19 - Speciale n. 2, 7 ss.; analoghe le considerazioni di: A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziavivile.com* n. 4/2020, 29 aprile 2020.

ovvero l'osservanza delle misure di contenimento da essa originate, come cause di impossibilità sopravvenuta parziale e temporanea (*ex artt. 1256 e 1464 c.c.*), idonea a spingere le parti a ridefinire l'accordo su base volontaria, secondo uno schema solidaristico che non prescinde però dalla libertà (di contrarre)<sup>17</sup>. Solo parzialmente in quest'ottica si colloca l'art. 216 del d.l. n. 34/2020 (cd. Rilancio), così come convertito in legge n. 77/2020, che, con riguardo ai contratti di locazione di locali adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati, ha esplicitamente riconosciuto al conduttore la possibilità di ottenere una riduzione del corrispettivo. In particolare, il comma 3 ha previsto che la sospensione delle attività sportive sia sempre valutata quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati e che, pertanto, il conduttore abbia diritto (limitatamente alle cinque mensilità dovute da marzo a luglio 2020) a una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva diversa pattuizione, si presume pari al cinquanta per cento del canone stabilito.

A differenza di tutti gli altri contratti in materia locatizia, dunque, il legislatore ha ritenuto di dover intervenire nei soli rapporti contrattuali aventi ad oggetto impianti sportivi e, peraltro, con una misura avente un'efficacia coincidente con lo stato di emergenza, così come inizialmente dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, ossia fino a luglio 2020 compreso, senza ulteriori proroghe per il periodo successivo. L'intervento dà, in effetti, attuazione in via legislativa all'art. 2 Cost., senza tuttavia introdurre formule ambigue dagli effetti imprevedibili come quelli derivanti da un eventuale obbligo di rinegoziazione, ma limitandosi a stabilire in via presuntiva la misura della riduzione del canone oggetto di trattativa. Per quanto l'interferenza nell'autonomia contrattuale sia modesta, l'intervento del legislatore ha dato immediata concretezza al principio solidaristico soltanto per alcune particolari categorie di locazioni commerciali, lasciando, invece, per tutte le altre, alla libertà delle parti la scelta di

---

<sup>17</sup> Così in materia di contratti di locazione e di affitto tra le tante pronunce si segnalano: Trib. Roma, Sez. V, 29 maggio 2020; Trib. Roma, Sez. V, 25 luglio 2020; Trib. Udine 8 giugno 2020; Trib. Venezia 28 luglio 2020, citate con considerazioni adesive da: E. TUCCARI, *La pandemia da Covid-19 e La revisione del canone nei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda fra (poche) luci e (molte) ombre*, in questo fascicolo.

disporre in termini analoghi. Vero è che l'art. 91, co. 1 del d.l. n. 18/2020 (che ha inserito il comma 6-*bis* all'art. 3 del d.l. n. 6/2020), ove stabilisce che il rispetto delle misure di contenimento sia sempre da valutarsi ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore, consente una riduzione del canone di locazione per impossibilità parziale e temporanea della prestazione ai sensi degli anzidetti artt. 1256 e 1464 c.c., ma si tratta pur sempre di una via non automatica che richiede quantomeno un previo accertamento della riduzione<sup>18</sup> e che coesiste, del resto, con quelle agevolazioni tributarie ispirate dall'opposto principio normativo dell'integrale versamento del canone. Ciò induce, pertanto, a concludere che l'intervento legislativo richiamato sia di dubbia legittimità costituzionale sotto il profilo della conformità all'art. 3 Cost., da un lato poiché finisce per disciplinare in maniera diversa situazioni eguali, senza che sia in alcun modo apprezzabile la ragionevolezza di tale disparità di trattamento, dall'altro perché incoerente (e quindi irrazionale) rispetto al suaccennato principio generale di versamento integrale dei canoni. A ciò si aggiunga, sempre sotto il profilo della ragionevolezza, anche la limitata efficacia temporale della riduzione, come detto circoscritta alle mensilità da marzo a luglio, benché lo stato di emergenza sia poi stato prorogato in altre due occasioni con ulteriori riflessi negativi sui conduttori di locali adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi. Per altro verso, occorre osservare come la funzione solidaristica del contratto sia stata ancora implementata con la doppia proroga (fino al 30 giugno 2021) della sospensione dei provvedimenti di rilascio degli immobili (non solo di quelli ad uso abitativo, ma anche di quelli adibiti a uso commerciale), come del resto rilevato anche da alcune pronunce di giudici comuni che hanno qualificato come contraria all'art. 2 Cost. una notifica dell'atto di intimazione di sfratto nel corso della pandemia, la quale costituirebbe un "grave motivo" ostativo all'adozione di ordinanza di rilascio ai sensi dell'art. 665 c.p.c.<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno & Responsabilità* n. 6/2020, 707.

