

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista

di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

GENNAIO/MARZO

2021

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 ABBIA 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

Il Presente Fascicolo Raccoglie gli Atti del Convegno

UNA VISIONE POLIPROSPETTICA
SULL'EMERGENZA DA CORONAVIRUS NEI
RAPPORTI PRIVATI

Tenutosi online il giorno 8 ottobre 2020

I contributi oggetto del presente fascicolo, approvati dal Comitato di Direzione della Rivista di Diritto Bancario, non sono stati sottoposti a referaggio in quanto Atti del Convegno

SOMMARIO

ROBERTO NATOLI, “Una visione poliprospektica sull’emergenza da coronavirus nei rapporti tra privati”: note introduttive	1
FILIPPO CASINI, Crisi pandemica, crisi simmetrica e crisi d’impresa ...	5
ALESSANDRA INGRAO, Tutela della salute e della privacy nel rapporto di lavoro ai tempi del Sars-Cov-2.....	51
SHAIRA THOBANI, Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari.....	73
EMANUELE 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.	99
GIOVANNI BOGGERO, Casi e ipotesi di <i>Drittwirkung</i> nell'emergenza da COVID-19. Note minime su principi costituzionali e diritti fondamentali nei rapporti tra privati.....	139
MICHELE TRIMARCHI, Semplificazione amministrativa e rapporti tra privati.....	161
STEFANO MARIA RONCO, Emergenza Coronavirus: brevi riflessioni in punto di equità intergenerazionale ed intra-generazionale in ottica tributaria.	173

“Una visione poliprospettica sull’emergenza da coronavirus nei rapporti tra privati”: note introduttive

SOMMARIO: 1. Niente più sarà come prima – 2. Il necessario sguardo interdisciplinare (o “poliprospettico”) – 3. Cosa resterà di questi anni 20.

1. Niente più sarà come prima

La pandemia da Covid-19 ha accelerato progressi in corso (digitalizzazione con tutti i suoi corollari: *smart working*, commercio on line, processo telematico e amministrazione digitale, etc.) e ne ha probabilmente avviati di nuovi (così, ad esempio, la galoppante de-urbanizzazione e il crollo del mercato immobiliare nei centri delle grandi capitali del mondo).

Il 2019, ultimo anno prima della pandemia, sarà probabilmente ricordato come l’ultimo anno del mondo di ieri. Anche oggi, a distanza di un secolo dalla fine della prima guerra mondiale — e dalla pandemia da influenza spagnola, che decimò milioni di giovani vite — viviamo un nuovo tornante della Storia; una stagione in cui, come un secolo fa, mutano le strutture profonde della società.

Un secolo fa quelle strutture in mutazione erano scolpite nella pietra del codice civile del 1865: il codice della borghesia, teso a stabilire le regole del gioco affinché la volontà sovrana dell’individuo (quella volontà che, tramite la rivoluzione francese, gli aveva consentito di sciogliersi dal giogo dei vincoli feudali) potesse liberamente espandersi. Il codice della proprietà — terribile diritto! — e della libertà contrattuale: *qui dit contractuelle, dit juste*, nell’adagio di Fouillée. Il codice del ’65 era (come gli altri codici dell’Europa continentale) un codice “costituzionale”: che non dettava solo congegni tecnici, ma esprimeva una filosofia politica.

Quel che merita notare è che, prima di essere riscritto dal fascismo, quel codice fu riscritto dalla legislazione post-bellica. Non a caso, parlando delle conseguenze della prima guerra mondiale, un raffinato giurista ha scritto che «*la bufera investe le vecchie strutture sociali, trascina e confonde milioni di uomini sui campi di battaglia, solleva problemi di entità e di dimensione imprevedibili*»; aggiungendo che lo

Stato «*interviene nell'economia, limita i poteri negoziali dei privati, assume (...) la figura e la responsabilità dell'imprenditore. La storia subisce così un'improvvisa accelerazione*»¹.

2. Il necessario sguardo interdisciplinare (o “poliprospektivo”)

Di accelerazioni hanno discusso anche i relatori del seminario (anzi, del *webinar*, perché anche il confronto tra ricercatori ha sperimentato, a causa della pandemia, originali, e probabilmente non contingenti, allestimenti tecnologici). Tutti, infatti, hanno provato ad analizzare i confusi tentativi del nostro legislatore di dare risposte giuridiche all'ennesima fuga in avanti di una Storia che, al cospetto della pandemia, non si è davvero fermata davanti a un portone ma è entrata dentro le nostre case fino al punto di chiuderci lì dentro per mesi, perché fuori urgeva l'ignoto.

Proprio perché oggi, come cent'anni fa, il diritto si trova a fare i conti con la Storia, l'analisi non può restare confinata negli angusti recinti settoriali di ciascuna disciplina, ognuno dei quali frappone un ostacolo all'analisi dei problemi — sociali, economici, sanitari — squadrati con violenza dalla pandemia.

Ciascuno di questi problemi dà vita, anzitutto, a un problema giuridico. Mentre chi si è ammalato, o ha temuto di ammalarsi, si è rivolto ai medici e agli infermieri, tutti si sono rivolti al diritto: al quale hanno chiesto, giorno dopo giorno, risposte alle loro pressanti esigenze di vita.

Mai, come nell'ultimo anno, nessun cittadino è rimasto insensibile alla cogenza (vera o presunta: si pensi ai famigerati D.P.C.M.) della regola giuridica: da ciascuno quotidianamente compulsata già solo per sapere se fosse possibile, e a quali condizioni, esercitare la libertà di movimento: una libertà che i più giovani, in virtù di un altro fondamentale tornante della Storia, ritenevano estesa a tutti i paesi del cosiddetto spazio *Schengen*, all'interno del quale, per la loro intera vita di ieri, pensavano fosse *naturale* circolare senza neppure esibire il documento d'identità.

Un'analisi giuridica che voglia affrontare gli enormi problemi sollevati dalla pandemia non può dunque non essere a raggio largo e

¹ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, IV ed., 1999, p. 26.

guardare — come hanno fatto i relatori del convegno al quale sono dedicate queste scarse note introduttive — al diritto civile così come al diritto del lavoro, al diritto commerciale così come al diritto amministrativo e al diritto tributario; ciascun relatore tentando, col suo contributo, di illuminare un aspetto dell'enorme mosaico che nei prossimi anni tutta la comunità scientifica si troverà a comporre e studiare. Certamente, e auspicabilmente, talune tessere scompariranno con l'emergenza sanitaria; altre, invece, daranno colore all'ordinamento giuridico del tempo che verrà.

I relatori del convegno si sono, giustamente, soffermati sulle une e sulle altre, tentando di offrire di entrambe una visione — per riprendere il titolo del convegno — “poliprospectica”.

3. Cosa resterà di questi anni 20

Tra le tante, vorrei soffermarmi su alcune accelerazioni provocate dalla pandemia che, probabilmente, ad essa sopravvivranno, elencando in particolare cinque snodi.

1) Nel tempo che verrà il contratto non basterà più a sé stesso. La mutevolezza del contesto economico e sociale entro il quale opera farà sempre più sì che non nel solo testo si potranno trovare le risposte ai problemi sollevati dal contesto. Da qui per un verso il riespandersi delle grandi direttive generali del sistema, non solo costituzionale: e dunque il problema della *Drittwirkung* orizzontale e della sua gestione da parte di giudici, non sempre culturalmente attrezzati, ma sempre più chiamati a maneggiare strumenti che implicano una robusta dose di creazione giudiziale delle regole del caso concreto. Sotto questo profilo, occorrerà riflettere sullo stile delle motivazioni giudiziarie, sintetiche sì, ma tanto più argomentate quanto più faranno appello non a norme puntuali ma direttamente a principi generali, poiché il rischio di scivolare dalla discrezionalità all'arbitrio è, in questi modelli decisori, ancor più accentuato.

2) Nel tempo che verrà vi sarà sempre meno spazio per accademici chiusi nelle loro confortevoli torri d'avorio, e sempre più si sentirà il bisogno di studiosi che abbiano voglia di sporcarsi le mani attraverso lo studio del modo in cui il diritto, da regola astratta, si inverte nel concreto. Siccome la prevedibilità delle decisioni giudiziarie è una condizione necessaria di funzionamento del sistema economico non

meno della loro rapidità, il compito della dottrina sarà di prestare molta più attenzione al cosiddetto diritto vivente e di raggruppare le decisioni fondate su principi in *Fallgruppen* che condensino con intelligenza le varie fattispecie in ragione di comuni *rationes decidendi*.

3) Nel tempo che verrà, così come accaduto nel primo dopoguerra, la mano pubblica si farà sempre più invasiva. Non è un caso che, negli ultimi anni e in particolare negli ultimi mesi, sia stata soffiata via la polvere dai libri di Keynes, per troppo tempo assisi sugli scaffali delle librerie anziché sulle scrivanie degli studiosi. Per questo, l'importante afflusso di denaro pubblico destinato a rilanciare gli investimenti e, con essi, l'economia, non potrà che passare per procedure competitive meno caotiche e complesse delle attuali, ormai ostaggio di presunzioni di corruzione e di malaffare: la vera semplificazione dovrà dunque essere semplificazione delle procedure, non del numero di concorrenti.

4) Nel tempo che verrà sempre più si comprenderà che la crisi di un operatore economico può produrre, per usare un termine divenuto comune in tempi di pandemia, uno *spill over* dannoso per la collettività, perché quanto minore è la ricchezza prodotta, tanto minore è il gettito fiscale (e dunque maggiore, a parità di servizi, l'indebitamento pubblico); ci si accorgerà del fatto che se la crisi è figlia di imprevedibili (e dunque non imputabili) circostanze, la selezione naturale del mercato provoca distorsioni gravi non solo nell'attuale, ma anche nel futuro, ponendo un pressante problema di equità intergenerazionale.

5) Nel tempo che verrà il rapporto di lavoro non potrà più ignorarsi la nuova fisionomia già assunta dal rapporto di lavoro. Al di là degli enormi problemi di sicurezza sul luogo di lavoro e delle conseguenti eventuali responsabilità che la pandemia ha fatto sorgere, sarà inevitabile riscriverne lo statuto generale alla luce dell'evoluzione tecnologica e del decentramento conseguente al c.d. *smart working*: che di "smart", almeno stando alle prime applicazioni, ha ben poco, rassomigliando invece assai più al telelavoro o, forse, al vecchissimo lavoro a domicilio e al contempo sollevando un'esigenza di protezione dei diritti fondamentali del lavoratore oggi straordinariamente più accentuata del passato proprio per l'invasività delle nuove tecnologie.

Con maggior approfondimento del mio, ciascuno di questi snodi — insieme a tanti altri — è stato affrontato dai relatori del convegno, ai cui ricchi contributi non resta, dunque, che rimandare il curioso lettore.

Crisi pandemica, crisi simmetrica e crisi d'impresa*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Crisi – 2.1. Crisi pandemica – 2.2. Crisi simmetrica – 2.3. Crisi d'impresa – 3. Nuove regole – 4. Insolvenza – 5. Bilancio – 6. Capitale.

1. Premessa

Il titolo dell'intervento, “*Crisi pandemica, crisi simmetrica e crisi d'impresa*”, propizia alcune preliminari riflessioni utili all'appercezione dell'eccezionale congiuntura economica (ma è tale anche sul piano storico e sociologico) venutasi a creare a seguito della diffusione su scala mondiale del *virus* SARS-CoV-2 (da cui origina la malattia associata a tale virus, denominata Covid-19), capaci di fungere da linee guida per le considerazioni che si svilupperanno in seguito in merito a taluni degli interventi normativi volti a “sospendere” le ordinarie regole di gestione dell'impresa (specialmente, in forma societaria) in crisi.

2. Crisi

Muovendo dal lemma *crisi* si rileva che rinviene il proprio etimo nel termine greco «*κρίσις*»¹ che, a sua volta, origina da «*κρίνω*» il quale ha due significati: “separo/divido” ma anche “decido/giudico”². La crisi indica quindi un momento che separa una maniera di essere o un fenomeno differente da quanto ordinariamente occorre; al contempo, la cesura rispetto all'ordinario è anche momento che impone di dover

* Il presente scritto sviluppa, con integrazioni (anche in ragione delle intervenute modifiche al formante normativo qui di interesse) e l'aggiunta delle note bibliografiche, quanto esposto nella relazione tenuta il giorno 8 ottobre 2020, nell'ambito del seminario “*Una visione poliprospectica sull'emergenza da Coronavirus nei rapporti tra privati*”, organizzato dall'Università del Piemonte Orientale e dall'Università degli Studi di Torino.

¹ G. DEVOTO, G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, L. Serianni e M. Trifone (a cura di), Milano, 2014.

² L. ROCCI, *Vocabolario greco-italiano*, Roma, 1990.

giudicare il cambiamento (e l'intensità dello stesso) e di assumere decisioni che tengano conto del mutato contesto.

2.1. *Crisi pandemica*

Con la diffusione su scala mondiale del *virus* SARS-CoV-2 nel corso del 2020, si è conosciuta una *crisi* (*i.e.* cesura) di carattere sanitario che ha assunto connotati c.d. “pandemici”³: ovverosia, di una malattia idonea a infettare tutta (| | | | |) la popolazione (| | | | | | | | | |) mondiale, la quale è priva di una pre-esistente immunità. La pandemia ha portato a un contesto di eccezionalità sanitaria, con conseguente dovere per le autorità di pubblica sanità di *valutare* tale contingenza e di assumere *decisioni* (quali quelle di c.d. “*distanziamento sociale*”) a tutela dell'incolumità dei cittadini e per contrastare la diffusione del virus⁴.

2.2. *Crisi simmetrica*

Dopo un primissimo periodo in cui l'attenzione si è concentrata sugli aspetti epidemiologici e sanitari, il dibattito e l'analisi si sono spostati sulle conseguenze economiche delle misure di *distanziamento sociale* le quali hanno limitato il momento di incontro di reciproci interessi ed esigenze, congelando il fenomeno c.d. di “mercato”⁵. Si è quindi familiarizzato con una nuova espressione: “*crisi simmetrica*” (di carattere esogeno), con ciò intendendosi una crisi (*i.e.* un momento di cesura) che colpisce contemporaneamente i *sistemi economici* di tutti (o di un gran numero di) stati nonché di larga parte dei *settori economici* di ciascun stato (forse, più opportunamente, occorrerebbe però esprimersi in termini di “*crisi simmetrica con effetti asimmetrici*” tenuto conto della diversa intensità impressa sulle varie economie

³ La definizione di pandemia secondo gli *standard* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità è reperibile al sito www.who.int.

⁴ Per una analisi circa l'andamento della pandemia su scala globale, A. BORIN, F.P. CONTEDECA, M. MANCINI, L. ROSSI, *Recenti sviluppi della pandemia Covid-19 nel mondo*, 23 ottobre 2020, Covid-19 Note, reperibile al sito www.bancaditalia.it.

⁵ Per una definizione di mercato, B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, VI, 1551, secondo cui è «luogo nel quale si prevedono e regolano scambi diversi e numerosi, fra operatori diversi e numerosi, in competizione fra loro nell'offrire beni o servizi».

nazionali e nei diversi settori). Anche tale *crisi* – in ragione delle sue peculiari caratteristiche – è stata oggetto di valutazione e ha condotto all’assunzione di specifiche *decisioni* al fine di sterilizzarne gli effetti sia sul piano *macro-economico* che *micro-economico*⁶.

2.3. *Crisi d’impresa*

Proprio avendo riguardo ai profili micro-economici, l’improvviso manifestarsi della *crisi pandemica* – anche in termini di *crisi simmetrica* – ha finito per interferire con l’esercizio dell’impresa che,

⁶ Alcune precisazioni si rendono opportune: (i) sul piano macro-economico la crisi generata dalla pandemia ha sì connotati di simmetria, tuttavia, diversa è l’intensità e tendenzialmente differente sarà la ripresa. Nella Nota OCSE del 26 marzo 2020 è stata svolta una valutazione dell’impatto iniziale delle misure di contenimento sull’attività economica che fornisce stime indicative, rilevando come sia difficile quantificare l’esatto impatto sul PIL, ma evidenzia come il *lockdown* implichi forti contrazioni nel livello di produzione, nella spesa delle famiglie, negli investimenti delle imprese e nel commercio internazionale. Con precipuo riguardo all’area dell’Unione Europea, si veda: COMMISSIONE UE, Comunicazione dell’8 maggio 2020, punto 8, secondo cui sono necessari ulteriori finanziamenti e sostegni a livello dell’Unione Europea per far sì che questa crisi simmetrica globale non si trasformi in uno *shock* asimmetrico a scapito degli Stati membri che hanno minori possibilità di sostenere la loro economia e della competitività dell’Unione Europea nel suo complesso; ID., *Previsioni economiche d’autunno 2020*, comunicato stampa 5 novembre 2020, secondo cui «si prevede che nel 2022 sia il prodotto della zona euro che quello dell’UE non tornino ai livelli precedenti alla pandemia. La pandemia ha avuto impatti economici molto diversi nei paesi dell’UE, e anche le prospettive di ripresa divergono notevolmente a seconda del grado di diffusione del virus, del rigore delle misure di sanità pubblica adottate per contenerlo, della composizione settoriale delle economie nazionali e dell’intensità delle risposte politiche nazionali»; in seguito, in data 9 ottobre 2020, è stata formalizzata l’adesione degli Stati Membri alla posizione assunta dal Consiglio per la creazione del c.d. *Recovery Fund*: un dispositivo per la ripresa e la resilienza, che costituisce il fulcro del piano per la ripresa denominato *Next Generation EU*; (ii) sotto il profilo *micro-economico*, prospettiva che qui maggiormente interessa, se è ben vero che gran parte dei settori economici (e, quindi, delle imprese che in essi operano) ha risentito negativamente dell’adozione delle misure di contenimento, alcuni hanno pure conosciuto un inatteso e rilevante incremento dei propri volumi (a titolo esemplificativo, la filiera del biomedicale, le società di sanificazione, ecc.). L’interconnessione tra profili micro e macro economici è analizzata da G. BARBA NAVARETTI, G. CALZOLARI, A. DOSSENA, A. LANZA, A.F. POZZOLO, *Dentro e fuori da un lockdown: una proposta per identificare le attività economiche più rilevanti*, in *Oltre la pandemia*, Napoli, 2020, I, 39 ss.

anche per effetto della repentina, significativa e coeva riduzione dei “*rapporti di scambio*”⁷ tra unità *in surplus* e unità *in deficit* (con riflessi negativi sulla redditività, sulle liquidità e sul valore delle consistenze patrimoniali), ha conosciuto anch’essa una crisi (*i.e.* una cesura rispetto all’ordinario).

Si giunge così all’espressione *crisi d’impresa*⁸ (in cui, convenzionalmente, qui si ricomprende anche l’*insolvenza*⁹) la quale riferisce di uno stato di disfunzione in cui può venire a trovarsi l’(attività di)impresa¹⁰: la *crisi* si determina quanto l’impresa “non funziona più bene” e la ricchezza (*i.e.* i fattori della produzione, l’*input*) che essa consuma è maggiore di quella che produce (*i.e.* i beni o i servizi prodotti, l’*output*): il saldo è quindi negativo; l’impresa distrugge ricchezza anziché crearla. Al ricorrere di tale *danno* si pongono i seguenti problemi: (i) minimizzare la distruzione di ricchezza, e quindi il danno prodotto o producibile dalla crisi nei confronti degli *stakeholder* (tema di *efficienza*); (ii) ripartire questo *danno* tra i soggetti a vario titolo coinvolti, individuando i relativi principi di ripartizione (tema di *giustizia distributiva*)¹¹.

⁷ Cfr. C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari, 2002, 3, osserva che la ««specializzazione» dell’attività produttiva, poiché implica il superamento di una produzione soltanto volta all’autoconsumo, comporta inevitabilmente l’instaurazione di relazioni interpersonali: la necessità di rapporti di scambio da cui possa derivare la soddisfazione dei bisogni individuali e sociali cui essa mira».

⁸ F. DI MARZIO, voce «*Crisi d’Impresa*», in *Enc. Dir.*, Annali V, 2012, 503, nota che l’espressione crisi d’impresa è di uso assai comune nel linguaggio ma con «forza descrittiva per un verso immediata e per l’altro indecisa». Ivi è rinvenibile una analitica e critica ricostruzione storico-normativa dell’espressione in esame.

⁹ Come noto, l’art. 2, comma 1, del D.Lgs.12 gennaio 2019, n. 14 (“C.c.i.i.”), diversamente dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (“L. Fall.”), fornisce distinta definizione della nozione di crisi (lett. a) e di insolvenza (lett. b).

¹⁰ Per l’illustrazione delle fasi in cui può articolarsi la crisi d’impresa, F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, 61 ss.

¹¹ Le richiamate considerazioni sono di F. D’ALESSANDRO, *Efficienza e giustizia distributiva nelle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, III, 377. Analogamente, C. ANGELICI, *op. cit.*, 231, il quale evidenzia che nella crisi e nell’insolvenza dell’imprenditore commerciale assume prospettiva centrale «quella dell’attività: nel senso che la crisi non tanto si puntualizza su un patrimonio, in relazione alla situazione di equilibrio tra le sue componenti attive e passive, quanto appunto su un’attività; e nel senso che nei suoi confronti, impedendola o ristrutturandola, è necessario intervenire per trovare una combinazione degli

Danno che, afferendo ad una attività (di impresa), si atteggia in modi sensibilmente diversi da quelli consueti per gli atti interindividuali¹²: è rilevato e accertato a una determinata data, ma il mutamento – in positivo o in negativo, per ragioni endogene od esogene – del valore dei beni e dei rapporti giuridici afferenti l'attività (e quindi del patrimonio del soggetto a cui è imputabile l'attività) può condurre nel tempo all'acutizzarsi dello stesso, alla sua integrale elisione e financo all'emergere di un saldo positivo.

La crisi d'impresa – anche per il suo peculiare modo di atteggiarsi nonché per la molteplicità ed eterogeneità degli interessi a essa sottesi – è una disfunzione a cui il legislatore presta particolare attenzione indirizzando molteplici previsioni normative che impongono al gestore dell'impresa di assumere opportune iniziative (i) per prevederla, per il monitoraggio del suo verificarsi e per la tempestiva emersione¹³, nonché (ii) per la sua compiuta gestione secondo regole che – in una concezione fondata prevalentemente (per non dire, esclusivamente) sui rapporti fra impresa e mercato – impongono di «*liberare i fattori produttivi da una combinazione non efficiente e consentirne la*

interessi della crisi coinvolti e comunque per ridurre i danni che ne derivano o ne possono derivare».

¹² C. ANGELICI, *op. cit.*, 53 ove osserva che «*senza dubbio eterogena è la valutazione degli esiti economici di un'attività o di un singolo atto: la nozione di utile o perdita e quella più ampia di profitto hanno tipicamente un senso sul primo piano e non sembrano in grado di rilevare sul secondo*».

¹³ Il tema è oggetto di copiosi approfondimenti da parte della dottrina e della giurisprudenza, anche in ragione dei profili connessi alle responsabilità degli amministratori di società, conoscendo un rinnovato interesse a seguito della novella dell'art. 2086, comma 2, c.c.. I contributi sul tema sono copiosi, tra i tanti, si segnalano: V. CALANDRA BONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, V. Bonocore (fondato da) e Costi (diretto da), Torino, 2019, 304 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Doveri degli amministratori di società in crisi, lex concursus e sovranità nazionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, III, 698 ss.. M. ONZA, *Le modifiche al codice civile: "un" codice che.... modifica "il" codice*, relazione al convegno «*Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*», Brescia, 4 aprile 2019, letto per gentile concessione dell'Autore, osserva che la prospettiva «*culturale poi tradotta in norme giuridiche*» nel C.c.i.i. è quella «*secondo cui crisi ed insolvenza dell'impresa possono (1) prevedersi (dato acquisito nella letteratura economica: v. il modello Z-score di Altman); e così (2) prevenirsi, mitigandone o comunque regolandone le conseguenze*».

*riaggregazione in nuove attività produttive»*¹⁴. Soluzione che – a monte – presuppone l'esistenza di un mercato (quale luogo di incontro di interessi reciproci) in grado di apprezzare il valore (in forma aggregata o atomistica) dei beni e dei rapporti giuridici che compongono l'azienda dell'impresa in crisi.

3. Nuove regole

Nel mutato ed eccezionale contesto originato dalla pandemica (nel suo declinarsi come compressione dei rapporti di scambio, crisi d'impresa – con possibili esternalità negative anche di carattere macroeconomico – e impossibilità di procedere nell'immediato all'efficiente riaggregazione dei fattori della produzione) e nelle more del “ritorno alla normalità”, ci si è posti molteplici interrogativi: (i) quale fosse la “cura” per l'impresa, (ii) se sostenerla (anche con aiuti pubblici), (iii) se fosse opportuno confermare ovvero fissare *nuove regole* per la previsione, l'emersione e la gestione della crisi d'impresa (in particolare, in forma societaria) e (iv) fin quando credere nella “scommessa” della (rapida) ripresa di valore dell'impresa (e, di riflesso, su chi far gravare il rischio di tale scommessa).

Il legislatore domestico, analogamente a quanto occorso in quasi tutti gli ordinamenti¹⁵, per il tramite di molteplici iniziative normative (leggasi, *decisioni*), ha provato – per quanto qui di interessi – a realizzare un sistema composito di norme (in larga parte transitorio) che sul piano concettuale potremmo distinguere in due macro-categorie:

a) una parte degli interventi normativi mira a limitare le esternalità negative e il possibile effetto prociclico che deriverebbe dall'applicazione (in un contesto significativamente ed

¹⁴ Cfr. R. COSTI, *Diritto commerciale – Una conversazione*, R. Costi, L. Enriques, F. Vella, Bologna, 2019, 88. Si veda anche, F. PACILEO, *op. cit.*, 2, ove si rileva che «pure nel trattare la crisi di impresa, l'ordinamento giuridico ha dato rilievo al mercato [...] secondo il modello della concorrenza imperfetta».

¹⁵ Per un'ampia panoramica dei provvedimenti normativi adottati nei vari ordinamenti, INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Policy Responses to Covid-19 – Policy Tracker*, reperibile al sito <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19#I>.

eccezionalmente mutato) delle ordinarie regole di gestione dell'impresa in crisi¹⁶;

b) altri, anche sulla scorta delle concessioni accordate dall'Unione Europea¹⁷, sono finalizzati a favorire e sostenere l'attività di impresa sia sotto il profilo finanziario che della (ri)patrimonializzazione¹⁸.

¹⁶ Cfr. *infra*.

¹⁷ COMMISSIONE UE, *Comunicazione - Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, Brussels, 19 marzo 2020 - C(2020) 1863 *final*, di cui vedi § 3.1. (22); § 3.2. (25 – h); § 3.3. (27 – g). In particolare, la Commissione ha dichiarato l'applicabilità dell'art. 107, comma 2, lett. b), nonché comma 3, lett. b) TFUE e ha quindi ritenuto temporaneamente compatibili con il mercato interno gli aiuti di Stato erogati sotto qualsiasi forma idonea a provvedere liquidità (prestiti; garanzie, ecc.), purché a beneficio d'impresa che non fossero già in difficoltà finanziarie il 31 dicembre 2019. Il *Temporary Framework* è stato integrato il 3 aprile 2020 (cfr. Comunicazione della Commissione C(2020) 2215 *final*), ulteriormente modificato ed esteso l'8 maggio 2020 (cfr. Comunicazione della Commissione C(2020) 3156 *final*) e il 29 giugno 2020 (cfr. Comunicazione della Commissione C(2020) 4509). Inizialmente, la scadenza di applicabilità del quadro temporaneo era stata fissata al 31 dicembre 2020, fatta eccezione per le misure di ricapitalizzazione che potevano essere concesse fino al 30 giugno 2021. Con una quarta modifica al quadro, del 13 ottobre 2020 (cfr. Comunicazione della Commissione C(2020) 7127 *final*), la Commissione ha prorogato tale scadenza al 30 giugno 2021, a eccezione che per i regimi di aiuto alla ricapitalizzazione che sono procrastinati per ulteriori tre mesi fino al 30 settembre 2021 (la versione consolidata dei *Temporary Framework* è reperibile al sito https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_it.pdf). Per approfondimenti, ASSONIME, *Le integrazioni del Quadro temporaneo sugli aiuti di Stato: ricapitalizzazioni, debito subordinato, piccole imprese in difficoltà*, Circolare n. 21 del 5 agosto 2020.

¹⁸ Tra i molteplici interventi, si segnalano (senza pretesa di esaustività): (i) il Titolo III del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 ("D.L. 18/2020" – "Cura Italia"), convertito con modificazione in L. 24 aprile 2020, n. 27 che contiene una serie di misure volte a sostenere la liquidità delle imprese colpite dalla crisi attraverso il sistema bancario: fondo di garanzia PMI (art. 49), moratoria per le PMI (art. 56) e sostegno alla liquidità delle imprese colpite dall'emergenza attraverso Cassa Depositi e Prestiti (art. 57); (ii) il D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, contiene disposizioni volte a sostenere l'accesso al credito per le imprese, incentrate sul ruolo della SACE a sostegno della liquidità delle imprese (art. 1) e delle esportazioni (art. 2); (iii) il D.L. 18 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, ha introdotto, per l'anno 2020, un contributo a fondo per i soggetti esercenti attività d'impresa e i lavoratori autonomi (art. 25).

Prospettiva che, *in thesi*, trova fondamento nella necessità di predicare regole diverse in funzione degli interessi particolari (anche, collettivi) che di volta in volta vengono mobilitati o sui cui si va a incidere, posto che una disciplina uniforme per situazioni (*rectius*, interessi) differenti potrebbe risultare irragionevole e, al postutto, disfunzionale¹⁹. Restando però da verificare se le intenzioni che hanno animato il legislatore storico si siano poi effettivamente tradotte in congruenti formule normative.

In siffatta logica e avendo riguardo a taluni dei provvedimenti afferenti alla prima categoria, si è intervenuti – per quanto qui di interesse – in tre direzioni identificabili con distinti lemmi:

- *insolvenza* (cfr. art. 10 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40; “D.L. 23/2020” – c.d. *Decreto Liquidità*, recante “*Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza*”);
- *bilancio* (cfr. art. 7 del D.L. 23/2020, recante “*Disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio*”, e art. 38-*quater* del D.L. 18 maggio 2020, n. 34 convertito, con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77 – “D.L. 34/2020” – c.d. *Decreto Rilancio*, che, senza formalmente abrogare il richiamato art. 7 del D.L. 23/2020, reca “*Disposizioni transitorie in materia di principi di redazione del bilancio*”);
- *capitale* (art. 6 del D.L. 23/2020, rubricato “*disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale*”, in seguito all’integrale riscrittura a opera dell’art. 1, comma 266, L. 30 dicembre 2020, n. 178 – “L. 178/2020”).

Nelle pagine successive si esamineranno partitamente le richiamate previsioni, provando a individuarne la *ratio* e la relativa portata nonché rilevando le possibili incertezze interpretative-applicative nonché le frizioni o il doveroso coordinamento con il sistema precostituito di regole. Nello sviluppo di tali traiettorie, mette conto premettere che la novità del materiale normativo (portato di una *legislazione emotiva-comunicativa*²⁰) e la erraticità dello stesso costringono alla (massima)

¹⁹ L. STANGHELLINI, *La legislazione d'emergenza in materia di crisi d'impresa*, in *Riv. Soc.*, 2020, II-III, 354 ss.

²⁰ L. SALAMONE, *Crisi patrimoniali e finanziarie nella legislazione emergenziale del Paese di Acchiappacitrulli. Note sugli articoli 5-10 d.l. n. 23/2020 in materia di*

cautela, sconsigliando di proporre soluzioni definitive, mancando, infatti, *formanti diversi da quello del dato positivizzato* (ovverosia, il formante giurisprudenziale e uno studio consolidato della dottrina).

4. *Insolvenza*

L'art. 10 del D.L. 23/2020 ha previsto la temporanea improcedibilità dei procedimenti²¹ in materia di dichiarazione di fallimento (oltre che di accertamento dello stato di insolvenza anteriormente alla liquidazione coatta amministrativa *ex art.* 195 L.fall.²² ovvero ai fini dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria *ex art.* 3 del D.Lgs. n. 279/1990) promossi nel periodo tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020.

Al comma 2, come modificato – anche a seguito delle sollecitazioni della dottrina – in sede di conversione del D.L. 23/2020, si rinvencono alcune eccezioni alla regola di improcedibilità²³:

diritto delle società di capitali e procedure concorsuali, reperibile al sito www.dirittifondamentali.it, 2020, II, 9 e 27.

²¹ Non puntuale appare il riferimento alla improcedibilità dei ricorsi posto che nell'ordinamento ad essere improcedibili sono i procedimenti e non i ricorsi (ovvero, più in generale gli atti introduttivi del giudizio) i quali, se del caso, in assenza dei presupposti di legge sono da dichiararsi inammissibili. L'inaccuratezza del dato normativo si coglie altresì nell'espressione «*tutti i ricorsi ai sensi degli articoli 15 [...] del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 sono improcedibili*»: l'art. 15 L.fall. disciplina esclusivamente il procedimento per la dichiarazione di fallimento mentre è l'art. 6 L.fall. a regolare le modalità per l'iniziativa fallimentare (ove, al comma 1, si dispone che: «*il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero*»). Ad avviso di attenta dottrina, *cfr.* L. SALAMONE, *op. cit.*, 34, «*ne risulta [...] una norma inedita (salvo miei errori), perché normalmente la situazione della improcedibilità del «giudizio» discende, nei processi di cognizione, dall'inosservanza di oneri incombenti sull'attore o sul ricorrente o condizioni riguardanti la domanda, in ogni caso successivi al deposito della stessa (v. ad es. art. 348; art. 369 c.p.c.)*».

²² Da notarsi che non risulta essere stato sospeso l'accertamento da parte dell'autorità governativa dello stato di insolvenza delle società cooperative (*cfr.* art. 2545-terdecies c.c.).

²³ Le ipotesi di esenzione *sub a)* e *b)* hanno avuto una “vita utile” assai limitata: ovverosia, dal 7 giugno 2020 (giorno di entrata in vigore della Legge 5 giugno 2020, n. 40, di conversione del D.L. 23/2020) al 30 giugno 2020 (in tutto, 24 giorni).

- a) per i procedimenti promossi dall'imprenditore in proprio, «quando l'insolvenza non è conseguenza dell'epidemia di COVID-19»²⁴;
- b) per i procedimenti di fallimento da chiunque promossi a seguito di dichiarazione di inammissibilità del concordato preventivo (art. 162, comma 2, L.fall.), di revoca dell'ammissione al concordato preventivo in corso di procedura (art. 173, comma 2, L.fall.), di mancata omologazione del concordato preventivo (art. 180, comma 7, L.fall.)²⁵;

²⁴ L'eccezione in parola accoglie alcuni dei rilievi critici che erano stati mossi all'originaria formulazione che non riconosceva la possibilità per l'imprenditore di richiedere l'auto-fallimento anche nell'ipotesi in cui l'insolvenza fosse già preesistente alla crisi pandemica: D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *Il fallimentarista*, 14 aprile 2020, par. 5; nel senso che, anche in assenza di una deroga espressa, fosse comunque possibile procedere in ogni caso all'accoglimento dell'istanza di fallimento in proprio M. IRRERA – E. FREGONARA, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, reperibile al sito www.ilcaso.it, 15 aprile 2020, 11 ss. e in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, I Quaderni di Res, Torino, 2020, 27 ss.; negli stessi termini, in giurisprudenza, Trib. Piacenza, 8 maggio 2020, in *banca dati DeJure*; contra, S. AMBROSINI, *L'improcedibilità delle istanze di fallimento: ratio legis, tassatività della deroga e corollari applicativi*, reperibile al sito www.ilcaso.it, 29 maggio 2020, secondo cui «la scelta operata dal legislatore, seppur alquanto rigorosa, ha se non altro il pregio della chiarezza». Sebbene la presente fattispecie abbia perso interesse sul piano operativo, si osserva che la formulazione lasciava spazio a dubbi interpretativi in merito al grado di efficienza causale che la crisi pandemica avrebbe dovuto esercitare (come causa esclusiva o concausa) rispetto allo stato di insolvenza rilevante al fine di rientrare o meno nel perimetro dell'improcedibilità. Tenuto conto, da un lato, della natura eccezionale dell'art. 10 D.L. 23/2020 e delle relative deroghe e, dall'altro, degli obblighi di conservazione del patrimonio gravanti sull'imprenditore (o gli amministratori) al verificarsi dell'insolvenza nonché delle connesse responsabilità di ordine civile e penale (su cui si tornerà *infra*), si ritiene che si sarebbero dovute considerare improcedibili solo le domande di fallimento in cui lo stato di insolvenza fosse stato conseguenza esclusiva della crisi pandemica. Laddove, invece, la pandemica avesse aggravato uno stato di insolvenza già sussistente prima del 9 marzo 2020, il ricorso sarebbe stato procedibile. Gravava sull'imprenditore allegare e dimostrare – come ordinariamente si verifica – la procedibilità (*rectius*, l'ammissibilità) della propria domanda e il Tribunale, in sede di sentenza, avrebbe dovuto dare opportuna evidenza del ricorrere dei relativi presupposti (se del caso, il Tribunale avrebbe potuto chiedere informazioni al debitore ai sensi dell'art. 15, comma 4, L.fall.).

²⁵ La seconda ipotesi di deroga era stata sollecitata da D. GALLETTI, *op. cit.*, par. 5, secondo cui si trattava di una dimenticanza irreparabile. Qui, l'istanza di fallimento è

c) da ultimo, per i procedimenti promossi dal PM qualora sia contestualmente richiesta l'adozione di provvedimenti cautelari per la conservazione del patrimonio (art. 15, comma 8, L.fall.) o quando lo stato di insolvenza risulta dal ricorrere delle circostanze di cui all'art. 7, comma 1, L.fall.²⁶.

Nell'esame della previsione in parola occorre muovere dalla prospettiva che lo *stato di insolvenza* (ex art. 5 L.fall. e art. 2, comma, 1, lett. b, C.c.i.i.) per consolidato orientamento dottrinale²⁷ e giurisprudenziale²⁸ *rileva* sul piano *oggettivo*, ciò significando che ai

(*rectius*, sarebbe stata) procedibile a prescindere dalla natura dell'istante (l'imprenditore in proprio, un creditore o il PM) e, inoltre, indipendentemente da un possibile collegamento eziologico tra insolvenza e crisi pandemica.

²⁶ Ferme le possibili ragioni di incostituzionalità della norma evidenziate in dottrina (cfr. L. SALAMONE, *op. cit.*, 36, ove rileva che «dall'art. 10, comma 2, d.l. cit. ne risulta una norma palesemente incostituzionale, perché l'esenzione di cui gode l'azione del PM risulta discriminatoria per violazione dell'art. 3 e dell'art. 24, comma 1, Cost. Invero, non risulta razionalità alcuna nel criterio discrezionale delle misure del comma 8 dell'art. 15 l.fall.: sfugge come possa dichiararsi l'improcedibilità del giudizio se le stesse misure siano richieste da un creditore, anziché il PM»), si noti che l'istanza di fallimento proposta dal pubblico ministero avrebbe potuto poggiare su ipotesi di insolvenza già presenti *ante* crisi pandemica ma anche qualora la stessa fosse integralmente (*rectius*, esclusivamente) riferibile alla pandemia.

²⁷ G. TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza: per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 103 ss.; M. SCIUTO, *Il Fallimento*, in *Manuale di diritto commerciale, II - Diritto della crisi d'impresa*, M. Cian (a cura di), Torino, 2018, 31 ss.; nel contesto della crisi, S. AMBROSINI, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, reperibile sul sito www.ilcaso.it. L'oggettivizzazione dell'insolvenza è stato l'approdo concettuale a cui si è pervenuti superando la presunzione assoluta *iuris et de iure* fallito=truffatore (*decoctor ergo fraudator*) con inscindibile coloritura penale della vicenda fallimentare. Tale percorso aveva conosciuto una tappa intermedia nell'introduzione di una presunzione semplice (*iuris tantum*) che onorava il mercante fallito di dimostrare che l'insolvenza era stata determinata da caso fortuito e che il suo comportamento non era stato mosso dal fine di frodare i propri creditori così iniziando a distinguersi il fallimento dal reato di bancarotta: cfr. G. NUZZO, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 103; F. DI MARZIO, *Fallimento – Storia di un'idea*, Milano, 2018, *passim*; in prospettiva *law and literature*, G. GUIZZI, *Il «caso Balzac» - Storie di diritto e letteratura*, Bologna, 2020, 165 ss.

²⁸ Cass. Civ., Sez. Un., 13 marzo 2001, n. 115, secondo cui «lo stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale, quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, si realizza in presenza di una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto

fini del relativo accertamento – e, di riflesso, del dovere per l'imprenditore di richiedere il proprio fallimento e per il tribunale di far luogo alla relativa declaratoria – si ha riguardo esclusivamente all'incapacità *strutturale e non transitoria*²⁹ dell'imprenditore (manifestata mediante inadempimenti o altri fatti esteriori) di adempiere *regolarmente e con mezzi ordinari* alle proprie obbligazioni³⁰ (anche se “civili”³¹), a prescindere da quali siano state le cause generatrici di tale *status*: rappresentando la decozione – nel suo oggettivo disvelarsi – una situazione di pregiudizio non solo per i creditori attuali (il cui diritto è scaduto o è a scadere; prospettiva rilevante in termini di giustizia distributiva) ma anche per quelli che potrebbero diventare creditori dell'imprenditore già insolvente (prospettiva di interesse per il mercato, e così anche in termini di minimizzazione del danno).

transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre resta in proposito irrilevante ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti»; Cass. Civ. 7 giugno 2012, n. 9253; Cass. Civ. 24 settembre 2013, n. 21802; Cass. Civ. 14 gennaio 2016, n. 441. Con precipuo riguardo ai criteri per l'accertamento dello stato di insolvenza nelle società in liquidazione, Cass. Civ. 10 dicembre 2020, n. 28193.

²⁹ Cfr. Trib. Benevento, 18 dicembre 2019, reperibile sul sito www.ilcaso.it, che ha escluso «l'insolvenza dell'imprenditore che si trovi in uno stato di difficoltà solo temporanea, quando emerga che detto stato è superabile attraverso la ordinaria prosecuzione dell'attività di impresa».

³⁰ Per una puntuale analisi, anche con riferimento alla prospettiva della scienza aziendalistica, F. PACILEO, *op. cit.*, 76 ss.

³¹ Si può trattare di obbligazioni che non originano dall'esercizio dell'attività d'impresa (ad esempio, pagamento dei canoni di locazione per l'immobile destinato ad uso di abitazione principale dell'imprenditore). Ciò coerentemente con il disposto dell'art. 2217, comma 1, c.c. ove si dispone che l'inventario annualmente predisposto dall'imprenditore individuale deve contenere l'indicazione e la valutazione non solo delle attività e passività relative all'impresa ma anche di quelle dell'imprenditore estranee alla medesima. In giurisprudenza, Cass. Civ., 4 giugno 2012, n. 8930; Cass. Civ., 12 giugno 2018, n. 15285.

La rilevanza oggettiva dell'insolvenza ai fini dell'apertura della procedura fallimentare (e, in futuro, della liquidazione giudiziale)³² si configura come elemento demarcativo della disciplina dell'*attività* (d'impresa)³³ da quella dell'*atto* (*rectius*, del rapporto obbligatorio), risultando non predicabile una applicazione della disciplina rimediale prevista per l'*atto* (in particolare, dell'impossibilità sopravvenuta) allo "*statuto dell'imprenditore*", attesa peraltro la diversità degli interessi sottesi alla due fattispecie³⁴.

³² La nozione di insolvenza recata dalla L.fall. e dal C.c.i.i. non è peraltro coincidente con quella recata dal codice civile (cfr. artt. 1186, 1274, 1299, 1953, ecc...). Cfr. C. ANGELICI, *op. cit.*, 232.

³³ Per la nozione di *attività*, cfr. G. AULETTA, voce «Attività», in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 982, secondo cui l'ordinamento, allorché una molteplicità di atti siano coordinati o unificati sul piano funzionale dall'unicità dello scopo, può attribuire agli stessi un valore giuridicamente più penetrante, rilevando – non più come singoli atti, ma – come *attività*: in tal guisa, si attribuisce rilevanza giuridica – per il tramite di specifica fattispecie – all'insieme degli atti, che per ciò diventano oggetto come tale (come insieme) di una normativa (i.e. di una disciplina), distinta e ulteriore rispetto alla normativa dei singoli atti. Con precipuo riferimento all'*attività* d'impresa, autorevolmente: P. SPADA, voce «Impresa», in *Dig. disc. priv.*, IV, sez. comm., VII, Torino, 1992, 42, «giuridicamente, il (modello di) comportamento [...] isolato ha questa proprietà: che, mentre è (elemento della) fattispecie della disciplina comunemente nota come *statuto dell'imprenditore*, si presta ad essere scomposto in una pluralità di comportamenti (ma forse anche di eventi) che, a loro volta, possono essere fattispecie di altre discipline. Per designare questa proprietà sembra possibile sottoscrivere la comune affermazione che l'impresa è *attività* e non *atto*. Ciò che deve essere chiaro è che l'*atto* non è fenomenologicamente distinguibile dall'*attività*, il primo come comportamento semplice, la seconda come pluralità di comportamenti teleologicamente coerenti: decidere se il comportamento è uno o plurimo dipende dall'unità di misura che si adotta, dall'attribuzione cioè ad un atteggiamento individuale di valenza unitaria. Giuridicamente, sono le fattispecie che fanno da unità di misura; ed allora accade che, «passando» da una fattispecie (nel nostro caso: l'impresa) ad altre fattispecie (per esempio: contratto di compravendita, di locazione, di mutuo ecc.) il comportamento contemplato dalla prima si manifesti come la sommatoria di comportamenti contemplati dalle seconde. A questa relazione tra fattispecie (e poi tra le distinte discipline ad esse ancorate) si allude parlando di *attività* in contrapposto ad atti (dell'*attività*)»; V. BUONOCORE, voce «Impresa», in *Enc. Dir.*, Annali, I, 2007, 760 ss. e, in particolare, 767 ss.

³⁴ C. ANGELICI, *op. cit.*, 11 ss., ricorda che «né si tratta, distinguendo tra *atto* e *attività*, di una distinzione d'ordine soltanto quantitativo. Per convincersene basta considerare che la figura giuridica dell'*atto* è stata storicamente costruita avendo di mira soprattutto il suo significato di strumento privato per la distribuzione della ricchezza: perciò riconoscendo una collocazione centrale allo schema del negozio

Sulla scorta di tali premesse concettuali e nell'evidente incertezza circa gli impatti derivanti dal manifestarsi della crisi pandemica sulle imprese, il legislatore ha quindi deciso di adottare una «*misura eccezionale e temporanea di durata ristretta*» al fine di «*sottrarre le imprese ai procedimenti finalizzati all'apertura del fallimento*»³⁵, atteso che in assenza di una specifica previsione normativa (come occorso dal 7 giugno al 30 giugno 2020) non trovano (non avrebbero potuto trovare e non possono trovare) riconoscimento ipotesi di «*insolvenza incolpevole*» causa crisi pandemica, quale evento di forza maggiore.

Se la *ratio* dell'art. 10 D.L. 23/2020 si può cogliere nella necessità di «*acquistare tempo*» per scongiurare che potesse farsi luogo alla declaratoria fallimento di plurime imprese nelle more dell'entrata a regime delle misure di sostegno³⁶, occorre però rilevare che, all'indomani del 30 giugno 2020 (cessati gli effetti della parziale sterilizzazione dei procedimenti fallimentari e di accertamento dell'insolvenza), il preposto alla gestione di una impresa insolvente – sia essa svolta in forma individuale o entificata –, qualora non vi siano le condizioni per ricorrere a una delle soluzioni negoziali *ex* artt. 160 e 182-*bis* L.fall., può (e deve) richiedere l'assoggettamento alla procedura fallimentare indipendentemente che l'insolvenza sia in tutto, in parte o per nulla conseguenza della crisi pandemica³⁷. Mutuando una espressione tipica del lessico medico-giornalistico con cui si è familiarizzato in questi tempi, si può affermare che l'impresa può «*morire*» *indipendentemente dal Covid, di Covid* (qualora la causa dell'insolvenza sia riferibile esclusivamente alla crisi pandemica) o *per Covid* (qualora la crisi pandemica, insieme ad altre concause,

giuridico, a sua volta desunto per astrazione dal contratto e in definitiva da quello di scambio. Mentre, quando si discorre dell'attività, la prospettiva è soprattutto della produzione della ricchezza, ponendosi solo su un piano successivo l'ulteriore problema, pur importante e per tanti aspetti decisivo, del modo in cui è ripartita tra i suoi partecipanti. Se così è, può comprendersi la diffusa sensazione di una fondamentale inadeguatezza degli schemi concettuali elaborati con riferimento al primo al fine di intendere la seconda».

³⁵ Cfr. Relazione Illustrativa del D.L. 23/2020, *sub* art. 10.

³⁶ Cfr. *supra* nota 18.

³⁷ L. STANGHELLINI, *op. cit.*, 360 ss., riferisce della previsione in esame quale «*misura scioccante*» che «*ha avuto vita breve e piuttosto ingloriosa*» e di «*dubbio significato sistematico*».

eventualmente pregresse, ha condotto all'insolvenza). In tal senso peraltro militando la piena vigenza delle previsioni penali (per vero, mai formalmente e direttamente sospese) che regolano la responsabilità dell'imprenditore e degli organi di amministrazione o controllo delle società per il (anche solo) colpevole ritardo nel richiedere l'apertura della procedura fallimentare³⁸.

Indici normativi che informano le regole dell'agire dell'imprenditore (o dell'amministratore) e che, oggi, nonostante quanto declamato nella Relazione Illustrativa al D.L. 23/2020, non sottraggono più «*gli stessi imprenditori alla drammatica scelta di presentare istanza di fallimento in proprio in un quadro in cui lo stato di insolvenza può derivare da fattori esogeni e straordinari*»³⁹.

³⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla fattispecie di bancarotta semplice di cui all'art. 217, comma 1, n. 4, L.fall. («*aggravamento del dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra colpa grave*») dell'imprenditore o degli amministratori, sindaci e direttori generali (art. 224 L.fall.). Come precisato dalla Suprema Corte (cfr. *ex multis* Cass. Pen. 14 febbraio 2013, n. 13318; Cass. Pen. 30 gennaio 2015, n. 29092) la condotta idonea a integrare la fattispecie in parola si configura con il colpevole ritardo nel richiedere l'apertura della concorsualità tra i creditori, a prescindere dalla rimproverabilità o meno di comportamenti ulteriori che abbiano concorso all'aggravamento del dissesto (eventualmente idonei ad integrare ipotesi di bancarotta preferenziale ex art. 216 L.fall. o di bancarotta semplice ex art. 217 L.fall.). Per analoghe considerazioni, G. D'ATTORE, *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*, in *Il Fallimento*, 2020, V, 601 e nota 12.

³⁹ Si è osservato, G. STRAMPELLI, *La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti "Liquidità" e "Rilancio"*, in *Riv. Soc.*, 2020, II-III, 368 ss., che il principale rischio sotteso all'adozione delle misure emergenziali, è che delle stesse se ne avvalgano (o se ne siano avvalse) società già decotte prima dell'inizio della crisi pandemica, ciò conducendo «*ad una proliferazione delle c.d. zombie companies, la presenza delle quali nel mercato non soltanto produce effetti distorsivi sulla concorrenza ma incide altresì negativamente sul sistema produttivo in quanto determina una dispersione di capitali con conseguenti minori investimenti a favore delle società più efficienti*»; nello stesso senso, GROUP OF THIRTY - G30, *Reviving and Restructuring the Corporate Sector Post-Covid*, Washington D.C., dicembre 2020, 22. Si tratta di un rischio che pare trovare conferma nelle evidenze statistiche delle Camere di Commercio delle Marche (reperibili al sito <https://opendata.marche.camcom.it>) da cui si evince che nei primi dieci mesi del 2020 si è assistito a una riduzione significativa del numero di procedure concorsuali e fallimentari rispetto al 2019 in cui, peraltro, il ciclo economico pareva mostrare segnali di ripresa (procedure concorsuali: nel 2019 n. 12.039; nel 2020 n. 8.300; fallimenti: nel 2019 n. 10.542; nel 2020 n. 7.160).

La mancata introduzione di una previsione che riconosca generale cittadinanza all'*esenzione* dal fallimento per "*insolvenza incolpevole*", sebbene sia stata sollecitata in dottrina⁴⁰, al fondo, non pare da biasimare: (i) la crisi pandemica non è giustificazione sufficiente per sovvertire i valori ordinamentali (*i.e.* tutela dei creditori), ma è occasione per ripensare gli strumenti per la gestione della crisi/insolvenza, scongiurando al contempo forme di "accanimento terapeutico"⁴¹; (ii) al fine di fare sintesi degli interessi in gioco (quelli dei creditori e dell'imprenditore), l'elasticità del sistema è già garantita, dalla possibilità di ricorrere agli istituti del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, entrambi oggetto di opportuni affinamenti per far fronte alle sopravvenute necessità di gestione delle crisi d'impresa nel contesto della crisi pandemica-simmetrica⁴²; (iii) sul piano operativo, il sindacato su eventuali elementi di "*incolpevolezza*" dell'insolvenza (con onere della prova in capo all'imprenditore), introdurrebbe una significativa incertezza sulle sorti dell'impresa in quanto lascerebbe ampi margini di discrezionalità al giudicante, con il rischio di trattamenti disomogenei per situazioni analoghe e con possibile pregiudizio per l'imprenditore⁴³ e per i

⁴⁰ Il legislatore non ha ritenuto di accogliere una proposta avanzata da una dottrina (G. LIMITONE, *Breve commento all'art. 11 decreto liquidità. [al momento ancora in bozza]*, 8 aprile 2020, reperibile al sito www.ilcaso.it) che – tenuto conto dell'emergenza epidemiologica – si faceva promotrice dell'introduzione della nozione di *insolvenza incolpevole*, integrando l'art. 5 con la precisazione in base alla quale non si fa luogo al fallimento quando l'insolvenza è dipesa da cause di *forza maggiore*. La contrarietà al riconoscimento della *forza maggiore*, quale fattispecie esimente dall'apertura della procedura fallimentare, ha origini lontane: *cfr.* A. SRAFFA, *Il fallimento delle società commerciali*, Firenze, 1897, 26, ove si interroga se «nel caso d'un panico improvviso di depositanti che, impauriti da false e allarmanti notizie, corrano in massa a ritirare i depositi, la cessazione dei pagamenti, come prodotta da forza maggiore, non sarebbe tale da costituire quello stato che per la legge porta al fallimento», manifestando la sua ferma opposizione.

⁴¹ D. GALLETTI, *op. cit.*, par. 3. Peraltro, in assenza della sospensione delle azioni esecutive individuali sul patrimonio dell'imprenditore, si potrebbe assistere a una corsa individuale dei creditori con conseguente dispersione dei valori dell'impresa, con un incremento dei relativi costi per l'imprenditore e per i creditori.

⁴² *Cfr.* art. 9 D.L. 23/2020; art. 3, comma 1-bis, del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla L. 27 novembre 2020, n. 159.

⁴³ La subordinazione dell'apertura della procedura fallimentare all'accertamento dell'assenza di una "*insolvenza colpevole*" dell'imprenditore, per un principio di eterogeneità dei fini, potrebbe riportare in auge l'associazione concettuale "*decoctor*

creditori (privati della possibilità di beneficiare della *par condicio* nella ripartizione del “danno” causato dall’insolvenza).

Al fondo, trascorso il periodo di vigenza dell’art. 10 D.L. 23/2020, la prospettiva ordinamentale è nel senso che l’*impresa insolvente* – quindi che versa in una strutturale e non transitoria incapacità di generare ricchezza, distruggendola –, anche per effetto della *crisi pandemica*, ferma la possibilità di ricorrere a eventuali procedure negoziali per il superamento di tale stato, non costituisce un valore in sé che deve essere preservato, per così dire, a tutti “i costi”, trovando applicazione le ordinarie regole di *efficienza* e di *giustizia distributiva*. Conclusione che assume i connotati di “caleidoscopio” per le successive riflessioni.

5. Bilancio

Passando a considerare il secondo lemma oggetto della presente analisi, si indirizza la nostra attenzione al disposto degli artt. 7 del D.L. 23/2020 e 38-*quater* del D.L. 34/2020: previsioni che hanno riscosso ampio consenso tra gli interpreti, con alcune limitate eccezioni⁴⁴, e che sono state adottate a distanza di pochi mesi l’una dall’altra (senza prevedersi l’espressa abrogazione della prima o un qualche coordinamento tra le due) e il cui dichiarato fine – stando alla relazione illustrativa del D.L. 23/2020 – sarebbe quello di consentire «*alle imprese che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale prospettiva nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso nel 2020*»⁴⁵.

ergo fraudator”. Tenuto conto che la sentenza di fallimento opera, ad avviso di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Cass. Pen. 2 ottobre 2018, n. 2899), come condizione obiettiva di punibilità delle diverse fattispecie di bancarotta fraudolenta o semplice, l’imprenditore potrebbe vedersi imputato per tali reati anche qualora abbia posto in essere condotte ascrivibili a tali fattispecie, nell’erronea convinzione che l’insolvenza fosse causata da forza maggiore e che quindi non sarebbe stata aperta alcuna procedura fallimentare.

⁴⁴ D. GALLETTI, *op. cit.*, par. 4; A. GUIOTTO, *La temporanea sospensione del giudizio sulla continuità aziendale nel bilancio d’esercizio*, in *Fall.*, 2020, 603 ss.; G. STRAMPELLI, *op. cit.*, 385.

⁴⁵ Cfr. Relazione Illustrativa del D.L. 23/2020, *sub* art. 7.

Avendo precipuo riguardo all'art. 38-*quater* del D.L. 34/2020 (interventuta la tacita abrogazione dell'art. 7 del D.L. 23/2020⁴⁶), si nota che:

- al comma 1, con riferimento al «*bilancio di esercizio*⁴⁷ il cui esercizio è stato chiuso entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvato» alla data del 19 luglio 2020⁴⁸, il legislatore – sostituendosi e derogando, in parte, alle ordinarie regole della scienza aziendalistica (cfr. OIC 29, par. 59, lett. c)⁴⁹ – ammette che ai fini della valutazione

⁴⁶ In tal senso, si sono espressi: ASSONIME, *Le regole societarie per salvaguardare la continuità operativa nei decreti Liquidità e Rilancio*, Circolare 28 luglio 2020, 12; G. STRAMPELLI, *op. cit.*, 403; OIC, *Documento interpretativo n. 8*, del marzo 2021.

⁴⁷ La norma fa riferimento esclusivamente ai bilanci di esercizio, senza contemplare espressamente il bilancio consolidato e i rendiconti finanziari-infrannuali. Quanto al bilancio consolidato, in ossequio al disposto dell'art. 35, comma 1, del D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127 (secondo cui «*i criteri di valutazione devono essere quelli utilizzati nel bilancio di esercizio dell'impresa che redige il bilancio consolidato*»), si potrà invocare la previsione in esame a condizione che la società che redige il bilancio consolidato abbia redatto il proprio bilancio di esercizio secondo gli ordinari criteri di continuità ovvero avvalendosi della previsione in parola. Con riferimento ai bilanci infra-annali, tenuto conto della loro strumentalità e ancillarità rispetto all'informativa recata dal bilancio annuale d'esercizio, sarebbe irragionevole predicare una presunzione di continuità limitata solo a questi ultimi. L'art. 38-*quater* D.L. 34/2020 pare possa trovare applicazione anche ai rendiconti relativi dei patrimoni destinati, giusto il rinvio operato dall'art. 2447-*speties*, comma 2, c.c. agli artt. 2423 ss. c.c.

⁴⁸ Ciò risultando in tesi possibile in ragione del maggior termine di 180 giorni previsto dall'art. 106 del D.L. 18/2020.

⁴⁹ Deve notarsi che il legislatore, sia europeo che nazionale, nel fissare l'obbligo per gli amministratori di verificare in sede di redazione del bilancio di esercizio la sussistenza della prospettiva di continuità dell'attività, non si è mai (opportunamente) occupato di indicare quali siano i criteri per tale accertamento, lasciando la loro individuazione alla scienza aziendalistica (in particolare, agli studi di ragioneria) e agli *standard setter*. Per la nozione di continuità, in dottrina, cfr. F. PONTANI, *I principi di redazione del bilancio di esercizio*, in *Il Bilancio di esercizio*, A. Palma (a cura di), Milano, 2008, 114; G. STRAMPELLI, *Commento sub art. 2423-bis*, in *Le Società per Azioni*, P. Abbadessa e G.B. Portale (a cura di), Milano, 2016, 2191; F. PACILEO, *op. cit.*, 83 ss.; avendo riguardo ai documenti dello *standard setter* nazionale: OIC 11, par. 21-24; OIC 22, par. 22; OIC 29, par. 59, lett. c.. Autorevole dottrina valorizza i concetti di continuità aziendale e solvenza quali elementi caratterizzanti l'impresa *in bonis*, P. FERRO LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori; profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 669, ove «*io credo che occorra innanzi tutto individuare i parametri propri, tipici, coesenziali e dunque anche corretti dell'esercizio dell'impresa perché tale, dunque come*

della prospettiva di continuità di cui all'art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1⁵⁰ c.c. si possa (non è un obbligo) non tenere conto delle «*incertezze e degli effetti derivanti dai fatti successivi alla chiusura dell'esercizio*», indipendentemente che tali fatti (stando al dato testuale) siano o non siano effettivamente riconducibili al disvelarsi crisi pandemica⁵¹. L'ufficio gestorio non è quindi *formalmente* esonerato dalla valutazione circa il ricorrere o meno della continuità (quale «*capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito*», cfr. OIC 11), tuttavia, attraverso la *fictio* in parola, potrà limitarsi a porre a fondamento di tale valutazione i fatti di gestione, le risultanze contabili⁵² e il patrimonio informativo disponibile alla data ultima dell'esercizio di riferimento, obliterando quanto occorso successivamente;

- quanto al «*bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020*» (così il comma 2, rientrandovi in tale fattispecie sia il bilancio il cui esercizio di riferimento è in corso e si chiude lo stesso 31 dicembre 2020, sia quello dell'esercizio in corso il 31 dicembre 2020 ma che si chiuderà in data successiva⁵³), la disciplina individuata dal legislatore

fattispecie, (ed oggi di "corretta gestione...imprenditoriale" parla espressamente la norma, v. art. 2497, c.c.), parametri che sostanzialmente sono costituiti dal principio di "continuità" e, in evidente connessione, dal principio di "solvenza", cioè adempimento nei confronti dei titolari del capitale di credito, e dal principio di "reddittività", cioè remunerazione del capitale di rischio».

⁵⁰ Con riferimento al dibattito circa l'applicabilità della previsione in esame solo alle società che redigono il bilancio in conformità ai principi contabili nazionali o anche a quelle IAS/IFRS-*adopter*, cfr. G. STRAMPELLI, *La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti "Liquidità" e "Rilancio"*, op. cit., 391 ss.. Aderisce al primo orientamento, CONSOB, Richiamo di attenzione n. 9/20 del 30 luglio 2020.