<sup>19</sup> Tribunale di Venezia, sez. I (rel. Zeminian), ord. 30 settembre 2020, ove la morosità riguardava in parte gli episodi di alta marea avvenuti a novembre 2019; Tribunale di Catania, sez. V (rel. Codecasa), ord. 30 luglio 2020. *Contra* di recente: Tribunale di Roma, sez. VI, ord. 16 dicembre 2020, che ha, invece disposto il rilascio

Nell'ambito dei contratti relativi a titolo di viaggio e pacchetti turistici, ai contratti di soggiorno e ai contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, sembra più difficile possa darsi luogo all'applicazione del dovere costituzionale di solidarietà economica e sociale per il tramite di clausole generali. A questo proposito, vale la pena rammentare che il legislatore ha ritenuto di dover ricondurre all'impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art. 1463 c.c.* tutta una serie di ipotesi derivanti dall'applicazione di provvedimenti restrittivi o interdittivi, ma in relazione soltanto alle tipologie contrattuali sopra elencate, quasi che la pandemia costituisse una sopravvenienza solo per alcuni e non per altri tipi di contratti. Al di là del problema sistematico, che dà però nuovamente la misura di una "solidarietà irragionevole", poiché riconosciuta "a macchia di leopardo"<sup>20</sup>, uno dei problemi principali riscontrati nella disciplina emergenziale sui pacchetti turistici ha riguardato le previsioni in tema di *voucher* o buono sostitutivo obbligatorio di cui all'art. 88-*bis* introdotto dalla legge n. 27/2020 di conversione del d.l. n. 18/2020. Il buono sostitutivo obbligatorio, che il vettore o l'organizzatore avrebbe potuto imporre al consumatore, oltre a derogare alle norme codicistiche (art. 1197 c.c.), ha determinato una palese violazione della normativa europea in materia di contratti di trasporto e di turismo e, in particolare, della direttiva 2015/2302/UE. Prima che il legislatore intervenisse per modificare l'art. 88-*bis* nel senso di prescrivere l'obbligo di rimborsare i *voucher* alla scadenza dei 18 mesi di validità e, in particolare, limitatamente ai contratti di trasporto, di autorizzare la conversione del buono in un rimborso monetario già a 12 mesi dalla sua emissione (nuovi co. 11, 12, 12-*bis* d.l. n. 18/2020, come modificati e/o introdotti dalla legge n. 77/2020), si sarebbe forse potuto porre il tema dell'applicazione di principi costituzionali nei rapporti contrattuali *de quibus*. Benché l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

dell'immobile atteso che l'emergenza di per sé non costituisca una ragione ostativa, non avendo il ricorrente impugnato i provvedimenti adottati dal Governo per farvi fronte. Cfr. G. TROPEA, *La pandemia, i DPCM e il giudice "untorello"* (breve nota a Trib. Roma, sez. VI, ord. 16 dicembre 2020), in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 30 dicembre 2020.

<sup>20</sup> Così anche: V. CORONA, *Il contratto di pacchetto turistico*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, Special Issue, 2020, 398. Sulla solidarietà a senso unico di certe soluzioni (anche giurisprudenziali) cfr. anche A. GENTILI, *op. cit.*, 7.