⁵¹ A titolo esemplificativo, la revoca di un appalto particolarmente significativo o la cessazione del rapporto di fornitura in essere con un cliente strategico, intervenuti dopo la chiusura dell'esercizio di riferimento e per cause indipendenti dalla pandemia.

⁵² Circa la relazione tra i fatti di gestione, la rappresentazione contabile e la redazione del bilancio, G. RACUGNO, *Dal bilancio ai fatti di gestione*, in *Giur. comm.*, 2002, V, 601 ss.

⁵³ Si deve osservare che non pare contemplarsi una espressa disciplina per la redazione dei bilanci il cui esercizio si chiude dopo il 23 febbraio 2020 ma prima del 31 dicembre 2020 (ad esempio, gli esercizi che chiudono al 30 giugno 2020). Tale esercizio si è chiuso dopo il 23 febbraio 2020, pertanto, non potrà applicarsi il comma 1; allo stesso tempo, non si riferisce ad un esercizio in corso al 31 dicembre 2020, sicché non si versa nel comma 2. Peraltro, al bilancio relativo all'esercizio che si

assume carattere “dirompente” rispetto a quella di diritto comune, atteso che si ammette che la valutazione circa la capacità dell’impresa di operare in continuità (oltre che secondo gli ordinari criteri della scienza aziendalistica) *possa* essere svolta in via esclusiva retrospettivamente, avvalendosi delle (sole) «risultanze» dell’ultimo bilancio il cui esercizio si è chiuso prima del 23 febbraio 2020. Si introduce una dissociazione tra i fatti di gestione rappresentati nel bilancio (quale conto del concluso esercizio; quello del 2020 redatto nel corso dei primi mesi del 2021) e le loro rilevanza ai fini della valutazione della continuità dell’attività, posto che la stessa potrà ritenersi sussistente sulla scorta delle risultanze del “*tra-passato*

chiude il 30 giugno 2021 (quindi in corso al 31 dicembre 2020), non è peraltro dato comprendere quale disciplina sia applicabile visto che il precedente esercizio non è stato chiuso entro il 23 febbraio 2020 (bensì il 30 giugno 2020). In prima battuta, pare ci si trovi di fronte a una irrazionale carenza di disciplina positiva, perché non v’è alcuna ragione per non aver previsto una specifica disciplina per gli esercizi che si chiudono tra il 23 febbraio e il 31 dicembre; tuttavia, la natura eccezionale della previsione in esame rende impraticabile il ricorso all’analogia. La soluzione prospettata dall’OIC (documento interpretativo n. 6 del 2020, par. 10, nella vigenza dell’art. 7 del D.L. 7/2020 la cui formulazione è assai simile a quella dell’art. 38-quater D.L. 34/2020) pare non trovare conforto nel dato normativo: *«per semplicità, prendendo in esame i bilanci che hanno chiusura al 30 giugno 2020, ne deriva che nella loro redazione si può applicare la deroga se nel bilancio al 30 giugno 2019 la valutazione delle voci è stata fatta nella prospettiva delle continuità aziendale in applicazione dei paragrafi 21 e 22 dell’OIC 11. Con riferimento ai bilanci che chiudono al 30 giugno 2021 la società può applicare la deroga prevista dall’art. 7 del D.L. 23/2020 qualora: - nel bilancio chiuso al 30 giugno 2020 sussisteva la continuità aziendale ai sensi dei par. 21 e 22 dell’OIC 11, senza che la società si fosse avvalsa in tale bilancio della facoltà di deroga prevista dalla Legge; - nel bilancio chiuso al 30 giugno 2020 sussisteva la continuità aziendale in quanto la società si era avvalsa in tale bilancio della facoltà di deroga prevista dalla Legge»*. Analoga soluzione, parimenti non condivisibile, era proposta da OIC, *Bozza documento interpretativo n. 8*, del 5 novembre 2020, par. 9, poi confermata, nella versione definitiva del Documento interpretativo n. 8 del marzo 2021, par. 8, ove si legge *«l’articolo 38-quater al comma 2 della Legge n. 77 prevede che la facoltà sia esercitabile per i bilanci in corso al 31 dicembre 2020 (ad esempio i bilanci che chiudono al 31 dicembre 2020 oppure al 30 giugno 2021). Il tenore letterale dell’art. 38-quater sembra non prevedere la possibilità di deroga per i bilanci chiusi successivamente al 23 febbraio ma non in corso al 31 dicembre 2020. Si pensi, ad esempio, a quelli che chiudono al 30 giugno 2020. In assenza di uno specifico riferimento normativo per tali bilanci, si è ritenuto che si possa applicare in via analogica quanto previsto dal comma 2 della norma»*.

esercizio” (quello del 2019, ove, in forza del comma 1, può non essersi tenuto conto delle incertezze manifestatesi nei primi mesi del 2020). Per tale via si *esclude* – quantomeno formalmente – l’inerenza dei *fatti di gestione* occorsi nell’esercizio di cui si redige il bilancio (ad esempio, perdite su crediti, tensioni finanziarie, dispersione del portafoglio clienti) e di qualunque valutazione previsionale in relazione all’esercizio entrante (nel corso del quale si redige il bilancio)⁵⁴.

Si coglie che in un contesto di significativa eccezionalità e incertezza circa la durata e l’intensità della crisi pandemica e della crisi simmetrica in relazione alle quali anche i tecnici dei rispettivi settori non sono in grado di formulare attendibili valutazioni previsionali, le soluzioni proposte paiono voler sollevare gli amministratori di società da *una indagine circa la effettiva capacità dell’impresa di superare indenne gli effetti e le incertezze derivanti dalla pandemia* (non ultimo in ragione del possibile mutamento delle abitudini di vita e di consumo⁵⁵), riconoscendo una ultrattività *medio tempore* della valutazione di continuità *pre-crisi* pandemica, che opera – nell’attesa e nell’auspicio del superamento di quest’ultima – come salvacondotto anche nell’esercizio successivo⁵⁶.

La previsione in esame pare iscriversi in quell’orientamento dottrinale che amplia la nozione di continuità ravvisandola, oltre che nella *piena continuità* (quale concorso della *capacità di generare reddito* e di *solvenza*⁵⁷), anche quando la stessa – sulla scorta dell’evoluzione del diritto della crisi d’impresa – assume connotati

⁵⁴ Lo iato con la disciplina di diritto comune, si apprezza alla luce delle riflessioni di M. CERA, *L’informazione contabile, gli interessi generali e la fine del presente*, in *Il caleidoscopio dell’informazione nel diritto societario e dei mercati – in ricordo di Guido Rossi*, P. Marchetti, F. Ghezzi, R. Sacchi (a cura di), Milano, 2020, 29 ss. e, in particolare, 39.

⁵⁵ All’indomani della pandemia non è da escludersi una significativa riduzione degli spostamenti (con riflessi per tutte le imprese operano nel settore dei trasporti) in ragione della possibilità di avvalersi in misura massiva degli strumenti di video-collegamento per svolgere ordinariamente riunioni o incontri, ovvero, l’adozione strutturale del c.d. *smart working* con evidenti esternalità per tutte le imprese attive nei settori delle locazioni di immobili a uso commerciale, della ristorazione, dei servizi per gli uffici, ecc.

⁵⁶ M. VENTORUZZO, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Le Società*, 2020, V, 526, definisce la soluzione prospettata dal legislatore come «*finzione di continuità*».

⁵⁷ F. PACILEO, *op. cit.*, 84.

“crepuscolari” o “provvisori”⁵⁸: il legislatore, spingendosi oltre, introduce una presunzione (*da intendersi in senso a-tecnico*, che potremmo anche riferire in termini di “sostegno”) per cui l’impresa che, prima della crisi pandemica presentava una prospettiva di continuità, continua a esprimere (e potrà esprimere in futuro) – indipendentemente dall’intensità della crisi d’impresa (qui distinguendola dall’*insolvenza*) in cui la stessa verserà e nell’attesa del “ritorno alla normalità” – un valore di funzionamento (c.d. *going concern value*). Prospettiva che pare trovare conforto e ragionevolezza se letta (anche) in combinato con la possibilità per tutte le imprese di avvalersi *medio tempore* di un sostegno pubblico o privato *straordinario* e di far ricorso a procedure negoziali per il superamento della crisi d’impresa opportunamente affinate per il contesto di riferimento⁵⁹.

Si abbandona – ai fini della redazione del bilancio – l’ordinaria *prudenza* (di cui la valutazione di continuità *sub* art. 2423-bis, comma 1, n. 1, c.c. costituisce un’endiadi) e, buttando il “cuore oltre la pandemia”, si assume che le imprese “in continuità” a fine 2019, per quanto tale prospettiva sia divenuta “crepuscolare” nel corso del 2020, abbiano la capacità e possano avvalersi di strumenti eccezionali per superare indenni i marosi della crisi pandemica così potendo ritornare a *continuità piena*. Si coglie che la presunzione di continuità non è solo funzione della necessità di fissare nuove regole di fronte ad una “*realtà*

⁵⁸ F. PACILEO, *op. cit.*, 102 ss. e, in particolare, 105 ove «per quanto concerne il venir meno della continuità aziendale occorre leggere in negativo la definizione che si ricava dai principi contabili e di revisione [...] e rapportarla alle menzionate disposizioni del diritto societario e della legge fallimentare. Pertanto un’impresa, seppur in «stato di crisi» (nell’accezione di cui all’art. 160 e 182-bis l. fall. [...]), non può essere valutata come priva della continuità aziendale: i) *sebbene non venga considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività per l’esercizio in corso e quello successivo (o comunque per un prevedibile futuro), ma contestualmente*; ii) *non vi sia né l’intenzione da parte della direzione aziendale né la necessità di liquidarla disaggregandola [...]*; iii) *quand’anche si renda necessario ricorrere a procedure concorsuali, però al fine di favorire la continuità aziendale*; iv) *più in generale, quando i vertici aziendali abbiano approvato un piano di risanamento [...]. In tale situazione non si potrà nemmeno parlare di piena continuità aziendale, ma l’impresa si troverà piuttosto in una continuità aziendale compromessa o “crepuscolare”*».

⁵⁹ Cfr. *supra* note 18 e 42.

deformata”⁶⁰ grvida di incertezze sul futuro ma anche della straordinarietà delle previsioni di sostegno all’attività d’impresa *medio tempore* introdotte (si pensi ad una società operante nei servizi di ristorazione che per diversi mesi non può svolgere la propria attività causa *lockdown* la cui prospettiva di ritorno alla continuità e *medio tempore* la solvenza siano “assicurate” dalla cassaintegrazione straordinaria, dalla moratoria dei finanziamenti bancari, dal differimento delle scadenze per il pagamento delle imposte e dai ristori erogati).

Presunzione di continuità sì, ma non assoluta, ostandovi – anche per quanto rilevato *supra* – l’assunzione di determinazioni che concludono – anche in corso di crisi pandemica – l’intenzione di procedere alla disaggregazione dell’impresa: ovverosia, (i) l’acclarato stato di insolvenza a cui fa seguito la decisione dell’ufficio gestorio di presentare istanza di fallimento; o (ii) il verificarsi di una causa di scioglimento della società (fermo il disposto dell’art. 6 D.L. 23/2020).

Il sostegno alla continuità (unitamente ad altre previsioni⁶¹), insistendo sui principi-criteri di redazione del bilancio, concorre a

⁶⁰ G. STRAMPELLI, *La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti “Liquidità” e “Rilancio”, op. cit.*, 388.

⁶¹ Cfr. art. 60, comma 7-bis, del Decreto Legge 14 agosto 2020, n. 104 (“D.L. 104/2020”), convertito con modificazioni in Legge 13 ottobre 2020, n. 126, secondo cui «i soggetti che non adottano i principi contabili internazionali, nell’esercizio in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono, anche in deroga all’articolo 2426, primo comma, numero 2), del codice civile, non effettuare fino al 100 per cento dell’ammortamento annuo del costo delle immobilizzazioni materiali e immateriali, mantenendo il loro valore di iscrizione, così come risultante dall’ultimo bilancio annuale regolarmente approvato. La quota di ammortamento non effettuata ai sensi del presente comma è imputata al conto economico relativo all’esercizio successivo e con lo stesso criterio sono differite le quote successive, prolungando quindi per tale quota il piano di ammortamento originario di un anno. Tale misura, in relazione all’evoluzione della situazione economica conseguente alla pandemia da SARS-COV-2, può essere estesa agli esercizi successivi con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze». Per una critica a tale previsione, commentando le prime indiscrezioni di stampa, cfr. G. STRAMPELLI, *La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti “Liquidità” e “Rilancio”, op. cit.*, 405, il quale evidenzia che «si pone in contrasto con l’articolo 12, par. 5 della direttiva 2013/34/EU».

«*modificare l'unità di misurazione*»⁶² del risultato di esercizio e del valore del patrimonio sociale, atteso che la redazione del bilancio in prospettiva liquidatoria inciderebbe (o avrebbe inciso) non solo sulla consistenza delle poste di bilancio ma anche sulla iscrivibilità di talune di esse (ad esempio, gli oneri pluriennali *ex art. 2426*, comma 1, n. 5, c.c., l'avviamento acquistato a titolo derivativo di cui al successivo *ex art. 2426*, comma 1, n. 6. c.c., ovvero, gli attivi per imposte differite, ecc...). In tal guisa, si rallenta l'emersione di perdite di esercizio, riducendo il rischio (senza scongiurarlo del tutto) che queste ultime intacchino «*il capitale sociale sino a ridurlo sotto il minimo legale*»⁶³; eventualità però superflua ai fini della regola “ricapitalizza o liquida” attesa la temporanea disattivazione *ex art. 6 del D.L. 23/2020*.

In segnata prospettiva, occorre notare che la disposizione in commento introduce transitoriamente un doppio livello di relatività nella disciplina del bilancio di esercizio: da un lato, si ha – sulla scorta di risalente e autorevole dottrina – una *relatività delle valutazioni* in funzione del fine per cui il bilancio è redatto (per «*conoscere il valore di liquidazione del patrimonio aziendale, o il valore di cessione dell'azienda, o il capitale dell'azienda in funzionamento*»⁶⁴); dall'altro, eccezionalmente, una *relatività dei criteri di valutazione della continuità* in presenza della medesima funzione del bilancio. Più prosaicamente – accedendo ad una qualificazione deontica della norma in esame in termini di “permesso/facoltà” –, la valutazione della prospettiva di continuità potrà operarsi (i) secondo gli ordinari criteri della scienza aziendalistica e degli *standard setter* (di cui non è stata vietata l'applicazione) ovvero (ii) avvalendosi della presunzione di continuità in parola. Viene, quindi, riconosciuta la facoltà di scelta tra più criteri per la valutazione della continuità, dovendosi però ritenere che l'impiego di ognuno di essi – non avendo il legislatore individuato un ordine di preferenzialità o specifiche condizioni – sia compatibile

⁶² G. STRAMPELLI, *La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti “Liquidità” e “Rilancio”*, *op. cit.*, 385.

⁶³ Per più approfondite considerazioni sul tema, *cfr.* nota precedente.

⁶⁴ G.E. COLOMBO, *Il bilancio d'esercizio*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Vol. 7, Torino, 1994, 28, ove si richiama il saggio di M. PANTALEONI, *Alcune osservazioni sulle attribuzioni di valori: in assenza di formazione di prezzi di mercato*, in *Giornale degli Economisti*, 1904, I, 204 ss.

con l'obiettivo di rappresentazione veritiera⁶⁵. Scelta che spetterà esclusivamente all'ufficio gestorio (posto che il bilancio è atto di tale ufficio) e che si ritiene non sindacabile (salvo nelle ipotesi di cui si dirà *infra*) ai fini della validità del bilancio o della responsabilità degli amministratori.

La possibilità che la valutazione di continuità possa fondarsi su criteri diversi e che in un caso possa basarsi su fatti di gestione *ante* pandemia, al fondo, però, non è equivalente e così si impone che ne venga data compiuta informativa ai lettori del bilancio.

Con riferimento ad entrambi i momenti di disciplina testé illustrati (ovverosia, per i bilanci chiusi prima del 23 febbraio 2020 e per quelli in corso al 31 dicembre 2020) sono prescritti specifici obblighi informativi⁶⁶ in nota integrativa e nella relazione sulla gestione (in parte già preesistenti nella diritto comune ma che ora assumono una nuova coloritura) volti (i) non solo a rappresentare i criteri applicati nella valutazione delle voci di bilancio, e così la scelta di essersi avvalsi o meno della deroga in esame e degli accertamenti svolti ai fini dell'accertamento della continuità (art. 2427, comma 1, n. 1, c.c.), ma anche (ii) a fornire un quadro aggiornato circa (ii.a) i rischi e le incertezze derivanti dagli eventi successivi alla chiusura del bilancio (art. 2427, comma 1, n. 22-*quater*, c.c.; art. 2428, comma 1 e comma 3, n. 6, c.c.) nonché (ii.b) *la capacità dell'azienda «di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito»*⁶⁷. In particolare, come indicato nel Documento

⁶⁵ Così, con riferimento alla facoltà di scelta tra più criteri di valutazione per determinate tipologie di attivi, G. STRAMPELLI, *Commento sub art. 2423*, in *Le Società per Azioni*, P. Abbadessa e G.B. Portale (a cura di), Milano, 2016, 2173.

⁶⁶ Cfr. art. 38-*quater* D.L. 34/2020, comma 1, secondo periodo, e comma 2, terzo periodo.

⁶⁷ Si deve peraltro segnalare la difficoltà di coordinamento tra l'obbligo di fornire compiuta informativa in nota integrativa circa gli effetti derivanti dal ricorso al supporto alla continuità e la facoltà accordata *ex art. 2435-ter* c.c. alle c.d. micro-imprese di non redigere la nota integrativa. Per il dibattito circa l'esenzione dall'obbligo di redazione della nota integrativa per le micro-imprese, cfr. G. STRAMPELLI, *Commento sub art. 2435-ter*, in *Le Società per Azioni*, P. Abbadessa e G.B. Portale (a cura di), Milano, 2016, 2450. Con specifico riferimento all'art. 7 del D.L. 23/2020, M. DI SARLI, *Redazione del bilancio e dintorni ai tempi del Coronavirus: prime riflessioni*, 11 aprile 2020, reperibile al sito www.ilcaso.it, 5, secondo cui «pare opportuno che una simile informativa venga resa anche da parte» delle micro-imprese «in virtù dell'obbligo contenuto nell'art. 2343, comma 3, c.c. di

Interpretativo n. 8 dell'OIC (ma già così nel precedente Documento Interpretativo n. 6 dell'OIC), occorrere illustrare *l'assenza di ragionevoli alternative alla cessazione dell'attività, indicando gli effetti che ciò potrebbe produrre sulla situazione patrimoniale ed economica della società*⁶⁸.

Il corollario esplicativo di cui si è fatto cenno pare attribuire alla nota integrativa e alla relazione sulla gestione una finalità *sanante* per preservare la compiuta “*funzione informativa*” (anche prospettica) del bilancio di esercizio⁶⁹, rilevando il rispetto di tali obblighi ai fini della validità della deliberazione di approvazione del bilancio⁷⁰. In tal sede, occorrerà illustrare l'effettiva capacità dell'impresa di operare in piena continuità *post* pandemia⁷¹, quali sono le iniziative che l'organo di gestione ha eventualmente adottato o intende adottare per assicurare tale continuità, indicando le probabilità di successo delle stesse, disvelando nell'ipotesi in cui il rischio di cessazione dell'attività sia (quantomeno) probabile l'effettiva consistenza *in prospettiva liquidatoria* del risultato d'esercizio, del patrimonio netto, ovvero, del capitale sociale⁷².

fornire le informazioni complementari necessarie per soddisfare l'obbligo della rappresentazione chiara, veritiera e corretta». Per l'Autrice le informazioni in parola potrebbero essere collocate in una nota informativa oppure in calce allo stato patrimoniale.

⁶⁸ In tal senso, anche G. STRAMPELLI, *La preservazione (?) della continuità aziendale nella crisi da Covid-19: capitale sociale e bilanci nei decreti “Liquidità” e “Rilancio”*, *op. cit.*, 397.

⁶⁹ G. STRAMPELLI, *Commento sub art. 2423, op. cit.*, 2171.

⁷⁰ Tenuto conto che ai sensi dell'art. 2423, comma 1, c.c., la nota integrativa è parte integrante del bilancio e che la stessa è oggetto di approvazione da parte dell'assemblea, non è controverso che eventuali vizi della nota possano determinare l'invalidità della delibera di approvazione. In tal senso e per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, G. STRAMPELLI, *Commento sub art. 2427*, in *Le Società per Azioni*, P. Abbadessa e G.B. Portale (a cura di), Milano, 2016, 2324. Recentemente, si segnala Trib. Milano, 20 giugno 2019, reperibile al sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

⁷¹ In ideale continuità con l'esempio formulato nel corpo del testo, una società operante nei servizi di ristorazione dovrà valutare se dispone o avrà accesso a risorse finanziarie sufficienti per “riattivare” la propria attività d'impresa superata la crisi pandemica.

⁷² Sul punto, nella vigenza dell'art. 7 D.L. 23/2020, si era espresso, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 530, secondo cui «*piuttosto – ma non è questo quanto la norma richiede – in quelle ipotesi nelle quali la continuità non sussisterebbe ma la si “forza”*»

Lungo questa traiettoria si devono rilevare i possibili riflessi esterni e interni all'ente di tale portato informativo.

All'esterno, possono ravvisarsi effetti sul piano *concorrenziale* tra chi si avvale della presunzione di continuità e chi no. Non si può peraltro escludere che, la sola dichiarazione di essersi avvalsi della previsione in parola possa fungere da “*cordone sanitario*”, generando diffidenza nei creditori (e nei clienti) della società, accelerandone la crisi e così l'insolvenza (ciò anche solo per il timore che in ipotesi di successivo fallimento – *rectius*, di apertura della liquidazione giudiziale – il curatore possa invocare in sede di revocatoria il su-richiamato patrimonio informativo ai fini della prova della *scientia decoctionis*)⁷³.

All'interno, il bilancio di esercizio potrebbe fornire una “*doppia rappresentazione*” con conseguenti riflessi sulla “*funzione organizzativa*”⁷⁴ dello stesso, potendo emergere *incertezze operative-applicative* con riferimento a tutte le decisioni che assumono le risultanze del bilancio come base di riferimento⁷⁵, onerando l'organo di gestione di interrogarsi – in funzione del grado di rischio di cessazione dell'attività e dei conseguenti effetti – in merito a quale sia l'effettiva situazione patrimoniale della società da assumere a riferimento.

La questione meriterebbe una trattazione che va ben oltre le finalità del presente scritto. Tuttavia, in via di prima approssimazione, si è persuasi che, qualora vi sia un elevato rischio di perdita della continuità, le risultanze della nota integrativa debbano essere prese a riferimento dall'organo di gestione in relazione a quelle previsioni preordinate alla tutela del principio di effettività e di integrità del capitale sociale (*inter alia*, artt. 2357, 2358, 2359, 2433 c.c.), oggetto di specifico presidio

per via della situazione emergenziale, potrebbe essere opportuna, a fini di un completo apprezzamento degli effetti della scelta, una indicazione dei valori che risulterebbero dalla situazione effettiva, in assenza di continuità. Può ipotizzarsi che ciò non sia stato espressamente imposto onde non dare spazio a quelle stesse risultanze negative che il decreto liquidità intende non evidenziare, e per non appesantire notevolmente il lavoro di redazione dei conti in un contesto già molto pesante sul fronte degli adempimenti».

⁷³ Sulla possibile rilevanza delle evidenze dei bilanci ai fini della prova della *scientia decoctionis*, cfr., in giurisprudenza, Cass. Civ. 2 novembre 2017, n. 26061; Cass. Civ. 23 settembre 2009, n. 20482; Trib. Roma 14 gennaio 2014, n. 894, in *banca dati DeJure*.

⁷⁴ G. STRAMPELLI, *Commento sub art. 2423, op. cit.*, 2171.

⁷⁵ Cfr., senza pretesa di esaustività, artt. 2433, 2357, 2358, 2359, 2412 c.c.

penale⁷⁶, così scongiurando il rimborso anticipato del valore dei conferimenti ai soci o delle poste di netto, prima dell'integrale soddisfacimento dei creditori sociali⁷⁷. Linea di condotta da ritenersi peraltro imposta agli amministratori atteso che la violazione dei presidi a tutela del capitale sociale (anche in disparte, come si dirà *infra*, dalla disattivazione delle cause di scioglimento *ex art.* 2484, comma 1, n. 4, c.c.) costituisce violazione degli obblighi generali di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (*art.* 2392, comma 1, c.c.) e in modo informato (*art.* 2381, comma 6, c.c.), nonché di preservare l'integrità del patrimonio sociale (*art.* 2394, comma 1, c.c.)⁷⁸.

Le testé richiamate considerazioni permettono di cogliere un ulteriore limite della previsione in esame. La presunzione di continuità in discorso va delimitata alla redazione del bilancio, non venendo meno l'obbligo per l'organo di gestione di monitorare *in continuum ex art.* 2086, comma 2, c.c. (previsione mai disattivata dalla legislazione emergenziale) la futura capacità dell'impresa di produrre reddito (anche all'indomani della pandemia) o il manifestarsi della crisi (di natura finanziaria o patrimoniale), provvedendo all'individuazione dei più opportuni strumenti e soluzioni per il relativo superamento, compiendo scelte di gestione coerenti con lo stato in cui versa l'impresa e con le

⁷⁶ Artt. 2626, 2627 2628 c.c. nonché, qualora per effetto di tali condotte si sia cagionato o concorso a cagione il dissesto della società, dall'art. 223 L.fall.: previsioni per le quali, anche in tempo di crisi pandemica, non è stata prevista alcuna deroga.

⁷⁷ Un'eventuale deroga – oltre a non essere stata espressamente prevista – non sarebbe peraltro compatibile con i principi del diritto dell'Unione atteso il disposto dell'art. 56 della Direttiva (UE) 2017/1132 (di armonizzazione delle società per azioni) di cui l'art. 2433 c.c. è puntuale attuazione.

⁷⁸ Con riferimento ai doveri degli amministratori in ipotesi di crisi latente, *cfr.* V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, 308, rileva che «*l'aspetto conservativo della gestione si manifesta, invece, con riguardo a quelle operazioni che comportano un depauperamento del patrimonio senza contribuire al risanamento dell'impresa quali il rimborso dei finanziamenti dei soci passibili, in caso di insolvenza, di postergazione, la distribuzione di riserve disponibili o la riduzione reale del capitale*». Analogicamente, merita essere richiamato il consolidato orientamento dottrinale che riconosce il dovere degli amministratori di non dare esecuzioni a distribuzioni a favore dei soci (*ex art.* 2433, commi 2 e 3, c.c.) lesive della solvibilità della società: *ex multis*, G. STRAMPELLI, *Commento sub art. 2433*, in *Le Società per Azioni*, P. Abbadessa e G.B. Portale (a cura di), Milano, 2016, 2394, ove ampi riferimenti dottrinali.

relative prospettive, anche tenuto conto del progressivo venir meno delle misure di sostegno pubblico⁷⁹.

In definitiva, anche luce delle conclusioni formulate *sub* par. 4, la prospettiva ordinamentale può compendiarsi nell'assunto che l'impresa, *non insolvente* (o, più in generale, che non abbia avvito il processo di disaggregazione del suo patrimonio), che potrebbe perdere la propria prospettiva di continuità nell'anno della *pandemia* è ancora un (potenziale) valore e come tale deve poter essere conservato con l'auspicio – mediante gli straordinari strumenti di sostegno pubblico o privati messi a disposizione dal legislatore e, se del caso, attraverso il ricorso a eventuali strumenti negoziali per il superamento della crisi, privilegiando una prospettiva di efficienza – di mantenere in vita rapporti (di lavoro, di fornitura, ecc...) su cui in futuro si confida (anche a livello di sistema) di poter trarre profitto.

Vi è però da notare che l'alterazione dei principi e delle regole contabili (nonché delle modalità attuative) dovrebbe essere operata con grande prudenza, saggiando l'utilità in concreto di tali soluzioni, rifuggendo dal legittimare “*politiche di bilancio*”⁸⁰ per finalità di interesse pubblico o dalla trasformazione del bilancio in strumento di “*politica economica*” di guisa da “occultare” gli effetti della crisi pandemica nelle imprese. L'effetto «*maquillage*» sui bilanci potrebbe, per vero, generare significative incertezze sulla credibilità e attendibilità delle relative risultanze, dissuadendo l'apporto di capitali

⁷⁹ Si ritiene che traghettare l'impresa nel corso e al di là della pandemia è attività non ordinaria (*rectius*, eccezionale) dovendosi riconoscere un ampliamento del contenuto della *business judgement rule* con riferimento alla valutazione circa l'adeguatezza degli assetti organizzativi e amministrativi adottati *pre* e *inter* crisi pandemica (e della correlata attività di pianificazione dell'attività d'impresa) e delle scelte di gestione operate nel corso della stessa. Tuttavia, non viene meno l'obbligo di rilevazione e accertamento dei sintomi della crisi e di prevenzione dell'insolvenza, con conseguente obbligo di vagliare e adottare le misure più opportune per consentire la ristrutturazione dell'impresa ed evitare un aggravamento che può condurre all'insolvenza, financo ad assumere scelte di gestione prettamente conservative qualora (in concreto) non si ravvisino prospettive di continuità aziendale all'indomani della pandemia. Con riferimento ai doveri degli amministratori nelle fasi di declino e di crisi dell'impresa, *cfr.* V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, 306 ss.

⁸⁰ Ci si riferisce alla superata teorizzazione scientifica, riferita e criticata da G.E. COLOMBO, *op. cit.*, 29, secondo cui ai redattori del bilancio competerebbe una funzione, essenzialmente politica, di individuazione del punto di equilibrio o di compromesso tra i vari interessi in gioco.

(di rischio o di debito) da parte di potenziali investitori: unico (o, quantomeno, primario) strumento per l'effettiva riattivazione o riconversione delle imprese all'indomani della crisi pandemica-simmetrica.

6. Capitale

Vendendo quindi al lemma capitale, l'art. 6 del D.L. 23/2020, oggi rubricato "*Disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale*", è una previsione con una storia piuttosto "travagliata".

L'originaria formulazione era in larga parte pedissequa riproduzione dell'art. 182-*sexies*, comma 1, L.fall. (riprodotta anche negli artt. 64 e 89 C.c.i.i.) e poteva essere ricostruita nei seguenti termini:

- a) nelle s.p.a., s.a.p.a. e s.r.l. dal 9 aprile 2020 (data di entrata in vigore del D.L. 23/2020) sino al 31 dicembre 2020, «*per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data*», era sospeso l'obbligo di riduzione del capitale per perdite oltre un terzo (*cfr.* artt. 2446, commi 2 e 3, e 2482 *bis*, commi 4, 5 e 6, c.c.);
- b) era parimenti sospeso, per i medesimi tipi sociali di cui alla lettera a), l'obbligo di riduzione e contestuale aumento del capitale sociale – ovvero di trasformazione – se la perdita, superiore al terzo, avesse portato il capitale reale sotto il minimo legale (*cfr.* artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.);
- c) il secondo periodo, del medesimo comma 1, prevedeva la sospensione della connessa causa di scioglimento della società in ipotesi di riduzione del capitale sotto il minimo legale (*cfr.* art. 2487, comma 1, n. 4, c.c.)⁸¹, ovvero, per le società cooperative in ipotesi di erosione dell'intero capitale sociale (*cfr.* art. 2545-*duodecies* c.c.).

⁸¹ Si noti che resta invece pienamente efficace l'ipotesi di riduzione del capitale sociale e di scioglimento in caso di mancato collocamento o acquisto delle azioni dei soci recedenti (*cfr.* art. 2437-*quater*, comma 6, c.c.). Permangono altresì in vigore le altre cause di scioglimento *ex* art. 2484, comma 1, c.c., sicché l'assemblea dei soci in presenza di erosione del capitale sociale e a fronte della richiesta degli amministratori di procedere al relativo aumento (previa relativa riduzione), ben potrebbero determinarsi nello scioglimento volontario mediante propria deliberazione (n. 6). Devono ritenersi parimenti non sospese eventuali ipotesi di scioglimento convenzionale che, in tutto o in parte, siano correlate all'erosione del capitale sociale (a titolo esemplificativo, previsione statutaria che prevede lo scioglimento della società allorché le perdite intacchino il capitale sociale).

Nell'*iter* di conversione in legge del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 (intervenuta con Legge 18 dicembre 2020, n. 176), si era proposto di modificare l'art. 6 del D.L. 23/2020 prevedendo la proroga della disciplina relativa alla riduzione del capitale sociale sino al 31 dicembre 2021 e, a completamento dell'originaria formulazione, si fissava in tre esercizi il termine entro cui la perdita avrebbe dovuto essere riassorbita a meno di un terzo; fino a tale data era peraltro sospesa la causa di scioglimento per perdite *ex art.* 2484, comma 1, n. 4, c.c.. L'emendamento è stato ritirato e detta proposta non ha mai visto la luce⁸².

L'art. 6 del D.L. 23/2020 è stato poi integralmente riscritto dall'art. 1, comma 266, della L. 178/2020 e oggi, con formulazione che non

⁸² Il richiamato emendamento recava la seguente formulazione: «*dopo l'articolo 10, è aggiunto il seguente: "Art. 10-bis. (Ulteriori misure di sostegno alle imprese) 1. L'articolo 6 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, è sostituito dal seguente: "Art. 6. – (Disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale) – 1. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2021, per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data, non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile. 2. Il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo stabilito dagli articoli 2446, comma secondo, e 2482-bis, comma quarto, del codice civile, è posticipato al terzo esercizio successivo; l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. 3. Nelle ipotesi previste dagli articoli 2447 o 2482-ter del codice civile l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio di cui al comma 2. L'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve procedere alle deliberazioni di cui agli articoli 2447 o 2482-ter del codice civile. Fino alla data di tale assemblea non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, punto n. 4), e 2545-duodecies del codice civile. 4. Le perdite di cui ai commi precedenti devono essere distintamente indicate nella nota integrativa con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio"».*

brilla certamente per chiarezza e illeggibilità, può essere così compendiato⁸³:

- a) «*per le perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano*» gli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4, 5 e 6, e 2482-ter del c.c. e non opera, per le s.p.a., s.a.p.a. e s.r.l., la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c. e, per le società cooperative, quella recata dall'art. 2545-duodecies (comma 1);
- b) nelle fattispecie di cui agli artt. 2446 e 2482-bis, comma 4, c.c. il termine per riassorbire le perdite a meno di un terzo è differito al quinto esercizio successivo. Qualora ciò non sia occorso, «*l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate*» (comma 2);
- c) nelle ipotesi di cui agli artt. 2447 e 2482-ter c.c. – riduzione del capitale oltre un terzo e sotto il minimo legale – «*l'assemblea*

⁸³ La previsione in parola riecheggia – con alcune significative differenze – quanto disposto: (i) dall'art. 46 del D.L. 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 dicembre 2016 n. 229, recante sospensione della riduzione del capitale sociale per perdite relative all'esercizio 2016 per le società con sede nelle aree delle regioni di Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria colpite da eventi sismici nel 2016, secondo cui «*dal 31 dicembre 2016, per le imprese che hanno sede o unità locali nel territorio dei Comuni di cui all'articolo 1, le perdite relative all'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2016 non rilevano, nell'esercizio nel quale si realizzano e nei quattro esercizi successivi, ai fini dell'applicazione degli articoli 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter, 2484 e 2545-duodecies del codice civile*»; (ii) dall'art. 26, comma 1, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, recante disciplina della riduzione del capitale nelle PMI, secondo cui «*nelle start-up innovative il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo stabilito dagli articoli 2446, comma secondo, e 2482-bis, comma quarto, del codice civile, è posticipato al secondo esercizio successivo. Nelle start-up innovative che si trovino nelle ipotesi previste dagli articoli 2447 o 2482-ter del codice civile l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio successivo. Fino alla chiusura di tale esercizio non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, punto n. 4), e 2545-duodecies del codice civile. Se entro l'esercizio successivo il capitale non risulta reintegrato al di sopra del minimo legale, l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve deliberare ai sensi degli articoli 2447 o 2482-ter del codice civile*».

convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura» del quinto esercizio successivo; nel caso in cui non siano state riassorbite entro tale termine, la società dovrà trasformarsi ovvero sciogliersi (comma 3);

d) infine, è fatto obbligo di indicare distintamente in nota integrative le perdite di cui ai punti precedenti «*con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio*» (comma 4).

La previsione in esame, come rilevato da diversi interpreti già nella vigenza della prima formulazione⁸⁴, si inserisce – non è dato sapere con quale grado di consapevolezza da parte del legislatore – nel più ampio dibattito circa la funzione (*rectius*, le funzioni) del capitale nominale che da diversi lustri vede confrontarsi la dottrina (non solo domestica⁸⁵), così trovandoci di fronte ad un “*involontario esperimento*” su vasta scala, che, all'indomani della pandemia, potrà offrire dati empirici utili per eventuali riflessioni.

Ferme le finalità organizzativa e vincolistica⁸⁶ (che restano pienamente confermate), l'art. 6 D.L. 23/2020 – nelle due diverse

⁸⁴ Così M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 532; nello stesso senso, L. SALAMONE, *op. cit.*, 5 ss.

⁸⁵ Per la ricostruzione del relativo dibattito sia nel diritto dell'Unione che nazionale, M. MAUGERI, *Struttura finanziaria della s.p.a. e funzione segnaletica del capitale nel diritto europeo armonizzato*, in *Diritto societario europeo e internazionale*, M. Benedettelli e M. Lamandini (diretto da), Milano, 2016, 329 ss., e note da 1 a 5, ove ampi riferimenti bibliografici.

⁸⁶ Per funzione organizzativa del capitale sociale nominale si ha riferimento a esso quale grandezza suddivisa in titoli di uguale valore (*i.e.* azioni) che fungono da base per la definizione quantitativa dei diritti dell'azionista. Quanto alla funzione vincolistica, si intende quella frazione ideale del patrimonio netto di cui i soci non possono legittimamente riappropriarsene a meno di modificare l'atto costitutivo riducendolo. Sul punto, si rinvia, per tutti, a: P. SPADA-M. SCIUTO, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato Colombo Portale*, Vol. 1, Tomo I, 2004, 29 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (diretto da), P. Schlesinger (continuato da), Milano, 2012, 457 ss. Per il relativo dibattito, E. GINEVRA, *Il capitale sociale e i conferimenti*, in *Manuale di diritto commerciale*, III - Diritto delle società, M. Cian (a cura di), Torino, 2018, 234 ss.; ID, *La partecipazione azionaria*, in *Manuale di diritto commerciale*, III - Diritto delle società, M. Cian (a cura di), Torino, 2018, 290 ss.

formulazioni tempo per tempo vigenti –, riprendendo una scansione proposta da autorevole dottrina⁸⁷, mira a “disattivare” temporaneamente il capitale sociale:

- quale «*circuito d'allarme*», volto a scongiurare lo scioglimento della società, imponendo l'obbligo all'organo amministrativo di attivare una complessa procedura (convocazione dell'assemblea, predisposizione di una relazione da sottoporre all'assemblea art. 2446 c.c.), qualora le perdite abbiano inciso sul cd. capitale reale – la differenza tra attività e passività – superando il terzo del capitale sociale nominale; se la perdita persiste – anche nel successivo esercizio ma non giunge a ridurre le attività al di sotto il minimo legale – bisogna “*ritarare*” il circuito, riducendo il nominale e, quindi, rendendolo più sensibile alla perdita (nel senso che basterà una perdita percentualmente minore per far riattivare il “*circuito d'allarme*”); nonché

- quale *antidoto al sovraindebitamento* (compendiato, nell'espressione “*ricapitalizza o liquida*”⁸⁸): ovverosia, cifra (convenzionalmente definita ed il cui valore minimo è fissato dalla legge per ciascun tipo societario) che, ragguagliata al risultato della somma algebrica tra attività e passività (cd. reale), deve rimanere positiva. Quindi, nel caso in cui la somma dei valori delle attività non eguagli il capitale minimo per legge (*ex* art. 2484, comma 1, n. 4 c.c.), la società si scioglie e l'iniziativa programmata dai soci – salvo l'esercizio provvisorio (*ex* art. 2487, comma 1, lett. c, c.c.) – deve cessare.

Disattivazione del capitale sociale che nella “vecchia” e nella “nuova” formulazione si è indirizzata in diverse prospettive in ragione del diverso ambito applicativo ricavabile (non univocamente) dal formante normativo consegnato.

Si è dell'avviso – pur nella consapevolezza che il tema è assai dibattuto – che nell'originaria versione dell'art. 6 D.L. 23/2020 il

⁸⁷ P. SPADA, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*, Studio n. 127-2006/I.

⁸⁸ Secondo L. SALAMONE, *op. cit.*, 3, nota 2, tale espressione potrebbe essere riformulata in termini «*«riorganizza o liquida»*: le disposizioni ricordate pongono infatti la compagine sociale di fronte alla scelta, nel caso delle perdite più gravi, tra i) ricapitalizzazione (= riorganizzazione del patrimonio sociale), ii) trasformazione della società in un tipo societario diverso (= riorganizzazione strutturale dell'ente), ovvero iii) scioglimento di diritto».

legislatore si sia orientato – per un periodo limitato di tempo – verso un’“ampia sospensione” delle regole di riduzione del capitale sociale o di scioglimento delle società anche quando l’erosione del capitale oltre un terzo fosse stata già accertata in precedenti esercizi e non riferibile direttamente alla crisi pandemica⁸⁹. Per tale via, si mirava: (i) a evitare che le imprese nel pieno della pandemia fossero chiamate a ridurre il

⁸⁹ Si ritiene che diversi ordini di argomentazione militassero in tal senso: innanzitutto, sul piano letterale, difettava un puntuale riferimento a una possibile correlazione (anche solo indiretta) tra natura/causa delle perdite e possibilità di avvalersi della previsione in esame. Inoltre, il riferimento alle «*fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro*» il 31 dicembre 2020 (per quanto di formulazione anodina) lasciava intendere che non vi fosse un limite alla retro-applicazione della sospensione in parola anche quando la perdita oltre un terzo (e, se del caso, sotto il minimo legale) del capitale sociale si fosse verificata in precedenti esercizi e quindi senza alcun nesso eziologico con la crisi pandemica. Infine, la disapplicazione dell’art. 2446, commi 2 e 3, o dell’art. 2482-bis, commi 4, 5 e 6, c.c. avrebbe avuto un effetto utile nel limitato periodo di vigenza dell’art. 6 D.L. 23/2020 (9 marzo-31 dicembre 2020) solo se riferita a perdite che fossero originate da precedenti esercizi (l’assemblea dei soci 2020, che ha approvato il bilancio dell’esercizio 2019, in ossequio al disposto di cui all’art. 2446, comma 2, c.c. e 2482-bis, comma 4, c.c., era eventualmente chiamata a ridurre il capitale sociale per perdite che avevano eroso il capitale sociale per oltre un terzo nel 2018 e non riassorbite nel corso del 2019). Nella prospettiva qui condivisa, paiono esprimersi: ASSONIME, *Le regole societarie per salvaguardare la continuità operativa nei decreti Liquidità e Rilancio*, 31; D’ATTORE, *op. cit.*, 598; M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 533; CONSIGLIO NOTARILE di MILANO, Massima n. 191 – *Sospensione della disciplina in tema di riduzione obbligatoria del capitale a copertura di perdite, nel periodo di emergenza Covid-19 (art.2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.;art.6 d.l. 23/2020)*, del 16 giugno 2020 [abrogata dalla Massima n. 196 – *Sospensione della disciplina in tema di riduzione obbligatoria del capitale a copertura di perdite, nel periodo dell’emergenza Covid-19*] (artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c.; art. 6 d.l. 23/2020) del 23 febbraio 2021]. In senso contrario, si sono orientati: A. BUSANI, *Il 2020 come anno “di grazia” per le perdite da Covid-19*, in *Le Società*, 2020, V, 541; F. DIMUNDO, *La “messa in quarantena” delle norme sulle perdite del capitale sociale e sullo scioglimento della società. Note sull’art. 6 del “Decreto Liquidità”*, reperibile al sito www.ilcaso.it, 21 aprile 2020, 28; L. SALAMONE, *op. cit.*, 18; così anche la Relazione Illustrativa del D.L. 23/2020 secondo cui la *ratio* della previsione in esame sarebbe da rinvenirsi nella necessità di «*evitare che la perdita del capitale, dovuta alla crisi da COVID-19 e verificatasi nel corso degli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020, ponga gli amministratori di un numero elevatissimo di imprese nell’alternativa [...] tra l’immediata messa in liquidazione [...] ed il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell’articolo 2486 del codice civile*». Aderisce a quest’ultimo orientamento, Trib. Catania, 28 maggio 2020, in *banca dati DeJure*.

capitale sociale così rendendo più sensibile l’attivazione del “*circuito d’allarme*” ovvero a effettuare aumenti del capitale che, anche in ragione del significativo stato di incertezza, difficilmente avrebbero avuto esiti positivi; (ii) ad acquistare tempo in attesa dell’entrata a regime delle molteplici misure a sostegno della ri-capitalizzazione delle società⁹⁰ la cui efficacia sarebbe risultata gravemente pregiudicata qualora si fosse fatto luogo anzitempo all’avvio della procedura di scioglimento-liquidazione⁹¹ e alla cessazione dell’attività d’impresa; (iii) a scongiurare che l’obbligo di conservazione del capitale sociale potesse frenare il ricorso alle misure di sostegno alla liquidità delle società⁹², le quali, comportando un incremento della leva finanziaria, ne “irrigidiscono” la struttura patrimoniale.

In limine allo spirare di efficacia della *generalizzata sospensione*, il legislatore ha riorientato le finalità dell’intervento normativo al fine favorire – mediante rinvio per cinque esercizi del termine per il riassorbimento delle perdite (ovvero, per la trasformazione della società o il suo scioglimento) – la *permanenza nel mercato (specificamente)* delle società che nell’esercizio in corso al 31 dicembre 2020⁹³ abbiano

⁹⁰ Si vedano, l’art. 26 del D.L. 34/2020, “*Rafforzamento patrimoniale delle imprese di medie dimensioni*” e l’art. 44 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 convertito con la legge 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. D.L. Semplificazioni), “*Misure a favore degli aumenti di capitale*”.

⁹¹ Revoca dello stato di liquidazione che si caratterizza *ex art.* 2487-*ter* c.c. per un procedimento particolarmente rigido atteso il differimento del termine di efficacia della revoca, il riconoscimento del diritto di opposizione dei creditori, la facoltà di recesso dei soci che non concorrono all’approvazione della relativa deliberazione (art. 2437, comma 1, lett. d, c.c.). Da questo angolo visuale, si può meglio constatare la scelta del legislatore di disattivare *ex ante* la “spia” del sovraindebitamento permettendo – con i limiti gestionali di cui si dirà *infra* – la prosecuzione dell’attività anche in un contesto patrimonialmente deteriorato (piuttosto che confermare la causa di scioglimento *ex art.* 2487, comma 1, n. 4, c.c., agevolando *ex post* il ripristino della funzionalità operativa-organizzativa della società sterilizzando i diritti di opposizione dei creditori e di recesso dei soci in sede di revoca dello stato di liquidazione).

⁹² *Cfr.* art. 8 D.L. 23/2020 “*Disposizioni temporanee in materia di finanziamenti alle società*” e *supra* nota 18.

⁹³ Non si hanno particolari incertezze nell’affermare che l’esercizio rilevante – al pari di quanto visto per l’art. 38-*quater* D.L. 34/2020 – è sia quello che è in corso e si chiude il 31 dicembre 2020 (com’è prassi per gli esercizi che coincidono con l’anno solare) sia quello che è solo in corso ma che terminerà in data successiva (ad esempio, il 30 giugno 2021). Soluzione che, per vero, potrebbe portare a esiti non proprio lineari: tenuto conto della natura eccezionale della previsione in esame, a titolo

subito un “*danno qualificato*” (nell’accezione di cui al par. 2.3.) – da intendersi “presuntivamente” causato dalle crisi pandemica – consistente nell’intervenuta erosione (per perdite) del capitale sociale per oltre un terzo.

Si consideri infatti che l’art. 6 D.L. 23/2020 si occupa esclusivamente – previa espressa disattivazione della disciplina di diritto comune – di rimodulare gli ordinari termini per il riassorbimento delle «*perdite emerse nell’esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020*» e non interviene formalmente sul *presupposto* – benché a monte ne sia consentita una sua alterazione sul piano sostanziale⁹⁴ – che impone l’attivazione della disciplina di riduzione del capitale sociale per perdite (*cfr.* artt. 2446, comma 1⁹⁵, e 2482-*bis*, comma 1, c.c. che è anche quello degli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.): ovverosia, l’accertamento della diminuzione del patrimonio netto – anche per effetto di perdite portate a nuovo da precedenti esercizi e dopo l’assorbimento delle riserve⁹⁶ – a un valore inferiore ai due terzi del capitale sociale.

esemplificativo, non potrà applicarsi in ipotesi di erosione qualificata del capitale sociale in un esercizio chiuso il 30 novembre 2020; in tal caso, dovrà darsi attuazione alla disciplina di diritto comune.

⁹⁴ Sulla scorta di quanto esposto *supra sub* par. 5, si deve tenere conto dell’“*unità di misurazione*” delle consistenze patrimoniali effettivamente adottata che potrebbe condurre a un diverso saldo del capitale reale in funzione dell’eventuale sospensione degli ammortamenti *ex* art. 60, comma 7-*bis*, D.L. 104/2020 e dal ricorso o meno alla presunzione di continuità (ci si dovrebbe peraltro interrogare se rileva il capitale reale determinato nello stato patrimoniale, oppure, in assenza di effettive prospettive di continuità, quello risultante nella nota integrativa). La possibilità di avvalersi delle testé menzionate concessioni si riflette (a) sulla individuazione del momento di attivazione dell’obbligo di convocazione dell’assemblea (anche tenuto conto dei possibili risvolti sanzionatori *ex* art. 2631 c.c.) e (b) sulla «*relazione sulla situazione patrimoniale della società*» che, ai sensi dell’art. 2446, comma 1, c.c. deve essere sottoposta all’assemblea dei soci (unitamente alla relazione del collegio sindacale) e che per consolidato orientamento deve essere redatta secondo criteri sostanzialmente uguali a quelli previsti per il bilancio di esercizio. In tal senso, *cfr.* L. STANGHELLINI, *Commento sub art. 2446 c.c., op. cit.*, 2721. In giurisprudenza, *inter alia*, Cass. Civ. 21 gennaio 2020, n. 1187; Cass. Civ. 2 aprile 2007, n. 8221; Cass. Civ. 17 novembre 2005, n. 23269, Cass. Civ. 23 marzo 2004, n. 5740.

⁹⁵ Previsione, peraltro, non derogabile dall’ordinamento domestico anche nell’anno della pandemia in quanto imposta dall’art. 58 della Direttiva (UE) 2017/1132.

⁹⁶ Pare così orientata la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, *cfr.* L. STANGHELLINI, *Commento sub art. 2446 c.c.*, in *Le Società per Azioni*, P. Abbadesse

Precisandosi che per l’attivazione del “meccanismo” in parola a rilevare – anche nell’anno della pandemia – *non è la perdita di esercizio in sé* (eventualmente, in via integrale assorbita da riserve), bensì l’erosione del patrimonio netto che si sostanzia in «*perdita di bilancio*»⁹⁷.

Ne risulta, pertanto, che se nell’esercizio (in corso al 31 dicembre) 2020 siano emerse perdite (anche solo per un euro) che – anche in ragione del cumulo con quelle dell’esercizio precedente (o degli esercizi precedenti) – abbiano inciso sul capitale sociale per oltre un terzo⁹⁸, gli amministratori sono tenuti a convocare l’assemblea⁹⁹ e:

e G.B. Portale (a cura di), Milano, 2016, 2714 ss.; di diverso avviso, M. MAUGERI, *op. cit.*, 364, il quale, valorizzando la funzione segnaletica della convocazione per i soci, ritiene che la perdita rilevante è quella di esercizio da porre in immediata relazione con il capitale sottoscritto, indipendentemente dall’esistenza di riserve capienti.

⁹⁷ L’espressione si rinviene in L. STANGHELLINI, *Commento sub art. 2446 c.c., op. cit.*, 2714 ss.. Pertanto, eventuali perdite di esercizio 2020 integralmente assorbite da riserve ovvero che erodano il capitale sociale in misura inferiore a un terzo, conformemente alla disciplina di diritto comune, potranno essere riassorbite in cinque o più esercizi. L’art. 6 D.L. 23/2020 non acconsente a “scomputare” le perdite dell’esercizio 2020 dal calcolo delle consistenze del patrimonio netto ai fini degli artt. 2446, comma 1, 2447, 2482-bis, 2482-ter c.c. ma, come si è detto, accorda esclusivamente un maggior termine per il relativo riassorbimento.

⁹⁸ In tal senso, anche CONSIGLIO NOTARILE di MILANO, Massima n. 196, *op. cit.*, secondo cui «*per “perdite emerse nell’esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020”, ai sensi dell’art. 6, comma 1, d.l. 23/2020 (convertito con l. 40/2020), come modificato dall’art. 1, comma 266 della l. 178/2020, si devono intendere tutte le perdite risultanti dal bilancio di esercizio o da una situazione patrimoniale infra-annuale riferiti a esercizi o frazioni di esercizi in corso alla data del 31 dicembre 2020, a prescindere da quale sia l’esercizio in cui le perdite si siano prodotte. Pertanto, in relazione a tali perdite non si applicano, fino al quinto esercizio successivo, le disposizioni di cui agli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4, 5 e 6, e 2482-ter c.c., né opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, comma 1, numero 4), e 2545-duodecies c.c. ».*

⁹⁹ Sul punto, si veda anche CONSOB, Richiamo di attenzione n. 1/21 del 16-2-2021, ove si precisa che «*gli emittenti che si avvalgono della sospensione prevista dall’art. 6 del D. L. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. “Decreto Liquidità” convertito, con modificazioni, dalla Legge 5 giugno 2020, n. 40) “Disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale”, come di recente modificato dalla Legge 30 dicembre 2020, n. 178 (Legge di Bilancio 2021) devono indicare nella nota integrativa al bilancio distintamente le perdite “con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell’esercizio”, nonché le valutazioni in ordine alla tempistica con la quale prevedono di poter*

- a) nelle ipotesi di cui agli artt. 2446 e 2482-*bis* c.c., i soci, ferma la possibilità di assumere le determinazioni previste dalla disciplina di diritto comune¹⁰⁰, in virtù dei commi 1 e 2 dell'art. 6 D.L. 23/2020 (con cui rispettivamente si disapplica la disciplina ordinaria di cui agli artt. 2466, comma 2, e 2482-*bis*, comma 4, c.c. e si fissa un nuovo termine per il riassorbimento), potranno rinviare a nuovo le perdite fino alla data di approvazione del bilancio del quinto esercizio successivo¹⁰¹;
- b) nelle ipotesi di cui agli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c. (erosione del capitale sociale oltre il minimo legale), i soci potranno (i) ridurre il capitale e aumentarlo al minimo legale, (ii) trasformare la società o (iii) differire le determinazioni *sub* (i) e (ii) all'approvazione del bilancio del quinto esercizio successivo. In quest'ultimo caso, non troverà applicazione la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c. fino alla data *sub* (iii).

Qualora l'assemblea dei soci nell'ipotesi *sub* a) abbia deliberato di rinviare a nuovo le perdite per un quinquennio e, nelle more, se ne registrino di ulteriori che erodono il capitale oltre il minimo legale, si ritiene che l'assemblea dei soci – tempestivamente convocata dall'organo amministrativo – potrà deliberare di porre ogni

ottemperare agli obblighi di ripianamento delle stesse. Deve essere convocata senza indugio l'assemblea ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c., sia nell'ipotesi in cui il capitale risulti diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, sia nell'ipotesi in cui le perdite abbiano portato il capitale al di sotto del minimo legale. In tali casi, nelle relazioni illustrative predisposte ai sensi dell'art. 125-ter del TUF e nella relazione sulla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'art. 2446, primo comma, c.c. deve essere riportata una informativa sulla situazione in cui versano gli emittenti, sull'importo e la natura delle perdite maturate nel corso dell'esercizio per le quali intervengono le misure di sospensione, sulle motivazioni delle decisioni adottate in merito all'eventuale rinvio delle delibere ex artt. 2446 e 2447 c.c., nonché sulla tempistica di ripianamento delle perdite e/o di ricostituzione del capitale sociale».

¹⁰⁰ Per le diverse determinazioni che può assumere l'assemblea dei soci in tale sede, L. STANGHELLINI, *Commento sub art. 2446 c.c., op. cit.*, 2723 ss.

¹⁰¹ Potranno accedere al beneficio del rinvio anche le società che in ragione di perdite emerse nel corso dell'esercizio 2020 e nella vigenza della prima formulazione dell'art. 6 D.L. 23/2020 abbiano già convocato l'assemblea ai sensi degli artt. 2446, comma 1, e 2482-*bis*, comma 1, c.c., decidendo di rinviarle a nuovo. Si osserva altresì che, fermo il limite del quinto esercizio rispetto a quello in corso al 31 dicembre 2020, è ben possibile che l'assemblea rinvii di anno in anno l'adozione dei più opportuni provvedimenti; di converso, qualora si sia deliberato un rinvio quinquennale, l'assemblea potrà *medio tempore* deliberare la riduzione del capitale in proporzione alle perdite accertate ovvero il relativo aumento.

decisione in merito alla riduzione e ricapitalizzazione al minimo legale o alla trasformazione della società fino alla data di approvazione del bilancio del quinto esercizio successivo a quello (in corso al 31 dicembre 2020) in cui si è verificata la (iniziale) riduzione a due terzi del capitale sociale. Soluzione che pare coerente sia con la *funzione della norma* (di favorire la *permanenza nel mercato* dell'impresa) ma anche con il disposto del comma 3 dell'art. 6 D.L. 23/2020 che all'assemblea convocata *ex artt.* 2447 e 2482-*ter* c.c. riconosce la facoltà di rinviare le relative deliberazioni «*alla chiusura dell'esercizio di cui al comma 2*» (che sarà sempre il quinto esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2020 in cui si è verificata l'erosione qualificata dal capitale sociale). Per tale via, da un lato, resta confermato il termine ultimo per il riassorbimento delle perdite, dall'altro, si va scongiurando un diverso e irragionevole trattamento tra le società in funzione che la riduzione oltre il minimo legale – circostanza che, anche nella disciplina ordinaria, è di per sé irrilevante se non associata alla riduzione oltre un terzo – abbia luogo o meno nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020.

Sulla scorta delle superiori riflessioni, l'eccezionale disciplina di dilazione del riassorbimento delle perdite di cui all'art. 6 del D.L. 23/2020 non pare potersi applicare nei casi in cui l'erosione oltre un terzo del capitale (i) si sia verificata in un esercizio precedente rispetto a quello in corso al 31 dicembre 2020¹⁰², ovvero, (ii) si verificherà in un esercizio successivo a quest'ultimo (ancorché in tutto o in parte per effetto di perdite registrate causa crisi pandemica).

Come si è detto, specifici obblighi informativi in bilancio vengono prescritti dall'art. 6, comma 4, D.L. 23/2020 ove si dispone che «*le perdite di cui ai commi da 1 a 3 devono essere distintamente indicate nella nota integrativa con specificazione, in appositi prospetti, della loro origine nonché delle movimentazioni intervenute nell'esercizio*». Nella nota integrativa relativa al bilancio dell'esercizio 2020 si dovranno anzitutto indicare le perdite che hanno concorso nell'esercizio 2020 all'erosione di oltre un terzo del capitale sociale,

¹⁰² Se ne ricava che qualora l'assemblea dei soci 2020, che ha approvato il bilancio dell'esercizio 2019, abbia deliberato di rinviare a nuovo le perdite che avevano eroso il capitale sociale per oltre un terzo nel 2018 e non riassorbite nel corso del 2019, dovrà nel 2021 assumere i relativi provvedimenti di riduzione o di aumento del capitale sociale.

specificando la «*loro origine*» (intendendosi l'esercizio di formazione) così disvelando se e in che misura eventuali perdite pregresse abbiano concorso all'attivazione del *presupposto* per la riduzione del capitale sociale. Nei successivi esercizi occorrerà dare evidenza dell'eventuale incremento o riduzione delle perdite, precisando partitamente l'esercizio in cui tali «*movimentazioni*» occorrono.

Alcune ulteriori e sintetiche riflessioni si rendono necessarie.

La previsione in esame potrebbe incoraggiare condotte opportunistiche da parte dell'organo di amministrazione, facendo emergere nell'esercizio (in corso al 31 dicembre) 2020 il maggior ammontare possibile di perdite al fine di "attivare" il *presupposto* per l'applicazione della disciplina in parola così beneficiando del differimento del termine per il riassorbimento; sul piano d'immagine, potrebbe avere il vantaggio di attribuire alla crisi pandemica la colpa di disfunzioni dell'impresa che non hanno in realtà alcuna relazione con essa.

Si registra inoltre una evidente tensione antinomica tra la norma in esame e le disposizioni di sostegno alla continuità (art. 38-*quater* D.L. 34/2020) e di sterilizzazione degli ammortamenti (art. 60, comma 7-*bis*, D.L. 104/2020), funzionali a ritardare l'emersione di perdite, risultando non sempre agevole individuare un unitario e chiaro disegno di politica legislativa circa le modalità per favorire la ripresa delle imprese.

Infine, si noti che la presenza di perdite e il loro impatto sul capitale sociale permangono rilevanti (anche per tutto il quinquennio) per altre norme dell'ordinamento non oggetto di espressa sospensione¹⁰³: ad esempio, (i) divieto di distribuzione del dividendo (art. 2433, comma 3, c.c.); (ii) ai fini degli artt. 2357 o 2359 ss. c.c. in punto di limiti

¹⁰³ Si segnala che, ad avviso del CONSIGLIO NOTARILE di MILANO, Massima n. 196, *op. cit.*, «sono (...) legittime e possono essere iscritte nel registro delle imprese, sempre fino al quinto esercizio successivo indicato nella norma, le deliberazioni di aumento di capitale a pagamento che non siano precedute dalla riduzione del capitale sociale a copertura delle perdite risultanti dal bilancio di esercizio o da una situazione patrimoniale infra-annuale riferiti a esercizi o frazioni di esercizi in corso alla data del 31 dicembre 2020, nella misura in cui tali perdite persistano, anche qualora ad esito dell'aumento di capitale il patrimonio netto della società continui ad essere inferiore ai due terzi del capitale sociale (artt. 2446 e 2482-*bis* c.c.) o inferiore al minimo legale (artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.). Parimenti dicasi per le altre operazioni sul capitale o con effetti sul capitale sociale, che richiederebbero il rispetto delle predette disposizioni, ove applicabili».

all'acquisto di proprie azioni o di azioni della società controllante; (iii) ai sensi degli art. 2412 e 2413 c.c. relativamente ai limiti di emissione delle obbligazioni e di disciplina in ipotesi di riduzione del capitale; (iv) ai fini dell'art. 2250, comma 2, c.c., previsione spesso obliata anche nella prassi operativa, che impone di indicare negli atti e nella corrispondenza l'effettivo ammontare del capitale sociale effettivamente «risultante dall'ultimo bilancio».