(AGCM) avesse escluso una lettura o interpretazione costituzionalmente conforme, non lasciando altra via rispetto a quella della disapplicazione del diritto interno incompatibile con quello UE, va detto che, nelle more dell'intervento correttivo del legislatore, in maniera certo non priva di arditezza, si sarebbe forse potuto ragionare dell'inderogabilità della clausola generale di cui all'art. 41, co. 4 del Codice del turismo in quanto recante concretizzazione dei principi costituzionali di solidarietà verso la parte debole del rapporto contrattuale (il turista-consumatore), come tali idonei a superare in via immediata lo squilibrio determinato dall'anzidetta disposizione derogatoria. Per altro verso, stante l'approvazione della novella emendativa, difficilmente si giustifica la disparità di trattamento recata dalla previsione dell'art. 88 dell'anzidetto decreto-legge, che ancora oggi consente agli organizzatori di spettacoli ed eventi sportivi, in luogo del rimborso del prezzo, di emettere soltanto un *voucher*. Come si è evidenziato, le esigenze della solidarietà, oltreché della ragionevolezza di fronte a casi analoghi di impossibilità sopravvenuta legislativamente tipizzata, richiederebbero, infatti, trattamenti equipollenti e non ingiustificatamente differenziati. Del resto, però, va osservato come il diritto potestativo riconosciuto in capo al debitore della prestazione si giustifica a sua volta sulla base della necessità di assicurare gli inderogabili doveri di solidarietà economica e sociale nei confronti di categorie pesantemente colpite dalla crisi economica scatenata dalla pandemia<sup>21</sup>. Come si vede, il “governo della solidarietà” non è un fenomeno inquadrabile da un'unica prospettiva, potendo, in realtà, qualificarsi come bisognose di solidarietà economica e sociale, ossia “deboli”, entrambe le parti di un rapporto contrattuale. Il legislatore ha cercato di ripartire i rischi *ex ante* in maniera equa tra i contraenti, senza però annullare del tutto il potenziale pretensivo di diritti fondamentali insito nella sopravvenienza pandemica, tanto che sia il debitore, sia il creditore dei contratti in parola sembrano in grado di fondare sulla tutela della salute e sui doveri di solidarietà le proprie pretese.

Anche nella materia lavoristica, gli interventi legislativi emergenziali hanno alterato l'ordinario atteggiarsi dei rapporti tra

---

<sup>21</sup> Sul punto si veda infatti la lettura di: C. CRISCIONE, *Natura giuridica e vicende del voucher introdotto dalla decretazione d'urgenza*, in *www.diritto.it*, 31 marzo 2020.

datore di lavoro e lavoratore, alimentando pretese costituzionalmente fondate sul bene della salute dell'uno verso l'altro. In particolare, occorre osservare come, in una prima fase dell'emergenza epidemiologica, le incomprensioni circa le conseguenze della qualifica del contagio da coronavirus come infortunio sul lavoro indennizzabile dall'INAIL (art. 42, co. 2 d.l. n. 18/2020) e, soprattutto, la relativa incertezza scientifica circa le corrette modalità per assicurare la massima sicurezza tecnologicamente possibile sul luogo di lavoro abbiano rischiato di dare la stura a una serie di azioni di responsabilità in sede civile e penale da parte dei lavoratori nei confronti dei datori di lavoro.<sup>22</sup> Proprio per ovviare a tale rischio, l'art. 29-bis d.l. n. 23/2020 ha previsto che l'obbligo del datore di lavoro di adottare tutte le misure volte a garantire l'integrità fisica dei prestatori di lavoro di cui all'art. 2087 c.c. ai fini della prevenzione del contagio da COVID-19 dovesse ritenersi adempiuto ove il datore di lavoro avesse rispettato i Protocolli di sicurezza anti-contagio condivisi dal Governo e sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali.<sup>23</sup> La ponderazione di interessi costituzionalmente rilevanti sembrava così essere stata interamente demandata a fonti atipiche, frutto di un esercizio di autonomia negoziale tra le parti sociali ex art. 39 Cost. In realtà, lungi dall'essere idonee a stabilire regole univoche ed esaurire così la portata della clausola aperta di cui all'art. 2087 c.c., tali fonti atipiche hanno individuato una serie di prescrizioni sufficientemente elastiche da richiedere adattamenti e integrazioni a seconda dell'assetto organizzativo di ciascun sito produttivo<sup>24</sup>. In questo modo, la funzione dinamica dell'art. 2087 c.c. non solo è rimasta preservata, ma è stata

---

<sup>22</sup> Benché la dottrina avesse sottolineato come i profili assicurativi andassero distinti da quelli inerenti alla responsabilità civile e penale. Cfr. G. CORSALINI, *L'INAIL e il Covid-19*, in *Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2/2020, 365-374.