Le superiori considerazioni permettono di confermare una tendenza in atto da tempo: l'integrità del capitale sociale nominale è “presidio” (giuridico-formale) da cui, all'occorrenza¹⁰⁴ o in epoca di crisi (non solo) pandemica (essendo già così nelle procedure di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione del debito), si più soprassedere al fine di privilegiare la prosecuzione dell'attività d'impresa che pare essere il “vero valore” da preservare anche se versa in una situazione di crisi, non ancora manifestatasi come insolvenza.

In segnata prospettiva, qualche breve cenno merita riservarsi all'interrogativo se in ragione della sospensione delle cause di scioglimento *ex art. 2484*, comma 1, n. 4, c.c. gli amministratori siano legittimanti – come si è sostenuto – «*a correre* [per un quinquennio]

¹⁰⁴ Nel nostro ordinamento, si rinvencono molteplici provvedimenti che, ove ritenuto necessario, hanno sospeso la regola “ricapitalizza o liquida”: (i) art. 26 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, recante disciplina della riduzione del capitale nelle PMI; (ii) art. 46 del D.L. 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 dicembre 2016 n. 229, recante sospensione della riduzione del capitale sociale per perdite relative all'esercizio 2016 per le società con sede nelle aree delle regioni di Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria colpite da eventi sismici nel 2016; (iii) art. 99 del D.Lgs. 16 novembre 2015 n. 180, recante inapplicabilità della disciplina sulla riduzione nelle procedure di risoluzione degli enti di credito; (iv) art. 4, del D.L. 31 dicembre 1976, n. 877, convertito con modificazioni nella L. febbraio 1977, n. 48, recante contributo speciale per il pagamento di retribuzioni e per il pagamento dei fornitori delle aziende del gruppo EGAM.; (v) art. 2 del D.L. 19 dicembre 1992, n. 487, convertito dalla L. 17 febbraio 1993, n. 33, recante, sospensione dell'art. 2446 e 2447 c.c. per le società controllate dall'Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera; (vi) art. 3 del D.L. 24 settembre 1996, n. 497, recante disciplina di risanamento del Banco di Napoli S.p.A.; (vii) art. 182-*sexies* L.fall.. Analoghi riferimenti si rinvencono in F. DIMUNDO, *op. cit.*, 4.

senza patrimonio [anche quindi a patrimonio negativo] nell'auspicio di risollevarsi a danno dei creditori»¹⁰⁵.

L'interrogativo si pone atteso che non si è previsto – diversamente da quanto occorso in altri ordinamenti¹⁰⁶ – uno *statuto speciale* (ovverosia, alcuna sospensione/attenuazione) della responsabilità degli amministratori per l'ipotesi in cui si trovino a gestire una società nel corso del 2020 o nel quinquennio successivo in cui le perdite abbiano eroso il capitale sociale per oltre un terzo e sotto il minimo legale, limitandosi, per vero, *sub* art. 6 del D.L. 23/2020 (sia nell'originaria che nell'ultima formulazione) a non richiamare espressamente l'obbligo di gestione conservativa al verificarsi di una causa di scioglimento di cui all'art. 2486 c.c..

Limitandoci ad alcune minime coordinate sul tema, l'agire dell'organo di gestione non è libero bensì è *funzionale* al perseguimento di un determinato programma e scopo¹⁰⁷, la cui direzione e intensità –

¹⁰⁵ G. BENVENUTO, *Effetti sulla materia concorsuale del d.l. 8 aprile 2020 n. 23*, reperibile al sito www.ilcaso.it, 8. Nello stesso senso v. anche L. DE ANGELIS, *Vertici societari irresponsabili sulle perdite 2020*, su *ItaliaOggi*, 10 aprile 2020, secondo cui «la società potrà essere gestita dagli amministratori secondo modalità ordinarie e non sulla base dei criteri meramente conservativi del patrimonio previsti al verificarsi di una causa di scioglimento dall'art. 2486 c.c.» e «saranno deresponsabilizzati [gli amministratori] ai fini personali e solidali per eventuali danni arrecati alla società, ai soci e ai creditori sociali e i terzi per eventuale gestione non conservativa della società. Tale responsabilità, si ricorda, è prevista dall'art. 2486, comma 2 c.c., quando al verificarsi di una causa di scioglimento gli amministratori non adottino una gestione finalizzata esclusivamente alla preservazione patrimoniale richiesta dalla norma».

¹⁰⁶ Nel Regno Unito con il *Corporate Insolvency and Governance Act 2020* del 25 giugno 2020 è stata sospesa la responsabilità degli amministratori per *wrongful trading* ai sensi della *Section 214 del The Insolvency Act 1986* dal 26 giugno 2020 al 30 settembre 2020. Per effetto del *The Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (Coronavirus) (Suspension of Liability for Wrongful Trading and Extension of the Relevant Period) Regulations 2020* del 25 novembre 2020, tale sospensione è stata prorogata dal 26 novembre 2020 al 30 aprile 2021.

¹⁰⁷ Lo ricorda autorevolmente, C. ANGELICI, *Note sul "contrattualismo societario": a proposito del pensiero di Francesco Denozza*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 203, ove rimarca che «in ogni caso fuori questione trattarsi di un agire funzionale: a essi non è comunque consentito operare per il perseguimento dei propri interessi individuali; ed è perciò almeno logicamente plausibile che l'ordinamento assegni a un interesse sociale»; M. ONZA, *Azioni di responsabilità nella liquidazione giudiziale*

in particolare, nelle società che beneficiano della segregazione patrimoniale perfetta – variano in funzione dell’aumentare del rischio di insolvenza, anche al fine di prevenire e contenere fenomeni c.d. di *risk bearing* e di *risk shifting*¹⁰⁸.

È infatti opinione condivisa che nel fisiologico esercizio della funzione gestoria gli amministratori hanno innanzitutto nei confronti dei soci un obbligo di conservazione del patrimonio: in caso di conflitto tra l’interesse di questi ultimi (sempre che un interesse comune possa essere individuato) alla massimizzazione degli obiettivi lucrativi (*cfr.* art. 2247 c.c.)¹⁰⁹ e quello dei creditori alla conservazione e all’equilibrio patrimoniale, l’organo amministrativo deve privilegiare l’interesse dei soci, purché tale decisione sia frutto di un procedimento (preventivo) che assicuri il rispetto del dovere di corretta amministrazione e che la stessa non sia – in prospettiva *ex ante* – manifestamente imprudente o irrazionale¹¹⁰.

Tale prospettiva trova conforto nel disposto dell’art. 2394 c.c. (e, oggi, per le s.r.l. nell’art. 2476, comma 6, c.c.) da cui si riviene un generale dovere di corretto impiego del patrimonio sociale, anche nell’interesse dei creditori sociali (e così un obbligo di gestione conservativa dello stesso) che, assieme agli ulteriori e distinti obblighi che gli amministratori hanno nei confronti della società (*cfr.* artt. 2380-*bis*, 2381, 2392, 2476 c.c.) e del principio di corretta amministrazione e gestione (*cfr.* artt. 2403, comma 1 e 2497, comma 1, c.c.), concorre –

nei confronti degli organi sociali e dei soggetti terzi, relazione a convegno, Brescia, 12 novembre 2020, letto per gentile concessione dell’Autore.

¹⁰⁸ In letteratura si è rilevato che all’approssimarsi della crisi (d’impresa) gli amministratori (anche su sollecitazione dei soci) possono essere indotti a scelte di investimento particolarmente rischiose (c.d. *risk bearing*), atteso che il rischio e il costo del fallimento associato al progetto d’investimento verrà traslato interamente a carico dei creditori (c.d. processo di *risk shifting*) mentre i soci non sopporteranno costi oltre la misura del proprio investimento iniziale; al contempo, l’eventuale plusvalenza netta che dovesse essere eventualmente generata (tenuto conto che i creditori sono annoverabili quali *fixed claimants*) andrà a vantaggio esclusivo degli stessi soci. Nella dottrina aziendalistica il tema è stato in origine trattato da M.C. JENSEN – W.H. MECKLING, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, III, 305 ss.; si veda anche, F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 700 e nota 4.

¹⁰⁹ U. TOMBARI, “Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria, 2019, *passim*, 62 ss.

¹¹⁰ *Cfr.* V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, 307.

fintanto che sussiste una prospettiva di continuità su un piano succedaneo rispetto al fine lucrativo di cui all'art. 2247 c.c. – a definire la nozione di *diligente gestione*, operando come limite all'assunzione del rischio d'impresa¹¹¹.

Mano a mano poi che una crisi (anche solo) patrimoniale si inizia a disvelare, gli amministratori sono tenuti a orientare in misura sempre più marcata l'azione gestoria in funzione di proteggere in termini progressivamente più pregnanti gli interessi dei creditori¹¹² non assumendo decisioni che, ferma la *business judgment rule*, in prospettiva di prognosi postuma, possano aggravare la crisi, ledendo la posizione dei creditori e così esponendo a maggior rischio il loro credito.

L'agire degli amministratori (e, di riflesso, le loro responsabilità) deve quindi essere calibrato in funzione delle effettive (e prospettiche) situazioni finanziarie-patrimoniali della società e non è esclusivamente vincolato al ricorrere di *situazioni giuridico-formali*.

In altri termini, se è ben vero che l'obbligo di gestione conservativa (*ex art. 2486 c.c.*) può essere prescritto e correlato al verificarsi di una causa di scioglimento *ex art. 2484 c.c.*, l'assunzione di analoga condotta – anche in epoca di crisi pandemica e per tutto l'eventuale quinquennio di differimento – ben può discendere degli ordinari obblighi di (corretta) gestione societaria allorché – ferma una valutazione caso per caso – la situazione patrimoniale (ad esempio, approssimarsi dell'azzeramento del capitale sociale) lo impongano al fine di non compromettere il valore patrimoniale e di meglio tutelare le ragioni dei

¹¹¹ In dottrina, A. ROSSI, *La gestione dell'impresa nella crisi "atipica"*, 14 ottobre 2015, reperibile al sito www.ilcaso.it, 9, si esprime icasticamente in termini di «*covenant legale*». Nello stesso senso, M.G. MUSARDO, *La gestione delle società di capitali con patrimonio netto negativo ai tempi del Covid-19*, 19 maggio 2020, reperibile al sito www.ilcaso.it.

¹¹² R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 320, ove rileva che con l'aggravarsi del dissesto si verifica «*un capovolgimento del normale rapporto fra interesse dei soci e interesse di creditori. In assenza di pericoli per la continuità aziendale, secondo l'impostazione dominante, l'interesse (o, meglio, gli interessi) dei soci è l'obiettivo dell'agire sociale, mentre quello dei creditori ne costituisce solo un limite; in una situazione di crisi dell'impresa, l'interesse dei creditori assume un ruolo primario e quello dei soci degrada a limite dell'azione della società*».

creditori¹¹³ (ciò anche tenuto conto che, come si è detto sopra, permangono pienamente efficaci le fattispecie penali-fallimentari). Ulteriori ragioni di cautela nell'agire degli amministratori si rendono opportune nella prospettiva e all'approssimarsi della riviviscenza del regime ordinario (ovverosia, alla data di approvazione del bilancio del quinto esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2020), da cui discenderà l'obbligo di accertare il verificarsi della causa di scioglimento in parola e di gestire l'attività in prospettiva conservativa.

Ad ogni modo, sicuro "beneficio" derivante agli amministratori dalla temporanea disattivazione della causa di scioglimento *ex art.* 2484, comma 1, n. 4, c.c., è l'impossibilità, qualora venisse esercitata l'azione di responsabilità nei confronti dell'organo di gestione per condotte (interamente) occorse nella vigenza della sospensione di cui all'art. 6 D.L. 23/2020, di far applicazione della "presunzione" di quantificazione del danno di cui all'art. 2486, comma 3, c.c., sicché il risarcimento – secondo il disposto dell'art. 1223 c.c. – dovrà essere parametrato sulle conseguenze dannose causalmente collegate e conseguenti alle singole condotte illecite poste in essere dagli amministratori e ritenute contrarie ai principi di corretta e diligente gestione e conservazione del patrimonio sociale.

¹¹³ Cfr. V. CALANDRA BONAURA, *op. cit.*, 309, ove, con riferimento a situazione di crisi conclamata, si osserva che «a prescindere dalla sussistenza di una causa di scioglimento, si verifica una situazione analoga a quella prevista dall'art. 2486 c.c. che impone agli amministratori di gestire la società ai fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale».

Tutela della salute e della privacy nel rapporto di lavoro ai tempi del Sars-Cov-2

SOMMARIO: 1. Premessa. Diritti fondamentali e rapporto di lavoro. – 2. L’infezione da Sars-Cov-2 è tutelata alla stregua di un infortunio sul lavoro: quali ricadute sulla responsabilità civile del datore di lavoro? – 3. I Protocolli anti-contagio: tipologia, natura giuridica ed efficacia. – 3.1. Gli effetti dei Protocolli anti-contagio: le regole cautelari “convenzionali” legificate e la responsabilità civile del datore di lavoro per infezione da Sars-Cov-2. – 4. Dal diritto positivo al diritto “emotivo”. – 5. Il diritto alla protezione dei dati personali sanitari nel rapporto di lavoro alla luce della legislazione emergenziale. Il coordinamento sistematico tra le misure precauzionali e i limiti ai poteri datoriali di verifica e controllo sullo stato di salute dei dipendenti. – 5.1. Il trattamento di dati sanitari dei lavoratori necessario per assolvere gli obblighi contrattuali del titolare del trattamento derivanti dal rapporto di lavoro. – 5.2. Il trattamento di dati sanitari da parte del datore di lavoro per finalità di sanità pubblica alla luce del diritto emergenziale: il ruolo dell’art. 17bis d.l. 18/2002 come convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 17.

1. Premessa. Diritti fondamentali e rapporto di lavoro.

Il titolo del *webinar* “Una visione poliprospectica sull’emergenza da coronavirus nei rapporti tra privati” invita a riflettere a tutto tondo sulla produzione normativa generata dallo stato di emergenza e sulle sue ricadute, per quel che mi compete, sul rapporto di lavoro subordinato, uno dei rapporti contrattuali che hanno maggiormente risentito delle torsioni al sistema giuridico impresse dalla legislazione emergenziale.

Il presente contributo, prendendo atto dell’affastellamento delle norme prodotte durante l’*annus horribilis 2020*, a partire dalla dichiarazione dello Stato di emergenza del 31 gennaio 2020 – che non sembra essere destinato a terminare a breve –, intende approfondire quale livello di protezione residui in seguito alle disposizioni emergenziali, di sapore sostanzialmente derogatorio, per due fundamentalissimi diritti del lavoratore: il diritto alla salute e alla sicurezza e il diritto alla privacy, intesa come protezione dei dati personali. Data la forte implicazione che la persona del lavoratore ha

nel rapporto di lavoro subordinato l'effettività di tali diritti risulta una questione di prim'ordine che, nemmeno durante una pandemia, dovrebbe essere ritenuta di secondo piano.

2. L'infezione da Sars-Cov-2 è tutelata alla stregua di un infortunio sul lavoro: quali ricadute sulla responsabilità civile del datore di lavoro?

L'analisi dell'obbligo di sicurezza nel rapporto di lavoro non può che prendere le mosse dalla constatazione che il rischio di contagio da Sars-Cov2, oltre a sollevare questioni di salute pubblica, essendo un rischio generale che ricade sulla collettività, si presenta come un rischio generico aggravato sui luoghi di lavoro, in quanto in grado di incidere in maniera maggiore su tutte le persone che durante le varie fasi dell'emergenza pandemica sono state e saranno obbligate a recarsi fisicamente sul posto di lavoro, dove l'organizzazione del lavoro disegnata dalle scelte datoriali potrebbe esporre, aggravare e anche amplificare il rischio infettivo¹.

¹ La dottrina giuslavorista, tuttavia, non concorda unanimemente sul punto. Alcune opinioni discordanti sono state espresse per sottolineare che il contagio costituisce un rischio «generico» e come tale non dovrebbe valutarlo ai sensi del T.U. 81/2008, per questa tesi cfr. 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*, 2019, n. 2, I, 98 ss.; Id, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.c.m. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, n. 1, 128 ss.; C. Lazzari, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, n. 1, 136 ss.; L. M. Pelusi, *Tutela della salute dei lavoratori e COVID-19: una prima lettura critica degli obblighi datoriali*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2019, 2, 127. *Contra*, senza pretesa di esaustività, S. Dovere, *Sicurezza sul lavoro, iCovid-19 e valutazione dei rischi nelle imprese*, www.giustiziacivile.it; M.T. Carinci, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19*, in *Labor*, 2020 n. 4, 385 ss.; P. Tullini, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2020, 2, 335 ss.; D. Calafiore, *Sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina emergenziale e disciplina ordinaria*, in giustiziacivile.com. e sia consentito rinviare a A. Ingrao, *C'è il CoViD19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?*, in www.giustiziacivile.com 13 marzo 2020. Peraltro che la valutazione del rischio Covid-19 sia obbligatoria consegue all'attuazione che è stata data nell'ordinamento italiano alla Direttiva 2020/739/UE del 3 giugno la quale ha sancito

A conferma di ciò non può sfuggire che, l'art. 42, comma 2, Decreto Cura Italia (d.lgs. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27)² ha stabilito che l'infezione da Sars-Cov2 contratta in «occasione di lavoro» costituisce infortunio sul lavoro e dà diritto alla prestazione previdenziale erogata dall'Inail nei confronti dei lavoratori che già rientrano nell'ambito di applicazione del D.P.R. 1124/1965 (artt. 1, 4 e 9)³.

È importante rimarcare che la qualificazione del contagio occasionato dal lavoro come infortunio non determina automaticamente alcun tipo di responsabilità (né civile né penale) in capo al datore di lavoro⁴ – nonostante la sua posizione di garanzia fondata sull'art. 2087 c.c. – perché lo scopo dell'art. 42 è piuttosto la socializzazione delle conseguenze dannose provocate dal rischio infettivo, ponendo a carico dell'Inail la tutela previdenziale del lavoratore contagiato, superando così i limiti del sistema di responsabilità civile del datore di lavoro sul piano della riparazione dei danni provocati dall'illecito⁵. La norma, dunque, si sarebbe limitata a riaffermare la regola generale in base alla

l'inserimento del SARS-CoV-2 nell'Elenco degli agenti biologici che possono causare malattie infettive nell'uomo, attraverso contestuale modifica dell'allegato III della Direttiva 2000/54/CE relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro.

² La norma dispone «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. (...). La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati». È precisato altresì che «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».

³ Critico su tale scelta L. LA PECCERELLA., *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, 1, 4 ss., laddove restano esclusi dalla tutela i medici e gli infermieri con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

⁴ Esaustivamente R. Rivero, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *Questione Giustizia*, 19 maggio 2020.

⁵ Cfr. G. Ludovico, *Sicurezza e infortuni sul lavoro nel rischio da contagio da Covid-19: profili di responsabilità e di tutela previdenziale*, in corso di pubblicazione sulla *Rivista giuridica di diritto del lavoro*, 2021.

quale le malattie infettive contratte in circostanze lavorative sono qualificabili alla stregua di infortuni sul lavoro ai fini della relativa assicurazione obbligatoria (cfr. art. 2 D.P.R. 1124/1965)⁶ nell'ipotesi in cui siano determinate da «causa violenta» (virulenta, nel caso del Sars-Cov2) e «occasionate» dall'ambiente di lavoro⁷.

Il tema della responsabilità civile del datore di lavoro, viceversa, postula non soltanto che l'infezione sia occasionata dal lavoro, ma che il contagio sia oggettivamente e soggettivamente riconducibile a una condotta omissiva del datore di lavoro che non abbia adottato le misure di sicurezza dovute o vigilato sulla loro applicazione (cfr. art. 2087 c.c.).

Nonostante ciò, la natura ubiquitaria del virus, l'esponenzialità del contagio e l'incertezza scientifica che circonda la spiegazione della sua diffusione hanno fatto emergere, soprattutto negli ambienti imprenditoriali, preoccupazioni in ordine all'ampliamento della responsabilità civile in capo al datore di lavoro.

Occorre considerare al riguardo che, a mente dell'art. 2087 c.c., il datore di lavoro è inadempiente rispetto all'obbligo contrattuale di sicurezza, e dunque civilmente responsabile, quando omette le doverose misure di sicurezza sia nominate sia innominate, ossia quando le prescrizioni da seguire per evitare il contagio non siano tassativamente previste dalla legge, ma si rendano comunque «necessarie a tutelare l'integrità fisica

⁶ Su questo punto S. Giubboni, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.it"*, 2020, 417, 5-9 e F. Rossi, M. L. Miazzi, *Infortunio: il nesso di causalità alla prova del Coronavirus*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 7, 687-688. Lo stesso D.p.r. 1124/65 all'art. 2, comma 2, comprende fra gli infortuni sul lavoro l'infezione carbonchiosa e la circ. Inail 23 novembre 1994, n. 74 (Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie) qualifica le infezioni derivate da agenti biologici quali infortuni. In giurisprudenza, *inter alias*, Cass. 28 ottobre 2004, n. 20941; Cass. 3 novembre 1982, n. 5764; Cass. 13 marzo 1992, n. 3090; Cass. 10 febbraio 1998, n. 1373; Cass. 1° giugno 2000, n. 7306; Cass. 8 aprile 2004, n. 6899; Cass. 12 maggio 2015, n. 9968. Sul punto si veda anche la circolare Inail n. 22 del 20 maggio 2020.

⁷ M. Marinelli, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 677 ss.; C. Garofalo, *La sospensione dell'attività lavorativa durante la nuova emergenza epidemiologica Covid-19*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 5, 443; F. Rossi, M. L. Miazzi, *op. cit.* 687 ss.; L. Zaccarelli, V. Zaccarelli, *L'infezione da Covid-19 e le conseguenze in tema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 7, 695 ss.

e la personalità morale dei prestatori di lavoro», in base alla «particolarità del lavoro», alla «esperienza» e alla «tecnica». Il datore di lavoro, quale garante principale della salute e della sicurezza dei lavoratori, è tenuto non soltanto a dare attuazione al sistema prevenzionistico di cui al T.U. 81/2008, ma anche a garantire l'applicazione di ogni misura idonea a evitare o prevenire il rischio di lesione dei beni giuridici menzionati, secondo lo *standard* giurisprudenziale della massima sicurezza possibile.

Le preoccupazioni e i timori cui si faceva poc'anzi riferimento nascevano dal fatto che non erano state individuate con precisione le azioni esigibili per prevenire il contagio nei luoghi di lavoro dove l'attività lavorativa ha continuato a svolgersi durante il primo *lockdown* e poi nelle seguenti fasi di ripresa delle attività. Ad aggravare il quadro poi vi era la constatazione che l'eliminazione o la minimizzazione degli effetti dannosi di un pericolo postula che esso sia perlomeno conosciuto dalla scienza, la quale in questa materia, è chiamata a spiegare i rapporti di causa-effetto tra i fenomeni, affidando ai giuristi leggi di copertura valide almeno sul piano statistico, da usare nel giudizio di responsabilità.

3. I Protocolli anti-contagio: tipologia, natura giuridica ed efficacia.

Per fronteggiare i timori del mondo imprenditoriale, il Governo e le Parti sociali hanno incominciato ad adottare una tecnica innovativa per la materia della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, ossia la negoziazione, a seguito di apposita trattativa, del contenuto specifico delle misure necessarie a contrastare e contenere la diffusione del Sars-Cov-2 negli ambienti lavorativi, previste in alcuni Protocolli condivisi di regolamentazione⁸.

⁸ Il Protocollo, 14 marzo 2020 è stato poi trasfuso con adattamenti nel Protocollo, 24 aprile 2020, stipulato tra Governo e Parti sociali, affiancato da altri protocolli da attuare in specifici settori, esemplificativamente, per i cantieri, per il settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo, per i servizi ambientali del 19 marzo 2020, per i servizi sanitari del 24 marzo, per l'edilizia del 24 aprile e così via. Sui protocolli v. *funditus* S. Bologna, M. Faioli, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2020, 2, 375 ss.

A partire dalla stipulazione dell'originario Protocollo 14 marzo 2020 e della sua versione aggiornata del 24 aprile, sono stati stipulati altri Protocolli contenenti linee guida di carattere precauzionale – ossia improntate ad una logica prudenziale imposta dalla condizione di incertezza scientifica sui fattori di trasmissione del contagio e sulle conseguenze dannose della malattia⁹ – che il datore di lavoro è tenuto a rispettare per prevenire il contagio.

Vale la pena sottolineare che il Protocollo del 24 aprile è la “madre” di tutti gli altri protocolli che sono vari e ramificati a differenti livelli (nazionale, territoriale e settoriale) e hanno la funzione di specificare, integrare e adattare il contenuto del Protocollo generale (senza perciò sostituirlo) ai multiformi contesti produttivi e organizzativi. È chiaro che in una situazione di emergenza dinamica, la prossimità delle Parti stipulanti al contesto specifico da regolare è idonea ad assicurare specificità alle regole cautelari di contenimento di un rischio mutevole e in continuo divenire in relazione alla singola realtà aziendale, alle varie ondate di contagio, al territorio ecc.

Peraltro, proprio l'estremo dinamismo del rischio ha condotto i negozianti del Protocollo generale a valorizzare la logica di gestione dinamica dell'emergenza sui luoghi di lavoro, prevedendo la costituzione di appositi organismi, a livello aziendale, cui partecipano i rappresentanti dei lavoratori che hanno il compito di monitorare le misure di sicurezza applicate e proporre al datore di lavoro il loro eventuale aggiornamento/sostituzione al sopraggiungere di nuove conoscenze scientifiche circa le modalità di trasmissione dell'infezione¹⁰.

Quanto alla natura giuridica dei Protocolli, si è osservato da subito che essi restavano pur sempre atti di autonomia contrattuale – con al limite un aspetto concertativo dovuto alla presenza del Governo al tavolo della trattativa nell'ipotesi del protocollo del 24 aprile¹¹ –, il che

⁹ Cfr. P. Tullini, *op. cit.*, 343.

¹⁰ Secondo T. Treviso 2 luglio 2020, n. 2571 è antisindacale la condotta del datore di lavoro che si rifiuta di costituire un comitato per la verifica delle misure di contenimento del contagio previsto dai Protocolli.

¹¹ Il Governo promuove gli incontri tra le parti stipulanti ma nell'ambito dei protocolli non assume impegni specifici, cfr. A. Perulli, “*Diritto riflessivo*” e *autonomia collettiva al tempo del Covid-19*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, 299 ss.

nella dottrina giuslavorista ha scatenato un dibattito sulla loro efficacia soggettiva¹² e sulle eventuali vie di fuga dalla loro applicazione per i datori di lavoro non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti¹³.

Occorreva, quindi, rafforzare la “fragile impalcatura” su cui poggiavano le norme cautelari condivise, attribuendo loro forza di legge. Ciò è avvenuto dapprima attraverso un recepimento materiale del testo del Protocollo in alcuni D.p.c.m.¹⁴ – con una mossa di vigorelliana memoria¹⁵ – e poi attraverso l’art. 1, commi 14 e 15, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, convertito con l. 14 luglio 2020, n. 74¹⁶ che ad essi rinvia sul presupposto che essi contengano la disciplina specifica per prevenire il contagio da applicare nell’ambiente lavorativo. I Protocolli condivisi, ora legificati al vario livello in cui intervengono, sono riconosciuti come fonti di regole cautelari e il loro rispetto costituisce condizione sufficiente e idonea a consentire lo svolgimento e la continuazione dell’attività produttiva che, in loro assenza, sarebbe stata così pericolosa da giustificare l’interruzione. Tanto è vero che è previsto all’interno dello stesso Protocollo del 24 aprile che il mancato rispetto dei protocolli può determinare la «sospensione dell’attività (...) fino al ripristino delle condizioni di sicurezza» con conseguente inibizione temporanea dell’attività produttiva.

¹² M.T. Carinci, *Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19*, in *Labor*, 2020, 4, 390.

¹³ 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*, 2019, 1, 108.

¹⁴ V. l’art. 2, D.p.c.m. 11 giugno 2020, riprodotta nel D.p.c.m. 7 agosto, 7 settembre e 7 ottobre e da ultimo, cfr. D.p.c.m. 3 dicembre 2020.

¹⁵ Cfr. P. Albi, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 12, 1119.

¹⁶ «Le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell’articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16».

3.1. *Gli effetti dei Protocolli anti-contagio: le regole cautelari “convenzionali” legificate e la responsabilità civile del datore di lavoro per infezione da Sars-Cov-2.*

Quanto sinora detto non esaurisce il dibattito che si agita intorno ai protocolli e in particolare rispetto ai loro effetti sul sistema di responsabilità civile del datore di lavoro di cui all'art. 2087 c.c. (cfr. art. 1218 c.c.). In proposito, un'altra modifica normativa è degna di nota giacché il legislatore è intervenuto sul tema con l'art. 29bis, l. 5 giugno 2020 n. 40¹⁷ il quale prevede: «Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33».

Per comprendere il senso dell'art. 29bis è necessario ribadire le preoccupazioni sulla potenziale indeterminatezza dell'area di responsabilità del datore di lavoro di sicurezza. Secondo alcuni, la valutazione della diligenza che il datore impiega per realizzare il programma obbligatorio – *i.e.* l'obbligo di adozione e continuo aggiornamento di misure di sicurezza anche innominate¹⁸ – non avrebbe potuto essere lasciata, durante una pandemia, alla sensibilità dei singoli giudici, tanto più che lo standard di valutazione giurisprudenziale della diligenza dovuta coincide con la massima sicurezza tecnologicamente possibile¹⁹. Il sistema, secondo queste opinioni, andava corretto

¹⁷ Si tratta di un emendamento alla legge di conversione del cd. Decreto Liquidità l. 5 giugno, 2020 n. 40 Conversione in legge con modificazioni del d.l. 8 aprile 2020, n. 23. La norma è rubricata «Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19».

¹⁸ La clausola elastica contenuta nell'art. 2087 c.c. «vale a supplire alle lacune di una normativa che non può prevedere ogni fattore di rischio, ed ha una funzione di adeguamento di essa al caso concreto», *ex plurimis* Cass., 6 settembre 1988, n. 5048.

¹⁹ Cass. 27 settembre 94, n. 10164 «il datore di lavoro deve ispirare la sua condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con assoluta sicurezza. Pertanto non è sufficiente che una macchina sia munita degli accorgimenti previsti dalla legge in un

attraverso la positivizzazione di quello che è stato chiamato (impropriamente) “scudo”²⁰ per le imprese che sarebbe stato imposto da esigenze di certezza del diritto²¹.

Così a seguito dell’emanazione dell’art. 29bis, parte della dottrina²² ha ritenuto che la norma metta “fuori gioco” l’art. 2087 c.c., il quale non costituirebbe più il riferimento generale per giudicare dell’esatto adempimento del datore di lavoro rispetto all’obbligo di sicurezza che su di lui grava (qualora si verificassero infezioni in azienda), visto che il rischio da contagio è presidiato esclusivamente dalle prescrizioni convenzionali nominate nei protocolli, le quali costituirebbero la *lex specialis* esclusivamente applicabile nel concorso di norme che si va profilando.

La tesi non si condivide: l’art. 2087 non è sostituito dall’art. 29bis. La norma, dunque, si inserisce come un tassello nel puzzle del sistema di responsabilità civile (2087-1218 c.c.) che costituisce, ancora oggi, la griglia attorno alla quale si articolano i vari elementi di una responsabilità per inadempimento colposo e non una responsabilità (oggettiva) per danni²³. Il legislatore d’emergenza, considerando tra le

certo momento storico se il processo tecnologico cresce in modo tale da suggerire ulteriori e più sofisticati presidi per rendere la stessa sempre più sicura. L’art. 2087 c.c., infatti, nell’affermare che l’imprenditore è tenuto ad adottare nell’esercizio dell’impresa misure che, secondo le particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, stimola obbligatoriamente il datore di lavoro ad aprirsi alle nuove acquisizioni tecnologiche».

²⁰ R. Pessi, *Lo scudo per le aziende utile a ripartire*, consultabile sul sito <https://open.luiss.it/2020/05/19/lo-scudo-per-le-imprese-utile-a-ripartire/>

²¹ E. Erario Boccafurni, *L’art. 2087 c.d. e il valore del protocollo sindacato-azienda nella definizione del perimetro della responsabilità datoriale*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, 2, 62 ss., spec. 64.

²² A. Maresca, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull’art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, 2, 7; E. Erario Boccafurni, *op. cit.*, 62 ss.; M. Marazza, *L’art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, 267 ss. con alcune differenze significative rispetto alle impostazioni degli altri autori citati; S. Giubboni, *op. cit.*, 5-9.

²³ Cfr. da ultimo, *inter alias*, Cass., 29 ottobre 2020, n. 23921 «L’art. 2087 c.c. non configura un’ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro - di natura contrattuale - va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento; ne consegue che incombe al lavoratore che lamenti di avere

priorità la tutela della coesione sociale e della continuità produttiva, ha voluto, coinvolgendo direttamente le parti sociali, che l'autonomia collettiva, attraverso le linee guida contenute nei Protocolli ²⁴, specificasse alcune norme cautelari minime – tipizzate e cristallizzate allo stato della conoscenza medica del 24 aprile 2020, per quanto attiene al Protocollo generale e dei successivi ed eventuali aggiornamenti e integrazioni – che il datore di lavoro è tenuto a rispettare per evitare il diffondersi del contagio nell'ambiente lavorativo. Ciò non significa però anche che quelle regole prudenziali non debbano essere inserite e adattate dal datore di sicurezza allo specifico contesto e in relazione all'evolversi delle conoscenze tecniche e scientifiche secondo parametri di diligenza qualificata.

Infatti, da un'analisi attenta del contenuto del protocollo del 24 aprile, non può sfuggire che il suo testo – infarcito di “potrebbe” e “dovrebbe” – contiene molti coni d'ombra perchè le misure in esso nominate non eliminano la discrezionalità giudiziale sul modo in cui esse dovrebbero essere applicate secondo lo standard imposto dall'art. 2087 c.c.

Il Protocollo generale – ma ciò vale anche per gli altri Protocolli che intervengono ai vari livelli – tipizza, accanto a regole cautelari molto specifiche (per es. collocare all'ingresso l'igienizzante per le mani), regole elastiche che comportano per loro natura un necessario sforzo adattivo del datore di lavoro rispetto allo specifico contesto e all'organizzazione aziendale da lui configurata²⁵ (per fare soltanto un esempio la rimodulazione delle postazioni di lavoro all'interno dello spazio aziendale è suscettibile di essere configurato in svariati modi; *idem* lo scaglionamento delle entrate e delle uscite; la stessa scelta unilaterale del datore di lavoro di ricorrere allo *smart working* è connotata da un alto livello di discrezionalità). Tale sforzo, dunque, resta suscettibile di essere valutato dal giudice secondo i parametri di cui all'art. 2087 c.c. ossia secondo la «particolarità del lavoro

subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare, oltre all'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'una e l'altra, e solo se il lavoratore abbia fornito tale prova sussiste per il datore di lavoro l'onere di provare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno.

²⁴ Cfr. i rilievi critici sulla genericità del rinvio di P. Albi, *op. cit.*, 1129.

²⁵ Sul punto, M. Marazza, *op. cit.*, 268 ss.

l'esperienza e la tecnica», esattamente come sarebbe accaduto se l'art. 29bis non fosse mai stato emanato.

Non solo. Poiché gli studi scientifici medico sanitari si evolvono, giorno dopo giorno, e i dispositivi di protezione e igiene disponibili sul mercato sono sempre più sofisticati, non si potrà certo escludere la possibilità che le conoscenze mediche e la produzione di dispositivi tecnici di protezione (vedi per esempio le mascherine) siano in grado di superare le indicazioni statiche contenute nei Protocolli²⁶.

Vero è che il Protocollo “madre” prevede la costituzione di organismi paritetici e di varie forme di interlocuzione tra le parti, a livello aziendale, che consentono di aggiornare le misure applicate, ma è altrettanto vero che il datore di lavoro non è obbligato a contrarre l'aggiornamento delle misure di sicurezza, ma soltanto a trattare con i rappresentanti dei lavoratori²⁷, potendo legittimamente rifiutare l'introduzione di misure aggiornate per le ragioni più svariate che restano irrilevanti. Non può essere sottovalutato, in altri termini, che i comitati paritetici, su cui si basa il presunto carattere dinamico dei Protocolli, risentono per loro natura dei rapporti di forza che al loro interno si instaurano.

Stando così le cose, – in assenza di una modifica formale del Protocollo anti-contagio negoziata con i rappresentanti dei lavoratori a livello aziendale – non potrebbe ritenersi il datore di lavoro esautorato

²⁶ Al riguardo è interessante in questa prospettiva ragionare sulle questioni di recente innescate dalla disponibilità del vaccino e alla possibilità del datore di licenziare il dipendente che si rifiuti di eseguirlo, cfr. P. Ichino, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore?*, dibattito in *Il Quotidiano giuridico*, 8 gennaio 2021: «Un'altra obiezione che viene mossa alla tesi qui sostenuta è quella secondo cui, in materia di prevenzione del contagio da Covid-19, il contenuto concreto dell'obbligo di sicurezza dell'imprenditore sarebbe stato, per così dire, cristallizzato dalla norma contenuta nell'art. 29bis d.l. n. 23/2020 – c.d. Decreto Liquidità –, come convertito con la 40/2020, che rinvia al contenuto dei protocolli convenuti tra il Governo e le parti sociali. Ma l'epoca in cui la norma è stata emanata, nella quale vaccinarsi non era ancora possibile e non era neppure prevedibile quando e con quali modalità lo sarebbe stato, impedisce di dedurre dalla norma stessa l'esclusione della vaccinazione dal novero delle misure attivabili oggi dall'imprenditore per la prevenzione del contagio. E sappiamo come l'art. 2087 c.c. sia una “norma aperta” proprio nel senso che l'obbligo di sicurezza in esso contenuto si arricchisce di contenuti concreti via via che la scienza e la tecnica mettono a disposizione nuove misure efficaci».

²⁷ Specificamente G. Ludovico, *op. cit.*

dall'obbligo di aggiornamento delle misure esigibili secondo il principio della massima sicurezza tecnologica possibile. Se le cose stessero così, il datore di lavoro sarebbe deresponsabilizzato e indotto ad applicare alla lettera solo gli accorgimenti minimi indicati nei Protocolli, ma non si può fare a meno di notare che un tale disincentivo a garantire il costante monitoraggio delle innovazioni tecniche e scientifiche sul tema potrebbe mettere a repentaglio il bene primario della salute dei lavoratori la cui protezione costituisce l'obiettivo centrale su cui punta l'intera legislazione prevenzionale, tenuto soprattutto conto che il T.U. 81/2008, che non è stato certamente messo fuori gioco dall'art. 29bis.

4. *Dal diritto positivo al diritto "emotivo".*

Per tutte le ragioni appena esposte è forte la convinzione che l'art. 29bis non sia in grado di garantire sul piano tecnico l'effetto di "scudo" che voleva essere raggiunto sul piano politico.

Tanto più che il legislatore sembra essere dimentico che l'art. 2087 c.c., qualora sussistano i presupposti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., fonda una posizione di garanzia del datore di lavoro che se violata reca con sé conseguenze di natura penale.

Qualora fosse stato davvero necessario costruire uno "scudo" (e su questo si dirà tra breve), il metodo tecnicamente più corretto sarebbe stato quello già utilizzato nel settore della colpa medica per contrastare il fenomeno della cd. medicina difensiva, dove il cd. Decreto Balduzzi, 13 settembre 2012, n. 158, aveva previsto che il medico qualora si fosse attenuto alle linee guida non avrebbe risposto penalmente per colpa lieve. La distinzione tra colpa grave e colpa lieve, già nota all'ordinamento giuridico (cfr. artt. 935 c.c.; 2236 c.c.; art. 96 c.p.c. e art. 6 d.lgs. 231/2001), avrebbe potuto essere importata nel sistema della responsabilità civile del datore di lavoro per infezione da Sars-Cov-2. Tale operazione peraltro sarebbe stata resa agevole dal fatto che si sarebbe potuto beneficiare della categorizzazione del concetto di "colpa grave" già delineata dalla dottrina secondo cui versa in colpa grave chi non si attiene alle linee guida, chi pur attenendosi alle stesse non adegua il loro contenuto alle peculiarità del caso concreto e chi realizza il programma obbligatorio con una macroscopica negligenza.

Infine, occorre affrontare un ultimo aspetto di questa intricata

vicenda, chiedendosi se fosse davvero necessario uno “scudo” per prevenire le (fino ad ora virtuali) richieste di risarcimento del danno da parte dei lavoratori per l’infezione da Sars-cov-2 contratta sul luogo di lavoro.

Si vuole allora anteporre una conclusione alla sua spiegazione: l’art. 29*bis*, pur con tutti i difetti sopra evidenziati, è sostanzialmente una norma innocua che non sposta di molto l’equilibrio del sistema giuridico che si sarebbe preservato attraverso un’interpretazione ragionevole, cui non si dubita la magistratura sarebbe pervenuta. La norma, infatti, costituisce più che altro un esempio di norma “emotivamente tranquillizzante” nei confronti del mondo imprenditoriale che “gattopardianamente” cambia tutto per lasciar tutto com’era.

Se ben ci si riflette, in un eventuale giudizio di risarcimento del danno *ex art.* 2087 c.c. il lavoratore avrebbe ben poche chance di risultare vittorioso. Spetta a lui, infatti, la prova diabolica dell’*eziologia* dell’infezione da Sars-Cov-2²⁸, ossia la dimostrazione che il contagio, oltre a esser stato contratto sul luogo di lavoro, è ricollegabile alla condotta (omissiva) negligente/colposa del datore di lavoro secondo il principio della “preponderanza dell’evidenza”, applicabile alla causalità civile. Dunque, anche in assenza del presunto “scudo” introdotto dall’art. 29*bis*, il lavoratore dovrebbe provare – oltre al danno all’integrità psicofisica – che, “è più probabile che”²⁹ l’infezione si sia determinata dall’omissione delle misure di sicurezza esigibili da parte del datore di lavoro, “che non” in un diverso ambiente.

È incontestabile in proposito che la natura ubiquitaria del virus renda la prova del nesso di causalità molto simile a quella delle malattie

²⁸ Cfr. M.T. Carinci, *op. cit.*, 395 ss.

²⁹ Sotto il punto di vista oggettivo, l’accertamento causale da compiersi è analogo a quello vigente in materia penale, nel caso di condotta omissiva: eliminata mentalmente l’azione omessa e inserita la condotta doverosa del sanitario, bisognerà procedere ad un giudizio controfattuale al fine di vedere se l’esecuzione della condotta doverosa avrebbe ostacolato il contagio. In tale accertamento, il grado probabilistico del risultato ottenuto a seguito dell’impiego della legge di copertura scientifica deve essere corroborato, escludendo l’incidenza di cause alternative e di fattori interruttivi della causalità. L’accertamento del rapporto causale, tuttavia, nel processo civile non deve essere segnato dalla regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio, ma da quella del più probabile che non. Cfr. Cass., 17 febbraio 2020, n. 3909

multifattoriali³⁰, salvo il caso in cui nella stessa azienda si siano verificati più o meno contestualmente diversi casi di contagio e che ciò poteva essere ricollegabile ad una condotta inerte del datore di lavoro che non aveva fatto il possibile per prevenire il contagio³¹.

5. Il diritto alla protezione dei dati personali sanitari nel rapporto di lavoro alla luce della legislazione emergenziale. Il coordinamento sistematico tra le misure precauzionali e i limiti ai poteri datoriali di verifica e controllo sullo stato di salute dei dipendenti.

Le misure precauzionali contenute all'interno dei Protocolli condivisi aprono delicati problemi connessi al loro coordinamento sistematico con il sistema dei limiti al potere del datore di lavoro di controllo e verifica dello stato di salute dei dipendenti³².

Tra le prescrizioni in essi contenute, infatti, vi sono regole cautelari che il datore di lavoro è tenuto a rispettare (cfr. artt. 2087 c.c.- art. 29bis) che riguardano le modalità di attuazione della sorveglianza sanitaria in azienda e la gestione di persone sintomatiche. A titolo esemplificativo, il protocollo³³ prevede che il personale possa essere sottoposto al controllo della temperatura corporea (finalizzato alla preclusione dell'accesso ai luoghi di lavoro qualora la febbre risulti superiore ai 37 gradi e mezzo punto 2); che l'ingresso di lavoratori già risultati positivi

³⁰ Sul punto F. Rossi, M. L. Miazzi, *op. cit.*, 687.

³¹ In quest'ultimo caso, la teoria della causalità adeguata (artt. 40 e 41 c.p.) civilistica si potrebbe accontentare di una legge di copertura statistica-epidemiologica. Spetterebbe a questo punto al datore di lavoro di provare le cd. concause che da sole siano in grado di determinare l'evento dannoso (per esempio che i conviventi del lavoratore o dei lavoratori siano contagiati e vivano nello stesso ambiente).

³² Sul tema cfr. F. Bacchini, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020, 4; A.M. Campanale, *Tra precauzione e prevenzione: misure di sicurezza anticontagio e tutela della privacy*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 8/9, 803 ss.; M.T. Carinci, *op. cit.*; L. D'Arcangelo, *La tutela dei dati personali nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19 (e oltre)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli (a cura di), Roma, 2020, n. 1; E. Dagnino, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, D. Poletti, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Persona e mercato*, 2020, 2, 66 ss. A. Sitzia, *Coronavirus, controlli e privacy nel contesto del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 5, 495 ss.

³³ Da ultimo allegato n. 12 al D.p.c.m. 3 dicembre 2020.

debba essere preceduto da una certificazione medica da cui risulti la “avvenuta negativizzazione” del tampone; che l’azienda collabora con le Autorità sanitarie per la definizione degli eventuali “contatti stretti” di una persona presente in azienda che sia stata riscontrata positiva al tampone COVID-19 (punto 11); che il medico competente segnali all’azienda situazioni di particolare fragilità e patologie attuali o pregresse dei dipendenti e l’azienda provvede alla loro tutela nel rispetto della privacy.

I protocolli prevedono che il datore possa eseguire «trattamenti» di alcune «categorie particolari di dati» (*ex* dai sensibili), ossia dei dati sanitari dei lavoratori, perseguendo una doppia finalità: in primo luogo, garantire condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro delle modalità lavorative e, in secondo luogo, frenare a scopo precauzionale il diffondersi del contagio.

Il primo problema da segnalare riguarda il rapporto tra tali misure e l’art. 5 dello Statuto dei lavoratori che non è stato formalmente abrogato dalla legislazione emergenziale³⁴. La norma – la cui violazione integra reato contravvenzionale punibile *ex* art. 38 St. lav. – vieta che gli accertamenti sanitari sui lavoratori siano effettuati direttamente dal datore di lavoro o, indirettamente, per il tramite di un suo medico di fiducia, ponendosi l’obiettivo di cancellare l’odiosa figura del “medico di fabbrica” e assicurare che gli accertamenti sanitari sul personale dipendente siano demandati, su richiesta del datore di lavoro, all’imparzialità dei servizi ispettivi degli enti pubblici competenti³⁵ o a strutture sanitarie pubbliche³⁶. L’attenzione che i protocolli riservano alla figura del medico competente, peraltro, non sembra idonea a comporre il contrasto in parola perché tale figura ha il compito di attestare l’idoneità fisica del lavoratore necessaria per lo svolgimento di mansioni specifiche, mentre i protocolli demandano all’impresa il compito di svolgere accertamenti sulla generica idoneità a fare ingresso sul luogo di lavoro che, secondo l’art. 5 St. lav., dovrebbero essere svolti dalle competenti strutture pubbliche.

Se le cose stanno così, allora l’unico modo per risolvere il conflitto normativo appena tratteggiato è prendere atto che le norme contenute

³⁴ Sul punto, M.T. Carinci, *op. cit.*

³⁵ Per quanto riguarda il controllo delle assenze per malattia o infortunio.

³⁶ Per quanto attiene al controllo sull’idoneità fisica del lavoratore, almeno per il personale già assunto.

nei protocolli hanno carattere eccezionale e come tali «non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati» (cfr. art. 14 disp. prel. Cod. civ.). Non vi è dubbio che la legislazione emergenziale in questa materia sia dettata per risolvere problemi particolari sollevati da una congiuntura epidemiologica e che, pertanto, finché durerà lo stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020, le misure previste dai protocolli costituiscano misure eccezionali applicabili in deroga alla materia dei trattamenti dei dati sanitari dei lavoratori.

Se così è, resta impregiudicato che le indicazioni ivi previste non possono essere estese a casi non contemplati all'interno dei Protocolli, facendo ricorso all'analogia. Infatti, le norme contenute nei Protocolli costituiscono la «base giuridica» (cfr. art. 6 GDPR) che autorizza il datore di lavoro a trattare determinate categorie particolari di dati personali (v. *amplius infra*) – per es. il dato che riguarda la temperatura corporea – e non anche qualsiasi altro tipo di dato sanitario a contenuto diverso – per es. il livello di saturazione dell'ossigeno nel sangue del lavoratore. Ciò sarebbe contrario, infatti, al divieto dell'art. 5 St. lav., che resta in vigore, salva la possibilità che nelle more intervenga una modifica integrativa per aggiunta dei Protocolli (anche a livello aziendale) finalizzata ad aggiornare la base giuridica del trattamento e sempre che quel trattamento sia necessario ai fini della prevenzione del contagio sui luoghi di lavoro. Su tale profilo il Garante per la protezione dei dati personali, con un comunicato del 2 marzo 2020, ha sin da subito raccomandato alle imprese di astenersi da iniziative “fai da te” di raccolta aprioristica e sistematica, attraverso indagini generalizzate non consentite, di informazioni sullo stato di salute dei lavoratori e dei loro prossimi congiunti³⁷.

5.1. Il trattamento di dati sanitari dei lavoratori necessario per assolvere gli obblighi contrattuali del titolare del trattamento derivanti dal rapporto di lavoro.

Quanto detto al paragrafo precedente non toglie che le informazioni sanitarie che il datore di lavoro è facoltizzato a raccogliere, per il tramite del medico competente, memorizzare e comunicare devono essere trattate nel rispetto della normativa posta a protezione dei dati

³⁷ Su tale provvedimento v. E. Dagnino, *op. cit.*

personali e quindi del d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, di adeguamento del codice al cd. GDPR, Regolamento 2016/679/Ue. Tale constatazione è peraltro sottolineata all'interno dei protocolli condivisi (nota 1 al punto 2) e su tale aspetto mi riservo di ritornare.

Quanto al trattamento di categorie particolari di dati nel rapporto di lavoro, occorre ricordare che l'art. 9, par. 2, GDPR – al contrario dell'art. 5 St. lav. – ammette la possibilità che il datore tratti dati sanitari dei dipendenti qualora ciò sia necessario ad assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare o dell'interessato in materia di diritto del lavoro, nei limiti in cui ciò sia autorizzato dalla legge o da un contratto collettivo e alla condizione che i diritti fondamentali dell'interessato siano preservati attraverso l'adozione di misure specifiche (art. 9, par. 2, lett. b)³⁸. L'ordinamento italiano, poi, subordina tale possibilità alla concessione di un'autorizzazione da parte del Garante per la protezione dei dati personali che potrebbe individuare ulteriori limiti o specifiche misure di protezione³⁹.

La normativa *privacy* prende atto che i dati personali sensibili dei lavoratori possono circolare nell'ambiente aziendale e obbliga il datore di lavoro a trattarli, compiendo su di essi numerose operazioni che vanno dalla raccolta alla loro cancellazione, qualora vi sia una base legale giustificatrice del trattamento (art. 6 GDPR) e nel rispetto dei principi del trattamento (individuati dall'art. 5 del GDPR).

Tra essi assume un ruolo decisivo il principio di *accountability* che

³⁸ Ottenere il consenso esplicito del lavoratore interessato, invece, non costituirebbe una legittima base del trattamento perché il consenso nel rapporto di lavoro, caratterizzato per definizione da una disparità di poteri, non garantirebbe che il consenso sia prestato consapevolmente; sia consentito rinviare su questo punto a A. Ingraio, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, 2018, Bari, 110.

³⁹ Occorre considerare che l'art. 9, par. 4, GDPR prevede che gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, biometrici e relativi alla salute. In attuazione di tale disposizione l'art. 2^{septies} d.lgs. 196/2003 prevede che il Garante per la protezione dei dati, con cadenza almeno biennale adotti un provvedimento con cui prescrive misure di garanzia specifiche in relazione alla categoria particolare di dati. Ad oggi non risulta modificato l'ultimo "Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101" [9124510], pubblicato in Gazzetta n. 176 del 29 luglio che autorizza il trattamento di dati sanitari all'interno del rapporto di lavoro.

si traduce in un obbligo in capo al “titolare del trattamento” datore di lavoro di prevenire la lesione dei diritti di dignità e autodeterminazione dei lavoratori sottoposti a trattamento, attraverso l’implementazione di misure (organizzative e tecniche) adeguate ad attenuare o eliminare i rischi sottesi al trattamento, facendo in modo che l’organizzazione informativa sia conforme *by design* e *by default* ai canoni di trasparenza, proporzionalità, minimizzazione e legalità. La logica di fondo è quella della prevenzione già nota nella materia della protezione della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro che qui viene applicata al diritto alla dignità e all’autodeterminazione del lavoratore.

Volendo applicare i principi in parola al caso della raccolta dei dati relativi alla temperatura corporea, coniugandoli con i “suggerimenti” già contenuti nel protocollo riguardo all’adozione di misure idonee a garantire la protezione dei dati, occorre considerare che il datore di lavoro, per il tramite del medico competente, dovrà prima della rilevazione della temperatura fornire l’informativa sul trattamento dei dati personali. In questo caso particolare, l’informativa privacy può essere enunciata anche oralmente al lavoratore, il quale deve essere reso edotto da parte del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento (il medico competente) della finalità del trattamento (il protocollo suggerisce d’indicare «la prevenzione dal contagio da COVID-19») e della sua base giuridica che, come è stato già detto, coincide con la doverosa attuazione dei protocolli da parte del datore di lavoro.

Inoltre, è doveroso informare il lavoratore del fatto che alcun dato sarà memorizzato e conservato, ad eccezione del caso in cui la misurazione della temperatura corporea rilevi febbre superiore a 37,5 gradi. Solo in tal caso, il dato potrà essere raccolto e memorizzato, identificando l’interessato, poiché potrebbe essere necessario a documentare in futuro le ragioni che hanno impedito l’accesso ai locali aziendali. Quanto a questo profilo, il lavoratore in questione dovrà essere informato anche del periodo di *data retention* (la conservazione dei dati), con apposita comunicazione che sottolinei che i dati saranno cancellati e distrutti al termine dello stato d’emergenza.

In secondo luogo, ma comunque preventivamente rispetto alla raccolta dei dati, il datore di lavoro è tenuto a definire misure di sicurezza e misure organizzative «adeguate» a proteggere il dato relativo alla temperatura. Sotto il profilo organizzativo, occorre

individuare i soggetti preposti al trattamento e fornire loro le istruzioni necessarie⁴⁰.

I dati, inoltre, non potranno essere usati per finalità differenti rispetto a quelle di prevenzione del contagio: il datore di lavoro non potrebbe (perché il Protocollo non lo autorizza a ciò) per esempio, conservare e memorizzare i dati per creare dei report sullo stato di salute dei dipendenti.

Infine, tali dati non possono essere comunicati a terzi, salvo quanto si dirà nel prossimo paragrafo.

5.2. Il trattamento di dati sanitari da parte del datore di lavoro per finalità di sanità pubblica alla luce del diritto emergenziale: il ruolo dell'art. 17bis d.l. 18/2002 come convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 17.

Nel paragrafo precedente si è analizzato il caso in cui il datore di lavoro, quale debitore contrattuale di sicurezza, si trovi a trattare dati sanitari dei lavoratori, nei limiti in cui ciò sia consentito dai Protocolli. In questo paragrafo, invece, si farà cenno ai trattamenti di dati sanitari dei lavoratori che il datore di lavoro svolge in qualità di “soggetto attuatore” delle misure di garanzie nell’esecuzione delle funzioni d’interesse pubblico attribuitegli nell’ambito dell’emergenza determinata dal diffondersi del Sars-Cov-2⁴¹.

In proposito si consideri che, l’art. 17bis d.l. 18/2002 come convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 17 prevede, come annuncia la rubrica, alcune «disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale» destinate a operare «fino al termine dello stato di emergenza (...)». L’art. 17bis è la trasposizione, con alcune modifiche, dell’art. 14 D.L. 9 marzo 2002 n. 14, originariamente applicabile soltanto ai soggetti operanti nel Servizio Sanitario Nazionale, agli Uffici del Ministero della Salute e agli altri enti pubblici e privati che, a vario titolo, durante l’emergenza, si sono trovati costretti a trattare, comunicare e scambiare dati sanitari di contagiati, malati ecc.

⁴⁰ Lo stesso medico competente sarà nominato responsabile del trattamento e i lavoratori che saranno deputati a venire in contatto con i dati soggetti autorizzati.

⁴¹ Su tale distinzione F. Perrone, *Questioni di conformità del diritto alla privacy dell'emergenza con il diritto dell'Unione europea*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, 2, 581 ss.

ecc.⁴²

La legge di conversione 24 aprile 2020 n. 17, ampliando l'ambito di applicazione della disposizione, ha introdotto tra i destinatari della norma anche i soggetti «deputati a monitorare e a garantire l'esecuzione delle misure»⁴³ per prevenire e contenere il contagio sui luoghi di lavoro attraverso l'attuazione dei Protocolli anti-contagio.

I datori di lavoro, per quanto qui interessa, possono trattare particolari categorie di dati (dati sensibili e dati relativi a condanne penali) «anche allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali» e, in particolare, comunicarli alle strutture sanitarie, qualora ciò risulti necessario all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19.

Per comprendere la disposizione, allora, occorre prendere in considerazione la base giuridica del trattamento che, come si è detto, è costituita dal protocollo del 24 aprile 2020 dove (punto 11 “gestione di una persona sintomatica in azienda”) si dichiara che l'azienda è tenuta a collaborare con le Autorità sanitarie ai fini della ricostruzione della filiera degli eventuali “contatti stretti” di un lavoratore risultato positivo al COVID-19.

Risulta chiaro, a questo punto, che la disciplina di cui all'art. 17 *bis*, è applicabile al datore di lavoro soltanto nella misura in cui svolga un ruolo di “raccordo” con il Sistema Sanitario Nazionale o con le altre Autorità menzionate nella norma, in qualità di «soggetto attuatore» delle misure anti-contagio. Tanto che la norma rinvia al rispetto dell'art. 9, par. 2 lett. g), h) e i), GDPR che autorizzano, rispettivamente, i trattamenti di dati sensibili per motivi di interesse pubblico rilevante stabilito dalla legge (nel rispetto del principio di proporzionalità e fermo l'obbligo di adottare misure appropriate e specifiche); per finalità di «medicina preventiva e di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente (...)» e, infine, per la necessità di trattare dati nel settore della sanità pubblica per motivi d'interesse pubblico.

In tal caso, per quanto qui rileva, l'art. 17 *bis* autorizza l'azienda,

⁴² Cfr., *amplius*, A. Sitzia, *op. cit.*, 504.

⁴³ Misure «disposte ai sensi dell'art. 2, d.l. 25 marzo 2020, n. 19» ossia le misure introdotte per il tramite dei D.p.c.m. e dunque anche del protocollo 24 aprile che è allegato ai vari provvedimenti legislativi sinora succedutisi.

ferma la doverosa applicazione di misure appropriate a tutela dei dati, ad omettere l'informativa al lavoratore o informare oralmente il lavoratore che i suoi dati saranno comunicati a terzi (comma 5) con una disposizione per nulla innovativa ma specificativa di quanto già previsto dall'art. 23, par. 1, lett. e) GDPR e, inoltre, autorizza il datore di lavoro a istruire anche oralmente i soggetti incaricati a trattare i dati che saranno trasmessi alle Autorità sanitarie.

Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli interventi del legislatore in punto fattispecie. – 3. Gli interventi del legislatore in punto effetti. – 4. Quando l'imprevedibile diventa prevedibile

1. Premessa

La mole torrenziale degli interventi legislativi legati all'emergenza richiede uno sforzo di ricostruzione sistematica, volto a collocare i diversi punti di intervento su un'unica trama. Solo in questo modo è possibile valutare la portata innovativa o meno delle novità introdotte rispetto a soluzioni già presenti nel (o comunque ricavabili dal) nostro ordinamento, verificare la coerenza degli interventi e comprendere la direzione in cui si muove il legislatore¹.

È ovvio che la risposta a un problema, come è quello legato all'attuale pandemia, di sistema non può che essere di sistema, intendendosi con ciò che le soluzioni che il diritto privato può offrire per far fronte agli squilibri causati dall'emergenza non possono, da sole, costituire una risposta pienamente soddisfacente per tutelare tutti gli interessi in gioco². Nel ricostruire il quadro degli interventi legislativi

¹ L'auspicio è quello di evitare, per quanto possibile, una affannosa rincorsa del legislatore da parte dell'interprete. Per una ricostruzione sistematica degli interventi emergenziali, seppure in fasi diverse dell'emergenza, v., ad es., L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19* - Speciale n. 3, 345 ss.; C. MASCIOPINTO, *I contratti in corso di esecuzione e l'attuale emergenza sanitaria*, in *Contr.*, 2020, 449 ss.; F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, ivi, 485 ss.

² Sulla necessità di un approccio integrato, che consideri entrambi i livelli di intervento, sia quello "macro-scopico" che quello "micro-scopico", v. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus civile*, 2020, 467 ss. All'interno del diritto privato, l'insoddisfazione, in una situazione emergenziale, verso i rimedi tradizionali porta alla valorizzazione di principi e clausole generali (il richiamo, in particolare, è alla buona fede e alla solidarietà): in tal senso cfr., seppur in termini diversi tra di loro, A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; A.

emergenziali con riguardo ai rapporti contrattuali occorre dunque tenere presente tali limiti, non chiedendo al diritto dei contratti di dare risposte che non è in grado di fornire e chiedendosi se tali risposte non sono da ricercare in altri settori del diritto³.

Tanto premesso, scopo limitato del presente lavoro è quello di ricostruire la reazione del legislatore all'emergenza sul piano dei rapporti contrattuali. Non ci si soffermerà su questioni più tecniche e di dettaglio, che pure sono numerose, ma si tenterà di offrire un quadro d'insieme, con l'ulteriore avvertenza che i temi di carattere generale richiamati saranno, per l'appunto, meramente evocati al solo fine di evidenziarne il collegamento rispetto alla legislazione emergenziale.