<sup>23</sup> Così ad esempio: M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, in *Riv. it. dir. lav.* n. 2/2020, il quale, tuttavia, ammette che entro un «puntuale e delimitato perimetro» l'art. 2087 c.c. conservi la propria *vis* espansiva.

<sup>24</sup> R. RAINONE, *La tutela della salute e della sicurezza nella contrattazione collettiva dell'emergenza*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Diritto della Sicurezza Sociale*, 338-339. Sul ricorso a strumenti normativi flessibili nel corso della pandemia si veda: V. DESANTIS, *Covid-19: il dialogo di hard e soft law e le trasformazioni della normazione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, numero speciale n. 2/2020, 107 ss.

anche rafforzata dall'obbligo di sicurezza straordinario, che impone un novero di cautele ulteriori da coordinare con quelle del regime ordinario, senza peraltro escludere che ve ne possano essere anche di atipiche e innominate. In questo contesto, nel quale il datore di lavoro è gravato di uno sforzo di diligenza specifico non certo modesto, i margini per un'applicazione orizzontale di principi e diritti fondamentali derivanti dalla Costituzione, specie della garanzia della tutela della salute, attraverso il filtro della norma codicistica di cui all'art. 2087 c.c. debbono ritenersi accresciuti. In particolare, occorre osservare che, dinanzi a fattispecie legali indeterminate e ad antinomie tra le norme recanti il regime di prevenzione e sicurezza, il datore di lavoro è sempre più spesso chiamato a operare direttamente un bilanciamento tra interessi costituzionali meritevoli di tutela e, in particolare, tra il diritto al lavoro (e il diritto alla riservatezza sul luogo di lavoro), da un lato, e il diritto alla salute, dall'altro. Ciò, a sua volta, reca in sé un inevitabile aumento del contenzioso - o a seguito di un'azione sindacale dovuta a demansionamento ovvero licenziamento illegittimo o ancora per mancata predisposizione di un ambiente salubre da parte del datore di lavoro.

Si pensi, ad esempio, alla scelta di ricorrere allo *smart-working*, la quale, inopinatamente utilizzata ai fini della prevenzione della diffusione del contagio, in deroga all'art. 18 della legge n. 81/2017, può ora essere unilateralmente imposta dal datore di lavoro senza previo accordo con il lavoratore, «qualora sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa» (d.l. n. 77/2020), ossia quando questa possa essere svolta a distanza. Per verificare se la presenza del lavoratore sia idonea a creare rischi per la salute e per la sicurezza degli altri dipendenti sul luogo di lavoro, il datore di lavoro dovrà dotarsi di poteri di accertamento che possono risultare problematici sotto il profilo del rispetto degli obblighi di riservatezza sanciti da fonti primarie, anche di derivazione unionale. Al riguardo, il Garante per la protezione dei dati personali, nell'offrire la propria interpretazione dei Protocolli, ha precisato che, a fini di prevenzione del contagio, il datore di lavoro non può in ogni caso richiedere autonomamente ai propri dipendenti di svolgere test sierologici o test molecolari (RT-PCR), potendo tali strumenti diagnostici essere prescritti solo su richiesta delle Autorità sanitarie. Il conflitto tra gli anzidetti principi di matrice costituzionale emerge, poi, plasticamente con riguardo all'applicazione

di altre cautele che presuppongono il trattamento di dati personali,<sup>25</sup> tra cui, ad esempio, la rilevazione della temperatura corporea all'ingresso del sito produttivo, nonché l'obbligo per la società di collaborare con le autorità sanitarie per il tracciamento dei contatti stretti dei lavoratori risultati positivi (se del caso, utilizzando tecnologie digitali), a cui può far seguito, anche solo in via cautelativa, la sospensione dal lavoro; sospensione dal lavoro la cui imposizione rientra nella discrezione del datore di lavoro per i cd. contatti stretti di un lavoratore in isolamento.