2. Gli interventi del legislatore in punto fattispecie

Innanzitutto, il legislatore ha disposto, sotto il profilo della fattispecie, che alcune circostanze legate all'emergenza costituiscono impossibilità sopravvenuta⁴, richiamando in tal modo categorie

DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 1, 227 ss.; U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi del diritto dei contratti*, ivi, *Speciale* n. 3, 333 ss.; G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona mercato*, 2020, 25 ss., il quale richiama, oltre alla buona fede e alla solidarietà, anche il principio di effettività. Sul ruolo delle clausole e dei principi generali in tempo di emergenza, v. anche le avvertenze di metodo di E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3 suppl., 87 ss.

³ Ammonisce A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, *Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 3, 383, che «[n]eppure la medicina più potente cura i mali per cui non è adatta», sottolineando che «il diritto di parte generale del contratto benché rimedio potente è impotente contro i vizi del mercato e la crisi d'impresa» (396). Nello stesso senso v. F. PIRAINO, *op. cit.*, 503.

⁴ Circostanze costituite sia dalla pandemia in sé, sia dalle misure normative volte a contenerla. Sulla necessità di distinguere tra gli «effetti provocati dalla regola giuridica (che provvede alla qualificazione dell'evento eccezionale mediante l'introduzione delle «misure di contenimento») e gli effetti prodotti dalla causa (*id est*: dell'evento a fondamento dell'adozione) della regola giuridica» v. R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 3, 367 ss. Similmente, v. M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità*

tradizionali già disciplinate dal diritto comune delle obbligazioni e dei contratti. Il discorso si concentrerà sulle ipotesi di impossibilità sopravvenuta, ma si avverte che in certi casi il legislatore ha costruito talune fattispecie sospese tra l'impossibilità e l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Talvolta il legislatore ha previsto espressamente che, al verificarsi di determinate circostanze legate all'emergenza, ricorre impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c. Così, ha affermato che, in ragione della chiusura dei luoghi della cultura «a seguito dell'adozione delle misure» contenute nel dpcm 8 marzo 2020 e «comunque in ragione degli effetti derivanti dall'emergenza da Covid-19, a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto e fino al 30 settembre 2020, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura» (art. 88, comma 1, d.l. 18/2020). Ancora, ha chiarito che «a seguito della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di abbonamento, anche di durata uguale o superiore a un mese, per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile» (art. 216, comma 4, d.l. 34/2020).

In alcuni casi, altrettanto espressamente il legislatore ha equiparato l'impossibilità a ricevere la prestazione all'impossibilità a prestarla, chiarendo che anche l'impossibilità di ricevere la prestazione dà luogo a impossibilità sopravvenuta⁵. Così, sempre con riguardo ai titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura si applica la norma sopra menzionata, che dispone la ricorrenza di

sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 319.

⁵ Sull'intervento del legislatore emergenziale nei settori richiamati subito nel testo v. A. PEPE, *L'emergenza sanitaria da coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 599 ss.

un'impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c., anche quando i «soggetti» (dunque, gli acquirenti) siano stati sottoposti a quarantena, permanenza domiciliare fiduciaria o ricovero sanitario, oppure siano «residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio», e siano così impossibilitati ad andare al cinema, a teatro o al museo (art. 88, comma 2-bis, d.l. 18/2020). Ricorre altresì impossibilità sopravvenuta laddove la prestazione sia da rendere in un territorio interessato dalle misure di contenimento e, dunque, anche nel caso in cui la prestazione possa essere eseguita ma non sia possibile accedere al territorio ove essa ha luogo (art. 88, comma 2-bis, d.l. 18/2020). Ancora, in un diverso settore, «[a]i sensi e per gli effetti dell'art. 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestri, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico» stipulati da chi si trovi nelle circostanze sopra menzionate (quarantena, permanenza domiciliare, destinatari di provvedimento di allontanamento); da chi debba partire o arrivare nelle aree interessate dal contagio; da chi si debba recare in Stati esteri dove è impedito l'ingresso. Sempre con riguardo a quest'ultima tipologia di contratti, l'equiparazione a impossibilità sopravvenuta è estesa a ipotesi in cui a venir meno non è la vera e propria possibilità di ricevere, ma l'utilità della prestazione per il creditore: infatti, ricorre impossibilità sopravvenuta anche qualora il contraente viaggiasse per partecipare a concorsi, procedure di selezione, manifestazioni, iniziative, eventi o riunioni annullati, sospesi o rinviati dalle autorità a causa del Covid.

Altre volte il legislatore non ha disposto espressamente che le circostanze legate all'emergenza danno luogo a impossibilità sopravvenuta non imputabile, ma sembra averlo presupposto disponendo una limitazione della responsabilità del debitore. Il riferimento è alla discussa norma di portata generale per cui «il rispetto delle misure di contenimento [...] è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» (art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020). La portata di tale norma è oggetto di diverse interpretazioni e numerose discussioni sotto molteplici profili, che fuoriescono tuttavia dall'ambito del

presente lavoro⁶. Basti in questa sede rilevare, limitandosi qui al piano della fattispecie (degli effetti si dirà dopo), come la norma paia tipizzare un caso di mancata esecuzione della prestazione che, se derivante dal rispetto delle misure di contenimento del contagio, dà luogo a una impossibilità (totale, parziale o temporanea) non imputabile al debitore. Similmente, con riguardo a uno specifico settore, il legislatore ha disposto che «la sospensione delle attività sportive» ordinata dalle autorità «è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile [...] 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» (art. 216, comma 3, d.l. 34/2020), con ciò evocando non solo l'impossibilità (temporanea) della prestazione ma anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Ci si può interrogare sulla portata innovativa di tali norme rispetto al quadro normativo codicistico in tema di impossibilità sopravvenuta. Sicuramente le regole comuni su obbligazioni e contratto già consentono di ritenere che il rispetto delle misure adottate per fronteggiare la pandemia, laddove comporti l'impossibilità di eseguire la prestazione, costituisca un caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, e in altri casi alla risoluzione del contratto ci si potrebbe comunque arrivare applicando le norme sull'eccessiva onerosità sopravvenuta. Entro certi limiti, la stessa soluzione (di

⁶ Su tale norma v., ad es., A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19* - Speciale n. 2, 145 ss.; ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, ivi, Speciale n. 3, 403 ss.; 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, 572 ss.; G. IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 de. D.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 368 ss.; R. MORELLO, *Effetti sui contratti e applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19* - Speciale n. 3, 426 ss.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 487 ss.; G. TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle "clausole generali"*, in *Contr.*, 2020, 436 s.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19* - Speciale n. 2, 248 ss.

scioglimento del contratto) pare potersi adottare – seguendo l’evoluzione interpretativa che si è snodata in maniera complessa e non sempre lineare in materia di impossibilità, presupposizione e causa in concreto⁷ – anche laddove non sia possibile ricevere la prestazione o venga meno l’interesse del creditore all’adempimento⁸. La questione è discussa e non ci si può soffermare, ma, nell’ottica di fornire una ricostruzione sistematica dell’intervento del legislatore emergenziale, basti qui sottolineare come a molte delle soluzioni da quest’ultimo adottate si sarebbe probabilmente potuti arrivare tramite la disciplina comune, perlomeno seguendo alcuni filoni interpretativi non isolati⁹.

⁷ Scontato è il riferimento al caso riguardante, per l’appunto, un’epidemia, deciso da Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. comm.*, 2008, 531, che configura l’impossibilità di utilizzazione della prestazione come causa atipica di estinzione dell’obbligazione laddove comporti la sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto. Sulla ricostruzione in termini di “causa in concreto” svolta dalla giurisprudenza, v., ad es., E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 151 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, ivi, 2014, 256 ss.

⁸ In proposito cfr., *ex multis*, G. COTTINO, *L’impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l’impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 443 ss.; G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, 262 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell’impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2002, 121 ss.; S. PAGLIANTINI, *Dell’impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. c.c. Gabrielli, Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, Torino, 2011, 557 ss.; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, 413 s.; M. DELLACASA, *La cooperazione all’adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2019, 606-615. Con particolare riguardo alla situazione emergenziale in corso, sull’impossibilità di ricevere la prestazione e sulla perdita dell’interesse da parte del creditore v. R. FRANCO, *op.cit.*, 370 s.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 498.

⁹ Sulla elasticità delle categorie tradizionali dell’impossibilità sopravvenuta e della eccessiva onerosità sopravvenuta a fronte dell’emergenza sanitaria cfr. E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 3, 129 ss.; A. DE MAURO, *op. cit.*, 227 ss.; P. SIRENA, *L’impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell’epidemia di Covid-19*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., 73 s. Cfr. anche O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 357 ss., la quale estende l’analisi alla categoria della inesigibilità della prestazione; E. FERRANTE,

Anche per tale ragione, alcuni interpreti hanno affermato la necessità, pena la sostanziale inutilità dell'intervento legislativo¹⁰, di ritenere le norme emergenziali (il riferimento è alla norma generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020) riferite anche a casi che non rientrano nella nozione codicistica di impossibilità sopravvenuta¹¹. In termini di ricadute pratiche, è chiaro che la questione diventa più o meno rilevante a seconda di quanto ampia si ritenga la categoria dell'impossibilità sopravvenuta secondo il diritto comune: in altre parole, si tratta di capire quanto i casi eventualmente esclusi dalla fattispecie emergenziale possano rientrare in quella generale di impossibilità sopravvenuta e causa non imputabile. Tra i casi dubbi su cui si è concentrata l'attenzione degli interpreti figura quello delle obbligazioni pecuniarie, considerato il tradizionale principio per cui *genus numquam perit*, rispetto a cui il legislatore emergenziale (salvo interventi settoriali volti in taluni casi ad agevolare la posizione di chi si trova in difficoltà economico-finanziarie) non ha in ogni caso dettato una disciplina apposita¹². Le posizioni sono articolate e non sono

Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza, ivi, 311 ss.

¹⁰ Che tuttavia manterrebbe in ogni caso l'“utilità” di alleggerire l'onere probatorio a carico del debitore: A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, cit., 148 s. Sugli effetti della norma in questione sull'onere probatorio v. anche la relazione tematica n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, avente ad oggetto *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020, 9.

¹¹ In tal senso v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 580, secondo cui nel caso in cui «l'adozione delle misure di contenimento avesse reso l'esecuzione della prestazione oggettivamente impossibile, in tutto o in parte, in via definitiva o anche solo temporanea, non si potrebbero ravvisare gli estremi di un “inadempimento contrattuale” e le conseguenze giuridiche che si produrrebbero sarebbero inevitabilmente quelle contemplate dalle norme generali del c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore».

¹² La letteratura sul punto è sterminata e non è questa la sede per fornirne un quadro; ci si limita qui a richiamare alcuni contributi che hanno affrontato il tema nel contesto dell'attuale emergenza. Sulla sorte delle obbligazioni pecuniarie in tempo di pandemia, v., nel senso di escludere l'operare di una causa di impossibilità secondo le regole comuni, G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., 57 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit., 410; A. GENTILI, *op.cit.*, 388 ss. Sembrano adombrare una soluzione di segno contrario E. BELLISARIO,

necessariamente collegate all'interpretazione che si dà della norma emergenziale, derivando spesso invece dall'interpretazione della disciplina comune.

Proprio la problematicità delle categorie del diritto comune in tema di impossibilità sopravvenuta e causa non imputabile consente di apprezzare l'utilità di un intervento legislativo anche se eventualmente ridondante¹³. Specie in un momento di emergenza e incertezza come quello attuale non è necessariamente “inutile” un intervento che chiarisca quello che agli occhi di molti, ma forse non di tutti, appare ovvio e incontestabile. In altre parole, è fin inutile dire che la stessa valutazione sulla ripetitività o meno delle norme emergenziali presuppone una perimetrazione precisa (su cui spesso non c'è unanimità) delle norme di partenza rispetto a cui stimare la ridondanza¹⁴.

In ogni caso, l'intervento del legislatore, laddove qualifica espressamente alcune fattispecie come casi di impossibilità sopravvenuta, non pare lasciare margini per una valutazione difforme. Così, nel caso delle disposizioni che affermano che in determinati casi “ricorre” impossibilità sopravvenuta (art. 88, comma 1, d.l. 18/2020 in tema di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura; art. 88-

op. cit., 130; A. DE MAURO, *op.cit.*, 230. Nel senso di poter in talune circostanze considerare inesigibile la prestazione pecuniaria, v. G. IORIO, *op. cit.*, 374; P. SIRENA, *op.cit.*, par. 3. A un simile risultato pervengono, seppure con diverse argomentazioni (e partendo da diverse impostazioni in merito al campo di applicazione dell'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020), F. PIRAINO, *op.cit.*, 500 ss.; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 582 s. Sulla questione v. anche le articolate riflessioni di T. DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contr.*, 2020, 352 ss. Su come la questione sia stata affrontata in altri ordinamenti, in particolare in quello tedesco, v. M. D'ONOFRIO, *La tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell'emergenza Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19* - Speciale n. 3, 303 ss.

¹³ Sul tema della ridondanza nelle disposizioni normative e sul significato che essa può assumere, v. R. CATERINA, *La ridondanza del legislatore e il dialogo con gli interpreti*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 383 ss.

¹⁴ Senza negare, ad ogni modo, che le norme emergenziali in questione aprano spesso più problemi di quanti ne risolvano. Sottolinea a più riprese la lacunosità e l'inadeguatezza dell'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020, fornendo un'esauritiva indicazione dei dubbi interpretativi sollevati da tale norma, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 571 ss.

bis, comma 1, d.l. 18/2020, in tema di impossibilità di usufruire di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici).

Ci si può chiedere se tali indicazioni restringano la fattispecie, nel senso di precludere l'operare di altre cause di impossibilità sopravvenuta. La risposta sembra essere positiva, ma solo con riguardo agli eventi legati all'epidemia in corso, lasciando invece chiaramente impregiudicata la possibilità di invocare l'impossibilità sopravvenuta al ricorrere di eventi che nulla hanno a che fare con l'epidemia. Così, si è detto come il legislatore abbia dato rilevanza, come causa di impossibilità non imputabile, al rispetto della normativa volta a contenere il contagio, facendo riferimento, ad esempio, alla sospensione delle attività prevista dai decreti o all'obbligo di quarantena disposto per ordine dell'autorità. Questo comporta che condotte non necessitate dal rispetto delle misure anti-covid, ma dovute a una decisione autonoma, seppure legata alla pandemia, sono state escluse dal legislatore emergenziale dal novero delle fattispecie rilevanti nel contesto dell'emergenza ai fini dell'impossibilità sopravvenuta¹⁵. Questo vale, ad esempio, per condotte motivate da una particolare cautela: così, il turista che, temendo di contagiarsi, decide di non viaggiare pur potendolo fare (non trovandosi in nessuna delle situazioni di cui all'art. 88-bis, comma 1, d.l. 18/2020) non potrà liberarsi dall'obbligazione di pagare il prezzo. Questo però non esclude che, qualora sopravvengano altre cause direttamente o indirettamente ricondotte all'impossibilità sopravvenuta (ad esempio, facendo riferimento a un caso noto, se uno dei due partner che avevano

¹⁵ Nello stesso senso, con riguardo alla norma di portata generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020, v. A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit., 406 s. In senso problematico v. D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 2*, 8 ss., il quale si chiede entro che limiti possano ritenersi sospesi anche i contratti la cui esecuzione, seppure ammessa dalle norme di contenimento, possa mettere a rischio la salute del debitore e di terzi: si tratta, come rileva l'A. citato, di un delicato equilibrio tra tutela della salute, da un lato, e tutela della continuità dei contratti, dall'altro. Ci si limita qui a rilevare che una soluzione diversa da quella proposta nel testo rischia di disattendere l'equilibrio frutto di una precisa scelta politico-legislativa di ripartizione dei costi legati all'emergenza.

programmato il viaggio decede prima della partenza¹⁶), allora si applichino le regole generali. Quanto detto per le condotte motivate da una particolare cautela vale anche per le decisioni adottate per convenienza economica: così, il vettore non potrebbe invocare una qualche esclusione di responsabilità qualora decida di cancellare un volo verso una destinazione non interessata da misure di contenimento in ragione del diminuito afflusso di passeggeri a causa dell'epidemia¹⁷.

In alcuni casi il legislatore ha peraltro adottato locuzioni più flessibili. Così, con riguardo ai titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione non solo «a seguito dell'adozione delle misure» contenute nel dpcm 8 marzo 2020, ma «comunque in ragione degli effetti derivanti dall'emergenza da Covid-19» (art. 88-bis, comma 1, d.l. 18/2020); ancora, l'art. 88-bis, comma 5, d.l. 18/2020 fa riferimento alle «strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». Ci si potrebbe chiedere se tale dato letterale giustifichi un ampliamento delle fattispecie a tutti quei casi in cui il debitore decide di non eseguire la prestazione non per rispettare la normativa anti-contagio, ma in virtù di una scelta autonoma seppure, chiaramente, legata all'emergenza: si pensi al gestore di un hotel che, pur potendo aprire la struttura, non reputa conveniente farlo visti i pochi turisti e il costo delle misure di sicurezza anti-contagio¹⁸.

¹⁶ Il riferimento è al noto caso deciso da Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. Giur.*, 2008, 921. In senso diverso rispetto a quanto proposto nel testo (ma con riferimento a contratti da eseguirsi una volta venuta meno l'efficacia delle misure di contenimento) v. R. SENIGAGLIA, *“Contratti di soggiorno” e Covid-19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 471 s.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 88-bis, comma 4, d.l. 18/2020, infatti, il vettore può esercitare il diritto di recesso «quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19». Una previsione più flessibile è invece prevista, come si dirà subito nel testo, per le strutture ricettive. Si noti che si tratta di disposizioni speciali rispetto alla norma di portata più generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020.

¹⁸ Ci si limita qui a porre il problema. Il dato letterale, di per sé, sembra giustificare tale soluzione.

Come si è detto, le indicazioni del legislatore possono non solo restringere, ma anche ampliare le fattispecie di impossibilità sopravvenuta rispetto a quanto previsto dalle norme generali. Così, l'art. 88-bis, comma 1, lett. d), d.l. 18/2020 afferma che ricorre l'impossibilità sopravvenuta con riguardo ai contratti di viaggio, di soggiorno e di pacchetto turistico stipulati da chi ha «programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri [...]». In tali casi, in realtà, l'ingresso potrebbe essere non del tutto impedito ma solo ristretto, per cui il fruitore della prestazione ben potrebbe trovarsi in una situazione in cui può viaggiare (si pensi, ad esempio, alle aree in cui si può accedere solo per ragioni di lavoro, salute o necessità). La norma, tuttavia, parifica tale ipotesi a un caso di impossibilità sopravvenuta e non sembra lasciare un margine di valutazione difforme¹⁹.

3. Gli interventi del legislatore in punto effetti

In alcuni casi il legislatore ha esteso o specificato (a seconda di quanto si è detto sopra) la fattispecie, rimandando alle norme di diritto comune per quanto riguarda la disciplina delle conseguenze: così per la norma di portata generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020, ai sensi della quale il rispetto delle misure di contenimento «è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Non che tale rimando non sia problematico, tutt'altro²⁰; ma in tal caso il legislatore non ha dettato una disciplina speciale degli effetti.

In altri casi, invece, pur richiamando il legislatore dell'emergenza la generale nozione di impossibilità sopravvenuta, le conseguenze di tale qualifica non sono (almeno in prima battuta²¹) da ricercarsi nella

¹⁹ Salvo chiaramente, in ogni caso, il divieto di abuso del diritto.

²⁰ V. *supra* n. 6.

²¹ Rimane infatti aperto il dibattito sulla portata della deroga da parte della disciplina emergenziale a quella comune, per cui ci si chiede quale sia lo spazio di applicazione di quest'ultima pur in presenza di norme speciali d'emergenza.

disciplina comune, ma in quella emergenziale. In questi casi, dunque, il legislatore interviene direttamente sul piano degli effetti.

In alcuni, limitati, casi, l'intervento ha avuto ad oggetto direttamente il contenuto economico del contratto, modificandolo o attribuendo a una delle parti il diritto a ottenere una modifica.

Così, per i contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di privati, ha stabilito il diritto del conduttore «limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente limitazione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito» (art. 216, comma 3, d.l. 34/2020)²². Si noti che in questo caso il legislatore ha dettato una disciplina speciale dopo aver richiamato la disciplina comune: «[l]a sospensione delle attività sportive [...] è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464 e 1468 del codice civile [...] quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà

²² Il legislatore non ha invece introdotto (né in punto fattispecie, né in punto effetti) una disposizione apposita che valga in generale per i contratti di locazione ad uso commerciale. Ci si chiede dunque se sia possibile ricavare dalle norme di diritto comune la possibilità per il conduttore di sospendere il pagamento del canone o diminuirne l'importo nel caso in cui l'attività condotta nell'immobile locato non possa svolgersi regolarmente a causa della situazione emergenziale. Il tema è oggetto di uno specifico contributo nel presente fascicolo: 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*. Sulla questione, che ha suscitato ampi dibattiti, v. anche, tra i contributi dedicati specificamente all'argomento, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 422 ss.; ID., *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, 698 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 1*, 233 ss.; A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 supp., 102 ss.; V. PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contr.*, 2020, 308 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 2*, 235 ss.; G. TRIMARCHI, *Le "locazioni commerciali", il Covid.19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, in *Notariato*, 2020, 235 ss.

di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto» alla riduzione del canone nella misura sopra indicata. La disciplina speciale è in questo caso espressamente delineata dal legislatore, se non come meramente attuativa della disciplina generale, perlomeno come coerente rispetto ai principi regolatori di quest'ultima.

Ancora, un altro caso in cui si prevede un intervento sul contenuto economico del contratto, seppure in un settore di mercato regolamentato, è rappresentato dalla norma che, per i mesi di maggio, giugno e luglio 2020, attribuisce all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente il compito di disporre «la riduzione della spesa sostenuta dalle utenze elettriche connesse in bassa tensione diverse dagli usi domestici» (art. 30, d.l. 34/2020)²³.

In altri casi il legislatore ha, per così dire, congelato i rapporti tra le parti. Si segnalano, a titolo esemplificativo, alcune disposizioni adottate in specifici settori. Così, limitandoci agli interventi di diritto sostanziale²⁴, si è prevista la proroga delle obbligazioni restitutorie per alcuni contratti di credito bancario (artt. 54, 56, d.l. 18/2020)²⁵; la sospensione del pagamento delle utenze nei settori dell'energia elettrica, dell'acqua, del gas e del ciclo integrato di gestione dei rifiuti per un determinato periodo (art. 72-bis, d.l. 18/2020)²⁶; il diritto dell'assicurato di ottenere la sospensione dei contratti di rca sino al 31

²³ In questo caso è lo Stato che sopporta gli oneri dovuti alla modifica del contratto: il legislatore prevede infatti una apposita voce di spesa da utilizzare per compensare la riduzione delle tariffe (comma 3 della citata norma). Sulla tutela degli utenti nel settore dell'energia nel contesto emergenziale v. L. RUGGERI, M. GIOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 346 ss.

²⁴ Altri interventi volti a “congelare” i rapporti tra le parti sono intervenuti invece sul fronte del diritto processuale: si pensi, ad esempio, alla sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa (art. 54-ter, d.l. 18/2020).

²⁵ Sugli interventi in tale ambito v. A.A. DOLMETTA, *Pandemia e contratti pendenti di credito bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 796 ss.; M.R. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 2, 11 ss.

²⁶ In questo caso il legislatore si è preoccupato di disciplinare l'aspetto relativo alle modalità dell'adempimento una volta cessata la causa di sospensione, prevedendo una rateizzazione del pagamento degli importi relativi al periodo di sospensione. Si tratta di un profilo estremamente delicato, lasciato invece senza risposta dalla norma di carattere più generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020, su cui v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 595.

luglio 2020, senza l'applicazione di alcuna penale o alcun tipo di onere (art. 125, comma 2-bis, d.l. 18/2020). In termini più generali, un effetto di “congelamento” dei rapporti deriva dalla disposizione di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020 in conseguenza dell'esclusione della responsabilità del debitore ai sensi della disciplina codicistica (richiamata dalla norma emergenziale). Anche in questo caso, dunque, pare potersi affermare che le norme speciali in esame non sono incoerenti rispetto ai principi generali.

Un ultimo fronte, per quel che qui interessa, su cui è intervenuto il legislatore è quello delle restituzioni²⁷. L'intervento riguarda il settore culturale, turistico e sportivo.

Con riguardo al primo, l'art. 88, d.l. 18/2020 prevede, in caso di impossibilità sopravvenuta delle prestazioni oggetto dei contratti per l'accesso a spettacoli, compresi quelli teatrali e cinematografici, musei o altri luoghi della cultura, la possibilità per l'organizzatore dell'evento, in luogo del rimborso del prezzo (che deve essere chiesto dalla controparte entro un determinato termine), di emettere un «voucher di importo pari al prezzo del titolo di acquisto, da utilizzare entro 18 mesi dall'emissione», senza necessità di accettazione da parte del destinatario²⁸. Se l'evento annullato consiste in uno spettacolo di musica leggera, si prevede l'obbligo di rimborso qualora il concerto non sia riprogrammato entro il periodo di validità del voucher.

Similmente, nel settore sportivo, a seguito della «impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di abbonamento, anche di durata uguale o superiore a un mese, per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi», si è prevista la possibilità del gestore dell'impianto di emettere, in luogo del rimborso del corrispettivo (che, anche in questo caso, deve essere richiesto entro uno

²⁷ Sulla disciplina delle restituzioni prevista dal legislatore emergenziale v. F. PIRAINO, *op.cit.*, 508 ss., il quale delinea l'alternativa (argomentando a favore della seconda) tra ritenere che l'emissione del voucher comporti una ridefinizione legale del contratto con conseguente novazione, oppure considerare che esso costituisca una prestazione restitutiva: solo nel secondo caso la mancata utilizzazione del voucher darebbe diritto al rimborso monetario.

²⁸ Su tale disciplina, e sui problemi che essa pone con particolare riguardo al raccordo con la disciplina comune, v. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19* - Speciale n. 1., 237 ss.

stretto termine), un voucher «di pari valore incondizionatamente utilizzabile presso la stessa struttura entro un anno dalla cessazione delle [...] misure di sospensione dell'attività sportiva».

Una analoga misura era stata introdotta nel settore turistico (art. 88-bis, d.l. 18/2020), prevedendosi inizialmente la possibilità per il vettore, la struttura ricettiva o l'organizzatore di pacchetti turistici di emettere un voucher (sempre su richiesta della controparte entro un determinato termine) in alternativa al rimborso del prezzo, nei casi di impossibilità sopravvenuta a ricevere la prestazione (ad esempio, come si è visto sopra, perché il turista è soggetto all'obbligo di quarantena) o a eseguirla (in ragione, ad esempio della sospensione delle attività ricettive)²⁹. Tale disposizione è stata tuttavia oggetto di rilievi da parte della Commissione europea, che ha evidenziato profili di incompatibilità rispetto a quanto previsto dalla direttiva (UE) 2015/2302 sui pacchetti turistici³⁰; ne è derivata una modifica della

²⁹ Mentre nel caso di impossibilità a ricevere la prestazione l'art. 88-bis riconduce la fattispecie a un caso di impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c., nel caso di impossibilità di eseguirla la medesima norma attribuisce al vettore e all'organizzatore del pacchetto turistico un diritto di recesso. La possibilità di emettere un voucher è in ogni caso esclusa in alcuni casi per i viaggi di istruzione: il comma 8 dell'art. 88-bis prevede infatti che sia «sempre corrisposto il rimborso con restituzione della somma versata, senza emissione di voucher, quando il viaggio o l'iniziativa di istruzione riguarda la scuola dell'infanzia o le classi terminali della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado nonché per i soggiorni di studio degli alunni del quarto anno delle scuole secondarie di secondo grado nell'ambito dei programmi internazionali di mobilità studentesca riferiti agli anni scolastici 2019/2020 e 2020/2021». Sulle misure aventi ad oggetto i contratti del turismo prima della modifica legislativa di cui subito nel testo, v. C. IRTI, *“Contratti di soggiorno” e Covid-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 460 ss.; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19*, Speciale n. 2, 225 ss., il quale aveva per l'appunto rilevato possibili profili di incompatibilità rispetto alla disciplina europea.

³⁰ Raccomandazione (UE) 2020/648 della Commissione del 13 maggio 2020 relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19. Il legislatore italiano ha altresì istituito un fondo per l'indennizzo dei voucher non rimborsati a causa dell'insolvenza dell'operatore turistico o del vettore (comma 12-ter dell'art. 88-bis in questione). Sulla vicenda v. E. TUCCARI, *La disciplina emergenziale dei contratti del settore turistico fra tutela dei viaggiatori, delle imprese*

normativa emergenziale, che, tra le altre disposizioni, ha previsto l'obbligo di rimborsare i voucher non usufruiti entro il termine di diciotto mesi dall'emissione (salva la possibilità di chiedere il rimborso dopo dodici mesi nel caso di contratti di trasporto aereo, ferroviario o marittimo).

Mentre, come si è detto, gli interventi volti a limitare la responsabilità del debitore che non riesce ad adempiere a causa dell'emergenza e a modificare in qualche modo il contenuto dell'oggetto del contratto (su quest'ultimo punto torneremo tra poco) non deviano significativamente da quanto previsto in generale dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, gli interventi sul fronte restitutorio paiono invece eccezionali. In altre parole, anche tramite le interpretazioni più ardite delle norme codicistiche difficilmente si sarebbe potuti arrivare al risultato sul punto previsto dal legislatore emergenziale. Ma questo non sorprende. La misura adottata in tema di restituzioni è chiaramente motivata dalla necessità di proteggere il settore turistico, culturale e sportivo: questo giustifica la maggior protezione approntata in favore di una parte contrattuale a discapito dell'altra, in una logica che fuoriesce dall'equo temperamento degli interessi in gioco nel singolo rapporto contrattuale e che guarda invece alla tutela di un intero settore economico.

All'appello delle misure introdotte dal legislatore c'è però un grande assente: la rinegoziazione del contratto. Il legislatore emergenziale non ha infatti introdotto un obbligo di rinegoziare a seguito dello stravolgimento degli equilibri contrattuali intervenuto con la pandemia, la cui sussistenza è dunque lasciata all'interpretazione (sicuramente non univoca) delle norme generali. Tale assenza è indice delle difficoltà legate alla previsione di un obbligo di rinegoziazione, in particolare in punto effettività. Il tema è complesso e il suo esame fuoriesce dall'ambito del presente lavoro. Qui si vuole solo evidenziare che il mancato intervento sul punto non deve sorprendere. Una previsione che imponga la rinegoziazione, senza altro specificare, del contratto in un contesto ordinamentale in cui mancano chiarezza e convergenza di vedute sul contenuto dell'obbligo di rinegoziare e sui rimedi in caso di suo inadempimento (risarcimento del danno, ma quale danno?, sentenza

e del paese, in corso di pubblicazione in *Resp. civ. prev.*, 2020, fasc. 6, gentilmente anticipato dall'A.

del giudice che tenga luogo del contratto rinegoziato, ma sulla base di quali criteri?) non potrebbe che portare a una grande incertezza (e, forse, a un intasamento dei tribunali), che, specie in un momento critico come quello attuale, non gioverebbe³¹. Più opportune di un generico obbligo di rinegoziare paiono invece le indicazioni puntuali sulle modifiche da apportare al contratto, come ha infatti previsto il legislatore in determinati ambiti (si veda, ad esempio, la norma sopra richiamata che dispone la riduzione del cinquanta per cento dei canoni di locazione degli impianti sportivi).