Considerato che l'art. 2087 c.c. grava il datore di lavoro dell'obbligo di adottare tutte le misure volte a tutelare l'integrità fisica del lavoratore – e quindi di coordinare le cautele tipizzate del d.lgs. n. 81/2008 con quelle derivanti dalle fonti atipiche emergenziali sulla base di un criterio di diligenza specifica che comporta l'adozione di comportamenti non necessariamente dettati dalla legge, ma da conoscenze sperimentali e tecniche e dagli “standards” di sicurezza normalmente osservati (Cass. n. 8911/2019; 4084/2018; n. 27964/2018; n. 10319/2017) – la *prevenzione* del datore di lavoro si trasforma in un'attività prevalentemente ispirata al principio di *precauzione* e quindi votata alla limitazione di rischi ipotetici. In particolare, egli sarà spinto a svolgere la propria valutazione del rischio conducendo un “bilanciamento ineguale”, così da prediligere qualsiasi tipo di cautela idonea alla tutela della salute del lavoratore sul luogo di lavoro (ma non necessariamente al di fuori di esso, considerato che il ricorso al lavoro agile non può *tout court* considerarsi garanzia di prevenzione del contagio) rispetto alla garanzia di altri diritti costituzionali del lavoratore, tra i quali, in particolare, quelli alla riservatezza, al lavoro e

---

<sup>25</sup> In proposito: E. DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Giustiziacivile.com* n. 3/2020, 17 marzo 2020; secondo P. TULLINI, *op. cit.*, 346, tale conflitto risulterebbe ormai superato. Sui rapporti tra sistema di prevenzione ordinario e straordinario e tra Protocolli e d.lgs. n. 81/2008 si veda: P. PASCUCI, *op. cit.*, 113. Cfr. anche S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Diritto della Sicurezza Sociale* n. 2/2020, per i quali, invece, i Protocolli non porrebbero particolari problemi di compatibilità con fonti di rango primario. Per P. TULLINI, *op. cit.*, 343, e L. CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da Covid 19 e disciplina ordinaria*, in *Giust. civ. comm.* n. 4/2020, 7, i Protocolli rappresenterebbero una specificazione dell'obbligo di sicurezza di cui al d.lgs. n. 81/2008.

alla libertà personale<sup>26</sup>; d'altro canto, ove il datore di lavoro ritenga di non poter adottare una serie di cautele proprio in ragione dell'affievolimento degli anzidetti diritti, potrebbe pur sempre essere il lavoratore stesso a rivendicare la priorità della tutela della salute e rifiutarsi di eseguire la prestazione (art. 44 d.lgs. n. 81/2008). A prescindere dalla prospettiva assunta – che sia quella del lavoratore o del datore di lavoro – la “fonte-fatto pandemia” ripropone il tema dei diritti come “tiranni” anche nei rapporti di lavoro subordinato, visto che, di fronte al rapido evolvere delle conoscenze sperimentali e tecniche, l'ordinamento finisce per gravare direttamente le parti del rapporto interprivato del bilanciamento tra beni costituzionali, assecondando implicitamente un aumento del contenzioso<sup>27</sup>.

Da ultimo, occorre segnalare che, nell'ambito del diritto dell'informazione e dei media, la pandemia ha accelerato la trasformazione degli *hosting provider* e, in particolar modo, dei *social network* in *digital utilities* con un regime di responsabilità che evolve progressivamente da quello ormai sorpassato della direttiva 2000/31/CE verso quello para-editoriale.<sup>28</sup> Tale fenomeno si coglie, innanzitutto, a partire dalla riorganizzazione dei meccanismi di condivisione di notizie riguardanti la diffusione della malattia. *Facebook*, in particolare, ha messo in risalto il neonato Centro informativo COVID-19 con una selezione certificata di informazioni ritenute affidabili, in quanto provenienti dalle autorità pubbliche nazionali, ha inserito *pop-up* educativi, aumentando la collaborazione

---

<sup>26</sup> S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *op. cit.*, 379, Sulle responsabilità derivanti da tali obblighi datoriali si veda: L.M. PELUSI, *Tutela della salute dei lavoratori e Covid-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Diritto sulla sicurezza del lavoro*, n. 2/2019. Cfr. P. TULLINI, *op. cit.*, 345, sulla necessità di un intervento legislativo che chiarisca i profili di responsabilità. Cfr. anche le considerazioni più ampie di A. INGRAO, *Obbligo di sicurezza e diritto alla privacy nel rapporto di lavoro ai tempi del Covid-19*, in questo fascicolo.

<sup>27</sup> Mentre ovviamente dovrebbe essere quella governativa, *rectius* parlamentare, la sede idonea alla individuazione della cosiddetta legge di copertura scientifica utile per declinare le misure di sicurezza. È quella la sede ove prende forma, sulla base di esperienza e tecnica, il contenuto dell'obbligo di protezione. Così M. MARAZZA, *op. cit.*, 279-280.

<sup>28</sup> Cfr. O. POLLICINO, *Una nuova applicazione mobile per Giustizia insieme fa riflettere su distonie e utopie del rapporto tra tecnologia e società*, in *Giustizia insieme*, 18 aprile 2020.

con organizzazioni di *fact-checking* e ha cancellato gruppi di persone che intendono aggregarsi per violare le misure di contenimento, ma (almeno nel nostro ordinamento) non ha ancora previamente etichettato come “inattendibili” alcuni status, anche dal chiaro contenuto politico, recanti informazioni discutibili sull’evoluzione della pandemia. Il ruolo crescente dei *social network* nella lotta alla disinformazione non è, del resto, una novità, ma l’emergenza in corso sembra aver accelerato l’affermazione di un modello (prefigurato dalla proposta di regolamento UE per un *Digital Services Act*)<sup>29</sup> nel quale i prestatori di servizi dovranno svolgere un ruolo proattivo nella moderazione dei contenuti veicolati dagli utenti e rendere conto del funzionamento degli algoritmi ad essa deputati. Un tale sviluppo del modello di *business* prelude a nuovi vincoli alla libertà di espressione nella dimensione orizzontale, specie nella forma di selezione e cancellazione di contenuti e/o alla sospensione di profili ritenuti falsi o non affidabili. L’applicazione orizzontale di principi e diritti fondamentali si avrebbe in questo caso sia nel senso che sui prestatori di servizi graverà un dovere di vigilare sulla diffusione di una corretta informazione,<sup>30</sup> ma anche nel senso che gli utenti potranno legittimamente rivendicare la lesione del proprio diritto a essere correttamente informati nei confronti degli ISP che non facciano un uso neutrale e trasparente del proprio filtro algoritmico.

#### *4. Osservazioni conclusive: la pandemia come “fonte-fatto” alimenta le pretese interprivate fondate sull’applicazione diretta della Costituzione*

I rapporti interpretati a partire dai quali è stato possibile ipotizzare una proiezione orizzontale di principi e diritti fondamentali nella pandemia da COVID-19 segnalano il consolidarsi di alcune linee di tendenza già immanenti nel nostro sistema ordinamentale prima che la pandemia scoppiasse. In ciascuno degli ambiti esaminati e, più nello specifico, nel diritto delle obbligazioni, la tensione tra potere privato e forza di irradiazione dei diritti costituzionalmente garantiti era, infatti,

---

<sup>29</sup> Cfr. O. POLLICINO, G. DI GREGORIO, M. BASSINI, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive*, in [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu), 23 novembre 2020.

<sup>30</sup> Cfr. G. MAGRÌ, *Diritto di informazione e dovere di verità al tempo di Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 26 marzo 2020.

ben presente da tempo. La “fonte-fatto pandemia”, così come le fonti-atto di contrasto alla diffusione del contagio, hanno esacerbato tale stato di tensione.

Accanto a regole dettagliate e puntuali che procedono *ex ante* a redistribuire il rischio tra i contraenti, il quadro normativo emergenziale è, infatti, ricco di regole assai duttili, più simili a principi, che, nello “scambio di pretese”<sup>31</sup> che presiede ai rapporti interprivati, sembrano poter essere riempite di senso *ex post* (anche) attraverso un rinvio diretto alle norme costituzionali. Tale quadro, quindi, ha determinato il proliferare delle reciproche pretese interprivate – del debitore verso il creditore, ma anche del creditore verso il debitore – sulla base di una concezione estremamente pervasiva del diritto alla salute e/o della solidarietà economica e sociale (cfr. del resto già: Corte costituzionale, ordinanza n. 88/1979). In particolare, qualificare il rispetto delle misure di contenimento come un evento sempre valutato ai fini dell’esclusione della responsabilità del debitore (art. 91 d.l. n. 18/2020, che ha introdotto l’art. 3 co. 6-*bis* al d.l. n. 6/2020) significa consentire a una parte di far valere nei confronti dell’altra una determinata condotta, necessaria per il rispetto di norme anti-contagio, in una prospettiva temporalmente indefinita, che, salva diversa pattuizione tra le parti, trasla il rischio in maniera univoca sul creditore<sup>32</sup>. In questo modo, l’effetto inintenzionale di una norma “solidale” pensata per liberare i debitori al verificarsi di circostanze straordinarie – ma che in un domani continuerà a liberarli di fronte a circostanze fattesi *medio tempore* ordinarie – diventa un ostacolo all’assunzione di rischi da parte di chi esercita la propria libertà di iniziativa economica attraverso il contratto

---

<sup>31</sup> Il riferimento è qui alle teorie di: B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004.

<sup>32</sup> A maggior ragione considerato il fatto che è discusso se, al ricorrere dell’impossibilità sopravvenuta tipizzata dal legislatore, al creditore sia o meno preclusa l’*exceptio inadempti contractus*. Si vedano le posizioni di: A.M. BENEDETTI, *Il “rapporto” obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 3 aprile 2020 e G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020. Cfr. sul punto anche: S. THOBANI, *Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari*, in questo fascicolo.

ex art. 41 Cost. e promuove, a sua volta da parte di questi, richieste di solidarietà.<sup>33</sup>

In proposito, avuto riguardo a un contesto più specifico, relativo all'accesso agli spettacoli e ai musei per i quali si sono acquistati biglietti, nonché alle prestazioni dovute dalle strutture ricettive, l'adozione di norme speciali che riconducono l'impossibilità sopravvenuta (totale o parziale, definitiva o temporanea) della prestazione non già al solo rispetto delle misure anti-contagio, ma genericamente anche «agli effetti derivanti dalla pandemia» o «all'emergenza epidemiologica» (art. 88, co. 1 e art. 88-bis co. 5, d.l. n. 18/2020) pare in grado di ampliare a dismisura le ipotesi di impossibilità sopravvenuta di cui alla nozione codicistica<sup>34</sup>, offrendo così al creditore uno strumento aggiuntivo – se del caso anche ad emergenza formalmente esaurita (ossia oltre il termine legislativamente individuato) – per stabilire condizioni che in circostanze normali non avrebbe potuto pretendere. Al limite, qualsiasi aspetto idoneo a incidere sull'esecuzione o sull'utilizzazione della prestazione potrà essere ricondotto agli effetti negativi della pandemia sulla salute o sulla situazione economica di una parte e innescare, quindi, un dovere di solidarietà tale da esonerare il debitore da responsabilità risarcitoria o il creditore da obblighi di restituzione<sup>35</sup>. Peraltro, ove anche non fosse invocabile l'impossibilità sopravvenuta, potrebbe pur sempre venire in rilievo la suaccennata affermazione di un obbligo di rinegoziazione del

---

<sup>33</sup> Esemplare a questo proposito è l'ordinanza del 21 gennaio 2021, n. 496 con la quale il Tribunale ordinario di Trento ha stabilito che non fosse illegittimo il licenziamento per giusta causa della lavoratrice che si era astenuta dal lavoro per ottemperare all'obbligo di isolamento fiduciario conseguente all'esercizio del proprio diritto alle ferie. Mentre la lavoratrice invocava la necessità di adempiere un obbligo normativamente previsto, il datore di lavoro vedeva riconosciute le proprie ragioni sulla base di una lettura solidaristica dell'esercizio di diritti costituzionali, ossia atteso che «il soddisfacimento delle esigenze di sanità pubblica, sottese alla necessità di contrastare la pandemia» deve comportare «il sacrificio di numerosi diritti della personalità, in particolare di libertà civile, anche tutelati a livello costituzionale».

<sup>34</sup> Così del resto anche: A.A. DOLMETTA, *Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 11 aprile 2020, che la definisce come una disposizione «ventaglio aperto».

<sup>35</sup> In dottrina, del resto, c'è chi ha ipotizzato una sospensione dei contratti anche a prescindere dal fatto che la prestazione sia resa impossibile dal rispetto delle misure di contenimento, ma in sostanza sulla base di un'applicazione del principio di precauzione in materia sanitaria. Cfr. D. MAFFEIS, *op. cit.*, 8 ss.

contratto, di talché gli effetti dell'emergenza sembrano in ogni caso idonei ad accelerare il processo di superamento dei tradizionali rimedi codicistici per il tramite dell'applicazione in via interpretativa dei principi costituzionali<sup>36</sup>.

Mentre per il diritto prodotto dall'autonomia privata si pongono problemi seri di effettività, per il costituzionalista si apre anche la questione contigua dell'applicabilità diretta degli anzidetti principi derivanti dalla Costituzione, oltreché da fonti sovranazionali, da parte dei giudici comuni; tale applicabilità, in taluni casi, specie quando le norme appaiono indeterminate, come lo sono innanzitutto ove rinviino a clausole generali, è idonea ad aumentarne il potere di produzione normativa in un momento in cui la Corte costituzionale sembra, invece, tenacemente impegnata a limitare la diffusione del giudizio costituzionale<sup>37</sup>.

Se un tale schema di redistribuzione di costi e benefici attraverso l'adattamento della cooperazione sociale per via giurisdizionale e non solo legislativa sia destinato a riproporsi anche al ricorrere di nuove e future emergenze (o pandemie) si vedrà negli anni a venire. Allo stato, non è irragionevole pensare che pretese di applicazione di principi costituzionali nei rapporti interprivati possano affermarsi con maggiore frequenza non solo per via di un protrarsi a tempo indefinito della pandemia, ma anche in un momento successivo alla sua accertata fine, ove prevalesse un indirizzo politico complessivamente dominato dal principio di precauzione<sup>38</sup>. In particolare, in concomitanza con la somministrazione dei primi vaccini anti-COVID-19 e in assenza di un obbligo vaccinale legislativamente fondato, il dibattito pubblico si sta spostando sulla legittimità di misure limitative di diritti fondamentali da parte di privati nei confronti delle controparti che rivendichino la libertà di non sottoporsi alla vaccinazione. Ci si domanda, cioè, se un determinato rapporto contrattuale – specie se di lavoro<sup>39</sup> – possa essere

---

<sup>36</sup> Così: R. SENIGAGLIA, "Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, 476-477.

<sup>37</sup> Si veda: N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.* n. 4/2019, 912 ss.

<sup>38</sup> Così ancora: R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 471-472 e 476.

<sup>39</sup> Al proposito si vedano i primi contributi del dibattito: P. ICHINO, *L'obbligo di vaccinarsi può nascere dal contratto*, in *www.lavoce.info*, 31 dicembre 2020, G.

condizionato alla somministrazione del vaccino. Al proposito, val la pena sottolineare che, in assenza di specifica disposizione legislativa ovvero di apposite integrazioni ai menzionati Protocolli anti-contagio, è problematico sotto il profilo del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 32, co. 2 Cost. ipotizzare soluzioni spontanee o interpretate fondate sull'applicazione di clausole generali (si pensi al menzionato art. 2087 c.c. nei rapporti di lavoro o, anche, all'art. 187 del Regolamento per l'esecuzione del T.U.L.P.S. che, in via eccezionale, autorizza gli esercenti a rifiutare la prestazione in presenza di un "legittimo motivo")<sup>40</sup>.

La presenza di cautele diverse dalla vaccinazione – tra le quali si annoverano le misure di contenimento sin qui adottate ai fini della conclusione di diversi tipi di contratto – dovrebbe pur sempre consentire, nell'ottica del rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, di ricorrere a misure anti-contagio altrettanto idonee, ma meno invasive di un cd. passaporto d'immunità, la cui scelta (da parte del datore di lavoro, della compagnia di trasporto, dell'esercente un'attività commerciale ecc.) andrà soppesata a seconda del caso di specie.

---

FAVA, *Covid-19, chi rifiuta di vaccinarsi può essere licenziato?*, in *Formiche news*, 1° gennaio 2021; V. AZZOLLINI, *E' possibile obbligare il lavoratore a vaccinarsi?*, in *Domani Giornale*, 2 gennaio 2021; G. FALASCA, *Chi non si vaccina può finire in aspettativa senza retribuzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 gennaio 2021.

<sup>40</sup> Cfr. G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *Covid-19 e obbligo giuridico di vaccinazione per il dipendente*, in *Salus Adapt Working Paper* n. 1/2021, 13, i quali ritengono che nei rapporti di lavoro non sarebbe necessario che intervenisse il legislatore; basterebbe, infatti, un intervento delle parti sociali che, modificando l'anzidetto Protocollo, renderebbero l'obbligo operativo *ex lege* per mezzo del rinvio operato dall'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020.