Questo non significa che il legislatore non auspichi una rinegoziazione dei contratti. Infatti, pur senza imporla, il legislatore ha offerto alle parti una sede dove poterla raggiungere: il comma 6-ter dell'art. 3, d.l. 6/2020 dispone infatti che «nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante

³¹ Sulla necessità, specie in questo momento, di interventi del legislatore che introducano «regole puntuali, specifiche, di facile amministrazione ed in grado di garantire un elevatissimo tasso di prevedibilità del loro esito applicativo» v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustizia civile.com*, 2020, speciale n. 2, 165 ss. In senso critico, nel contesto emergenziale, verso l'introduzione di un generico obbligo di rinegoziare v. anche E. FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, cit., 310 s.; L. GUERRINI, *op. cit.*, 356 s.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 505. In senso invece favorevole alla configurazione di un obbligo di rinegoziare nell'attuale contesto emergenziale v. A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *op.cit.*; E. BELLISARIO, *op. cit.*, 134 ss.; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 3, 319 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, ivi, *Speciale* n. 1, 212; A. DE MAURO, *op. cit.*, 231; M. GRONDONA, *op. cit.* 323 ss.; E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 87 ss., par. 3. Perplesso sulla rinegoziazione in tempo Covid pare D. MAFFEIS, *op. cit.*, 7 s., il quale sottolinea, da un lato, come «la rinegoziazione dell'emergenza sanitaria somigli a qualsiasi negoziazione, in cui vince il più forte» (e, dunque, come non necessariamente la rinegoziazione porti a una equa riallocazione del rischio contrattuale), e, dall'altro, come «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» tramite clausole di assunzione del rischio. Come sugli altri temi generali toccati nel presente lavoro, anche con riguardo alla sussistenza o meno di un obbligo di rinegoziare nel nostro ordinamento non è questa la sede di tracciare un quadro della letteratura, limitandosi qui a sottolineare che sul punto non vi sono soluzioni pacifiche.

l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda». Sembra dunque confermata un'impostazione che, sul modello della mediazione³², vede la rinegoziazione come *step* procedurale volto a incentivare il raggiungimento di un accordo, di cui però il legislatore non determina il contenuto (né attribuisce al giudice il potere di determinarlo).

Si è in ogni caso detto che le norme emergenziali che dispongono in qualche modo una modifica dell'oggetto del contratto non appaiono completamente estranee alle possibili conseguenze ricavabili dai principi generali in materia contrattuale. E, difatti, non è escluso che, con riguardo alla rinegoziazione, dove non è arrivato il legislatore non arrivi la giurisprudenza. Già un giudice ha provveduto a modificare l'ammontare del canone di locazione sulla base dell'«equità integrativa»³³, giungendo così a una quantificazione del contenuto dell'obbligo di rinegoziare che, per approdare a un risultato di modifica del contratto, non può che essere decisa, in mancanza di accordo delle parti, da un terzo (legislatore o giudice).

4. *Quando l'imprevedibile diventa prevedibile*

Nei limiti sopra evidenziati, gli interventi del legislatore emergenziale sembrano dunque porsi sul tracciato già indicato dai principi generali che regolano il diritto delle obbligazioni e dei contratti, salvo quanto detto in tema di restituzioni³⁴. Un tale intervento, se può talvolta apparire ridondante, è però, in termini generali, sicuramente

³² Su come il legislatore abbia corredato di sanzioni l'indisponibilità delle parti di raggiungere un accordo in sede di mediazione v. G.E. NAPOLI, *Profili privatistici della mediazione civile e commerciale. Osservazioni sugli aspetti di diritto sostanziale e spunti critici*, Bologna, 2015, 171 ss.

³³ Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020, in *Giur it.*, 2020, 2433, con note di P. GALLO e G. SICCHIERO. Lo stesso Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, nella relazione tematica n. 56, cit., 20 ss., si pronuncia a favore della sussistenza di un obbligo di rinegoziazione.

³⁴ Sottolinea come la legislazione emergenziale non abbia introdotto «“novità” destinate a “rivoluzionare” l'attuale assetto normativo», G. D'AMICO, *L'epidemia Covid-19 e la “legislazione di guerra”*, in *Contr.*, 2020, 256.

opportuno: nonostante la ricavabilità di alcune soluzioni da principi e clausole generali già presenti nell'ordinamento, è tuttavia utile un intervento legislativo che ne chiarisca nello specifico le singole applicazioni e superi dubbi interpretativi.

Il nostro ordinamento, per quanto riguarda i singoli rapporti contrattuali, sembra essere pronto (almeno potenzialmente) a fronteggiare un'emergenza, e dunque una situazione patologica, nei limiti, come si è detto in apertura, del campo di azione del diritto privato e ferma restando la necessità di intervento in altri settori del diritto. Ci si può invece chiedere quali sarebbero le soluzioni se le condizioni emergenziali, e dunque patologiche, divenissero fisiologiche. Cosa accadrebbe, dunque, se una situazione che al suo affacciarsi era sicuramente imprevedibile come il Covid-19 divenisse prevedibile? Si noti che il cambiamento è già intervenuto: chi conclude contratti in corso di pandemia, senza alcuna prospettiva certa sulla sua fine (perlomeno, sul quando), non può chiaramente invocare nel corso di esecuzione del contratto l'imprevedibilità di un'emergenza sanitaria in corso alla stipula del contratto stesso.

Occorre innanzitutto verificare se lo stesso legislatore dell'emergenza non fornisca una risposta, limitando temporalmente l'efficacia delle nuove disposizioni alla fase iniziale dell'emergenza, in cui essa era, in effetti, imprevedibile³⁵.

In alcuni casi, sembra che così sia stato.

Così, per limitarci alle disposizioni che richiamano l'impossibilità sopravvenuta, la norma che dispone la riduzione del canone di locazione degli impianti sportivi del cinquanta per cento si applica «limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020». Al di fuori di limitato arco temporale, rimane la disposizione più generale per cui «[l]a sospensione delle attività sportive [...] è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464 e 1468 del codice civile [...] 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» (art. 216, comma 3, d.l. 34/2020), di cui la

³⁵ Diversa è la questione relativa al perdurare dell'efficacia delle disposizioni emergenziali anche al termine dell'emergenza, su cui v., ad es., G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 593 ss. Quello che qui interessa è, invece, una differente modulazione delle disposizioni emergenziali nel corso dell'emergenza.

disposizione in merito alla riduzione del canone di una determinata misura costituisce una specificazione.

Ancora, la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta «in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura» ricorre dalla data di entrata in vigore del dpcm 8 marzo 2020 «fino al 30 settembre 2020» (art. 88, comma 1, d.l. 18/2020). Dopo tale data, l'impossibilità sopravvenuta ai sensi della normativa emergenziale, con gli effetti che ne conseguono, ricorre «[l]imitatamente ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli dal vivo» dalla data di entrata in vigore del dpcm 24 ottobre 2020 «fino al 31 gennaio 2021» (art. 5, comma 4, d.l. 137/2020, ai sensi del quale l'art. 88 sopra citato si applica limitatamente a questo periodo).

In presenza di una regolamentazione specifica per la prima fase dell'emergenza, nel corso della seconda fase non potranno che applicarsi le norme generali in tema di impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta. La mancata estensione della normativa emergenziale alla seconda fase comporta infatti unicamente l'inapplicabilità in tali casi dello speciale regime previsto inizialmente, con quanto ne consegue sul piano, ad esempio, dei rimedi restitutori, dell'alleggerimento degli oneri probatori, della previsione di speciali decadenze. Tale mancata estensione non comporta invece alcuna limitazione dell'applicazione degli istituti generali: così, è chiaro che la chiusura del museo a causa dell'emergenza sanitaria, anche se intervenuta dopo il 30 settembre 2020, potrà comunque costituire un'impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c. (mentre l'annullamento di uno spettacolo dal vivo dopo tale data costituirà impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 88, d.l. 18/2020).

Ci si deve allora chiedere come sia disciplinata in via generale la sorte dei contratti rispetto a cui è prevedibile una futura impossibilità di esecuzione già al momento della conclusione del contratto. La questione è estremamente complessa e ci si limiterà qui ad aprire il problema e a tracciare una possibile, limitata, traccia per affrontarlo.

Partiamo dal dato normativo. L'art. 1463 c.c. non richiede (diversamente da quanto previsto dall'art. 1467 c.c. per l'eccessiva onerosità sopravvenuta) l'imprevedibilità dell'impossibilità. Dunque, a prima vista, anche un evento prevedibile (o addirittura previsto dalle

parti come possibile) può dar luogo a un'impossibilità rilevante ai fini della estinzione della obbligazione e della risoluzione del contratto. È tuttavia ricorrente in giurisprudenza la massima per cui l'impossibilità prevedibile esclude la risoluzione³⁶. Occorre tuttavia a tal proposito effettuare alcune precisazioni.

La prevedibilità dell'impossibilità può in taluni casi (che sono quelli affrontati dalla richiamata giurisprudenza) riflettersi sulla imputabilità della stessa, in particolare se l'impossibilità è prevedibile da parte del debitore. Si potrebbe infatti ritenere l'impossibilità imputabile al debitore che la ha prevista (o che poteva, con l'ordinaria diligenza, prevederla) e ha tuttavia concluso il contratto senza avvisare la controparte, con conseguente esclusione dello scioglimento del vincolo ex art. 1463 c.c. In quest'ottica, a maggior ragione l'impossibilità si considera imputabile se il debitore non solo era in grado di prevedere l'evento, ma poteva anche in qualche modo attivarsi per impedirlo o comunque influire su di esso. Difatti, è con riguardo a queste ipotesi che la giurisprudenza afferma che l'impossibilità prevedibile esclude la risoluzione: il caso più frequente è quello relativo alla mancata concessione di un provvedimento amministrativo per inerzia del debitore. In questa eventualità, dunque, la prevedibilità o meno dell'evento rileva non di per sé, ma se collegata ad altri fattori idonei a rendere l'impossibilità imputabile: a seconda dell'impostazione più in generale adottata in tema di responsabilità contrattuale, o a una condotta colposa del debitore, o all'attribuzione a quest'ultimo di una sfera di rischio calibrata sulla base delle sue capacità di previsione e di controllo, legate anche alla sua posizione professionale o imprenditoriale³⁷.

³⁶ V., *ex multis*, Cass., 28 novembre 1998, n. 12093, in *Danno resp.*, 1999, 478; Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Vita not.*, 2000, 928; Cass., 10 giugno 2016, n. 11914, in *Foro it.*, 2017, 274; Cass., 8 giugno 2018, n. 14915, reperibile sul sito www.iusexplorer.it.

³⁷ Sulla giurisprudenza richiamata in tema di *factum principis*, che non sempre esclude l'imputabilità della mancata esecuzione della prestazione divenuta impossibile, v. F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, 12 ss., il quale sottolinea come in questi casi «viene richiesta al debitore un'attività diligente non soltanto nel prevenire un eventuale intervento degli organi pubblici al quale possa conseguire un impedimento all'attività esecutiva, ma anche nell'impegnarsi, ove necessario, per rimuovere il divieto sopravvenuto o per ottenere la necessaria autorizzazione»; S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 550 ss., il quale

Volendo applicare tali indicazioni al caso dell'impossibilità sopravvenuta a causa dell'epidemia, si potrebbe dunque ritenere che, se una delle parti ha un maggiore controllo della situazione (con riguardo, chiaramente, non alla situazione sanitaria in sé ma alla possibilità di farvi fronte), allora su di essa gravi il rischio dell'impossibilità. Così, ad esempio, se il contratto è concluso nel corso della pandemia, durante la quale sono periodicamente introdotte restrizioni alle attività che non rispettano determinati requisiti, allora la parte (specie se imprenditoriale o professionale) che ha promesso la prestazione (sia pure in un momento in cui tali requisiti non erano imposti) non sarebbe liberata laddove la sospensione dell'attività derivi dal mancato rispetto di tali requisiti successivamente introdotti³⁸: si pensi a un'attività

sottolinea l'importanza, nel valutare la rilevanza della prevedibilità dell'impossibilità ai fini dell'esclusione o meno della responsabilità, dello *status* professionale del debitore; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2006, 355-363, la quale sottolinea come in alcuni casi sia il «giudizio sulla non estraneità dell'impedimento alla pianificazione economica del debitore e alla sua sfera di controllo» a giustificare l'imputabilità dello stesso al debitore e rileva come l'imprevedibilità non sia un requisito necessario della causa non imputabile, ma possa al più servire a «individuare una colpa di previsione nel senso che, se si assume un impegno sapendo già di non poterlo mantenere per la prevedibilità di un impedimento, si deve rispondere dei danni» (410); G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.* diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, Milano, 2006, 2, 809-811. Cfr. anche M. DELLACASA, *op. cit.*, 664 ss., laddove propone (per lo meno *de iure condendo*) di attribuire rilevanza, nel giudizio sulla imputabilità, alla «capacità di valutare il rischio di sopravvenienze tali da precludere l'attuazione del rapporto tanto in relazione all'impatto che esse possono produrre sugli interessi economici delle parti, quanto in ordine alla probabilità del loro verificarsi», facendo l'esempio, per l'appunto, di un atto amministrativo che renda la prestazione impossibile, e concludendo che «se alla luce dei criteri indicati il soggetto che si trova nella posizione migliore per gestire il rischio è il creditore della prestazione impossibile, egli resta obbligato a pagare il corrispettivo, detratte le spese risparmiate dal debitore e i guadagni alternativi da lui conseguiti grazie all'estinzione del rapporto».

³⁸ Nessun dubbio sussisterebbe, peraltro, nel caso in cui il contratto fosse concluso in un momento in cui tali requisiti già fossero in vigore, anche se non rispettati in tale momento dal debitore: in questo caso vi sarebbe infatti una chiara assunzione del rischio della perdurante sospensione dell'attività (senza alcuna impossibilità *sopravvenuta*). In tal senso in giurisprudenza v., ad es., Cass., 29 gennaio 1988, n. 836, reperibile sul sito www.iusexplorer.it, secondo cui non costituisce causa non imputabile al debitore lo sciopero già in atto al momento della stipulazione del contratto che si prolunghi nel tempo, «perché in tal caso il debitore risulta avere

costretta a chiudere (con conseguente impossibilità di adempiere) perché non ha adottato le misure di sicurezza necessarie.

Al netto dei profili di imputabilità³⁹, a fronte di un'epidemia divenuta "fisiologica" occorre chiedersi quale sia la sorte del contratto in caso di impossibilità della prestazione prevedibile (e non controllabile) in egual misura da entrambi i contraenti. Il caso è dunque quello della conclusione di un contratto in un contesto generale di incertezza, noto alle parti, in merito alla possibilità di esecuzione. La questione si pone nei termini di una garanzia implicita del rischio: se, cioè, le parti concludono un contratto di cui ben si rappresentano l'eventualità di una impossibilità di esecuzione, si verifica o meno una traslazione del rischio in capo alla parte destinataria della prestazione divenuta impossibile⁴⁰? La questione è complessa e si può qui solo tentare di tracciare qualche linea direttrice.

Salva una possibile valutazione in termini di vessatorietà⁴¹, la possibilità per le parti di far gravare il rischio dell'impossibilità

assunto l'obbligazione senza la consapevolezza, in base ai canoni di diligenza media, di poter adempiere nel tempo utile».

³⁹ La questione, qui semplificata al massimo, è estremamente complessa in quanto la linea di confine tra la traslazione del rischio che si traduce in un allargamento delle circostanze imputabili al debitore, il quale è dunque responsabile per inadempimento nel caso in cui il rischio si verifichi, e la traslazione del rischio che determina unicamente una mancata liberazione del debitore senza che vi sia inadempimento imputabile (sul modello, secondo alcuni, della garanzia) non è netta e dipende dalla più generale impostazione in tema di responsabilità contrattuale.

⁴⁰ V., limitando il richiamo ad alcune opere generali sul contratto, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Milanofiori Assago, 2016, 1672, in cui si osserva che «la promessa contrattuale può contenere una assunzione di responsabilità estesa, oltre che al caso dell'inadempimento, al caso del mancato adempimento dovuto a casi di fortuito o di forza maggiore»; V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, 938, secondo cui la garanzia del risultato, la cui impossibilità non libera il debitore, può derivare da espressa previsione delle parti o desumersi dalle circostanze, «come tipicamente accade quando la futura impossibilità della prestazione era prevista o prevedibile dal debitore al momento del contratto». Con particolare riguardo all'emergenza sanitaria in corso, cfr. anche F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 198 ss. Il tema è evidentemente quello del rischio contrattuale, di cui non si può in questa sede neppure tentare di tracciare un quadro, limitandosi qui a rimandare, per una prima ricostruzione, alle notazioni di G. ALPA, voce *Rischio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1144 ss.

⁴¹ In tal senso, con particolare riguardo al contesto emergenziale in atto, S. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al*

sopravvenuta su una sola di esse, che rimarrà dunque tenuta alla controprestazione, sembra pacifica⁴². Ne risulterà un contratto in cui, a una prestazione certa, se ne contrappone una incerta in ragione di uno specifico rischio addossato a una delle parti⁴³. Laddove le parti non

COVID-19, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19* - Speciale n. 1, 225 s. Il riferimento è, in particolare, all'art. 33, comma 2, lett. b, d.lgs. 296/2005, che presume la vessatorietà delle clausole che hanno l'effetto di «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista». Il riferimento testuale è all'inadempimento, ma si ritiene che tale locuzione si riferisca anche ai casi di impossibilità non imputabile: in tal senso v., da ultimo, i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato pubblicati il 13 novembre 2020 a conclusione dei procedimenti CV191-CV200-CV202-CV203-CV204-CV207-CV208-CV209-CV210.

⁴² V., per tutti, R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 1674. In questo caso si darà semplicemente, come sopra evidenziato, una inversione del rischio. In tal senso, con particolare riguardo all'attuale situazione emergenziale, G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, cit., 57 ss. *Contra*, v. S. VERZANI, *op. cit.*, 225, il quale (al di fuori dei contratti tra professionisti e consumatori) fonda l'inderogabilità delle norme che prevedono la risoluzione in caso di impossibilità sopravvenuta sul rango costituzionale dei valori tutelati dalla legislazione dell'emergenza, volta a «potenziare il Servizio Sanitario Nazionale, la protezione civile e la sicurezza nonché a fornire sostegno alle famiglie, alle imprese e al mondo del lavoro pubblico e privato»: tale argomentazione non pare tuttavia convincere in particolar modo in uno scenario in cui la pandemia smetta di essere una circostanza «patologica» (nel senso di eccezionale) del vivere comune. Con riguardo ai contratti aventi ad oggetto prestazioni dello spettacolo conclusi prima dello scoppio della pandemia o durante il corso della stessa, ammette «l'astratta plausibilità di una considerazione differenziata delle due ipotesi», concludendo tuttavia per l'applicabilità della normativa emergenziale, F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 241, n. 16.

⁴³ Si noti che la traslazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta non rende, di per sé, il contratto aleatorio. È nota la problematicità delle nozioni di rischio, alea e contratti aleatori, su cui il dibattito è aperto. Anche in questo caso, non è questa la sede per tracciare il quadro, estremamente complesso, delle diverse impostazioni (per cui si rimanda ai ricchissimi e aggiornati riferimenti contenuti nel recente lavoro di M.F. CAMPAGNA, *Il credito strutturato. Rischio e autonomia privata nei contratti di credito*, Milano, 2020, 74 ss.). Ai fini di quanto qui si vuole dire, ci si limita a richiamare, per tutti, le precisazioni (che hanno segnato l'impostazione della questione) di R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. Dir.*, I, 1958, Milano, 1025, 1028, il quale rileva che lo «scambio di una entità certa con una incerta [...] non è però sempre sufficiente a trasformare il contratto, di per sé appartenente ad un tipo commutativo, in un contratto aleatorio, perché l'alea che condiziona la esistenza o la quantità di una delle prestazioni, secondo l'intento delle parti, non è un momento essenziale della funzione del contratto (si che, come si vedrà, la mancanza obiettiva della alea, che si

abbiano previsto espressamente una tale traslazione del rischio, si tratta di verificare se la stessa possa essere desunta in via interpretativa, tenendo presente che in caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile la regola generale è la liberazione del debitore e la conseguente risoluzione del contratto. Occorre dunque individuare gli indici che, nell'interpretazione del contratto, possono far propendere verso una traslazione del rischio. Ci si limita qui a evidenziare alcuni tra i possibili elementi rilevanti.

Un primo fattore da considerare potrebbe essere il grado di incertezza dell'evento. In una situazione di incertezza, l'evento che potrebbe rendere impossibile la prestazione è prevedibile, ma, per l'appunto, non è certo, potendosi dunque differenziare il caso in cui le parti ritenessero l'evento impossibile ma relativamente improbabile, da quelli in cui lo reputassero invece (molto) più probabile del contrario. Si potrebbe infatti affermare che, a fronte di un evento considerato estremamente probabile, esso non possa non essere tenuto presente come elemento di sfondo necessario del contratto. In altre parole, si potrebbe considerare irrazionale il comportamento delle parti le quali concludono un contratto che molto probabilmente sarà impossibile da eseguire, se non, per l'appunto, ritenendo che l'intenzione fosse quella di traslare il rischio. Così, se è estremamente probabile la prossima chiusura di alcune attività e le parti nondimeno concludono un contratto per la fruizione delle stesse, si potrebbe ritenere che esse abbiano inteso far gravare il rischio dell'impossibilità sulla parte che non può usufruire della prestazione perché impossibile. Per giungere a tale conclusione paiono tuttavia assumere rilevanza ed essere necessari indici in tal senso ulteriori, come, ad esempio, la previsione di un corrispettivo particolarmente basso.

Un ulteriore indice che potrebbe prendersi in considerazione, accanto al grado di probabilità dell'evento e all'equilibrio economico delle prestazioni, potrebbe essere la presenza o meno di una espressa regolazione nel contratto del potere di recesso. La facoltà di recesso può infatti essere intesa come uno strumento per gestire e disciplinare una situazione di incertezza, consentendo a una o a entrambe le parti di

possa a priori accertare, rende addirittura nullo il contratto), ma è un momento accidentale nel senso che le parti prospettano sì ad esse medesime un rischio, ma lo considerano *eventuale* e non *necessario*».

liberarsi dal vincolo a seconda di come evolvono gli eventi e limitando l'incidenza delle circostanze sopravvenute entro i termini e secondo le modalità previste dal contratto. Ora, se le parti, in un momento in cui appariva probabile il sopravvenire di un evento, hanno predisposto un tale mezzo di gestione dell'incertezza, si potrebbe ragionevolmente ritenere che il recesso (così come previsto dal contratto, corredato di eventuali termini e clausole penitenziali) costituisca l'unico rimedio per reagire a tutte le situazioni di sopravvenuta impossibilità che le parti si raffiguravano come di probabile verifica, con esclusione dunque della risoluzione del contratto nel caso in cui tali (e non, tuttavia, altri diversi⁴⁴) eventi si verificino.

Lo scenario più probabile, in ogni caso, è che, ove perduri l'emergenza, la prassi elabori risposte adeguate, in conformità con gli istituti generali, per redistribuire le perdite. Così, non sorprenderebbe se i contratti conclusi in periodo di epidemia contemplassero espressamente una disciplina della sorte del contratto e delle prestazioni nel caso in cui una di queste divenisse impossibile in ragione della epidemia stessa, né se si diffondessero contratti di assicurazione per il rischio Covid. La gestione del rischio è uno dei compiti del diritto, in modo da assicurare che l'incertezza degli eventi non si traduca in incertezza dei rapporti giuridici. Se in un primo momento l'emergenza sanitaria può aver colto il diritto di sorpresa, il suo eventuale perdurare ne comporterà una ricattura nei tradizionali istituti generali del diritto delle obbligazioni e dei contratti. A cambiare sarà semmai il novero degli eventi considerati straordinari: speriamo che ciò non accada.

⁴⁴ La traslazione del rischio non può infatti operare che per i soli rischi traslati.

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 ogni caso, si può osservare che la credibilità della certezza di un soggetto intorno al contenuto di un'affermazione dipende dalla serietà delle giustificazioni che costui è in grado di addurre (M. Taruffo, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, 86)

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il confuso panorama della giurisprudenza di merito. – 3. La disciplina emergenziale. – 3.1. La disciplina emergenziale delle obbligazioni e dei contratti. – 3.2. La disciplina emergenziale dei contratti di locazione ad uso commerciale. – 4. L'intervento dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione. – 4.1. La posizione dell'Ufficio del Massimario. – 4.2. Poche luci e molte ombre. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il problema

Le diverse fasi della pandemia da Covid-19 – e l'applicazione delle numerose misure governative di contenimento del contagio – hanno comportato significative conseguenze nell'esecuzione dei rapporti contrattuali di durata¹.

¹ Sul punto, senza nessuna pretesa di completezza, cfr. G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, Supplemento, 2020, 57 ss.; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020; F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 198 ss.; A. M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; A. M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, Supplemento, 2020, 68 ss.; T. DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *I Contratti*, 2020, 351 ss.; E. DEL PRATO, *Covid-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Nonperformance*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, Supplemento, 2020, 64 ss.; C. DI BITONTO, *I contratti commerciali resilienti nell'Era Covid-19: tra codice civile e clausole di gestione delle "sopravvenienze"*, in *I Contratti*, 2020, 361 ss.; E. FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Actualidad Jurídica*

In particolare, l'emergenza – com'è dimostrato anche dall'ampia attenzione riservata all'argomento dalla stampa nazionale, nonché dai commentatori e dagli operatori del diritto² –

Iberoamericana, n. 12 bis, 2020, 300 ss.; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziavivile.com*, 29 aprile 2020; M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, 314 ss.; G. IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, 366 ss.; C. MASCIOPINTO, *I contratti in corso di esecuzione e l'attuale emergenza sanitaria*, in *I Contratti*, 2020, 449 ss.; U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziavivile.com*, 7 maggio 2020; R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, in *giustiziavivile.com*, 27 aprile 2020; E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, Supplemento, 2020, 87 ss.; C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Pers. merc.*, 2020, 77 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziavivile.com*, 15 aprile 2020; P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, Supplemento, 2020, 73 ss.; G. TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle clausole "generali"*, in *I Contratti*, 2020, 433 ss.; G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 3 ss.

² Per una panoramica sull'argomento, cfr. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziavivile.com*, 31.03.2020, 1 ss.; F. MACARIO, *Covid e locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte "urgenti" della giurisprudenza*, in *I Contratti*, 2020, 525 ss.; L. BERTINO, *Le locazioni commerciali e l'emergenza Covid-19: la tutela del conduttore*, in AA.VV., *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, a cura di E. LUCCHINI GUASTALLA, Torino, 2020, 59 ss.; C. MAGLI, *Le conseguenze giuridiche del lockdown e del post-lockdown sui contratti di locazione ad uso commerciale tra buona fede in executivis e tutela dell'autonomia privata*, in *Jus Civile*, 2020, 1013 ss.; S. ORRÙ, *Le locazioni commerciali tra legislazione emergenziale e principi di sistema*, in AA.VV., *Emergenze e diritti tra presente e futuro*, a cura di V. CORONA e M. F. CORTESI, Napoli, 2020, 73 ss.; L. MASSA, *Oltre la crisi. Lockdown e locazioni com.merciali*, in *giustiziavivile.com*, 16.6.2020; V. PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori*, in *I Contratti*, 2020, 308 ss.; G. TRIMARCHI, *Le "locazioni commerciali", il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, in *Notariato*, 2020, 235 ss.; N. CRISPINO, M. SANNINO, *L'impatto delle misure di contenimento del coronavirus sulle locazioni commerciali e gli strumenti a disposizione del conduttore*, in *Studium iuris*, 2020, 675 ss.; P. SERRAO

ha prodotto effetti particolarmente rilevanti nell'ambito dei contratti di locazione³.

Ad interessare i commentatori sono state soprattutto le locazioni ad uso commerciale (e l'affitto di ramo d'azienda), che, proprio a seguito dell'applicazione delle misure di contenimento, hanno mostrato da subito problematiche significative nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali originarie⁴.

D'AQUINO, *L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2020, 301 ss. Non sono mancate opere dirette a fornire una prima guida pratica per affrontare le tematiche che coinvolgono la materia locatizia: cfr., per esempio, S. LUPPINO, *I canoni di locazione al tempo del coronavirus*, Rimini, 2020. Per alcuni riferimenti nell'ambito della stampa nazionale, cfr. C. COCUZZA, *Affitti dei negozi, sospendere il canone è possibile*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 aprile 2020, 14; E. NETTI, *Commercio: pandemia è forza maggiore*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 aprile 2020, 14. Infine, a testimonianza dell'immediata conseguenza delle misure di contenimento nell'esecuzione dei contratti di locazione, si riscontrano molte riflessioni pubblicate online sui siti di approfondimento giuridico nonché sui siti d'importanti studi professionali. Sviluppa le sue riflessioni a partire dalla stessa constatazione U. SALANITRO (*La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *giustiziavivile.com*, 21.04.2020, 3): «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».

³ Per un'interessante riflessione sulle conseguenze delle misure di contenimento nell'ambito, limitrofo alle locazioni, dell'esecuzione dei contratti di noleggio di beni mobili destinati a strutture fisse (con particolare riguardo ai ponteggi e ai macchinari per l'edilizia, a loro volta poi distinti fra noleggi "a caldo" e noleggi "a freddo"), cfr. U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., 9 ss.

⁴ Le locazioni ad uso commerciale non sono però chiaramente le sole che subiscono conseguenze dall'attuale emergenza. Possono sorgere problemi, per esempio, anche nei contratti di locazione stipulati da chi non è più nella condizione di godere dell'appartamento preso in locazione "fuori sede" perché rientrato presso l'abitazione di residenza.

Sull'argomento delle locazioni ad uso abitativo – significativo ma, come si è detto, necessariamente escluso dalla presente riflessione – si rinvia, fra i tanti interventi normativi, alle previsioni di cui all'art. 65, c. 2-ter, poi ulteriormente integrate nell'ambito dell'art. 29 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, ed all'intervento ulteriore di finanza pubblica contenuto nell'art. 9-*quater* della legge di conversione, con importanti modificazioni, del decreto (c.d. «Ristori unificato»), laddove, sempre

2. *Il confuso panorama della giurisprudenza di merito*

Il problema dell'applicazione delle misure di contenimento nell'ambito dei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda è stato affrontato in modo molto diverso dai giudici di merito che, all'indomani della ripresa dell'attività giudiziaria⁵, si sono

in un'ottica d'incentivare la revisione dell'originario canone di locazione tramite una rinegoziazione volontaria, si prevede che nelle città ad alta tensione abitativa i locatori che volessero concedere spontaneamente una riduzione del corrispettivo riceverebbero dallo Stato, grazie all'istituzione di un fondo *ad hoc* da 50 milioni di euro per l'anno 2021, il 50% della revisione applicata, fino ad un importo massimo di 1200 euro annui (se il contratto non è sottoposto al regime della c.d. «cedolare secca»). L'argomento, anche per il carattere significativo dell'intervento statale, ha subito interessato la stampa nazionale: cfr., per esempio, E. MARRO, *Le misure. Ristori, mutui sospesi e sconti sugli affitti*, in *Il Corriere della Sera*, 13 dicembre 2020, 15; M. MOBILI, *Affitti, sconti sui canoni rimborsati dallo Stato*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 dicembre 2020, 2. Sembra sufficiente, in questa sede, limitarsi a riportare il testo del suddetto art. 9-*quater*: «Art. 9-*quater*. – (Fondo per la sostenibilità del pagamento degli affitti di unità immobiliari residenziali) – (1) Per l'anno 2021, al locatore di immobile ad uso abitativo, ubicato in un comune ad alta tensione abitativa, che costituisca l'abitazione principale del locatario, che riduce il canone del contratto di locazione in essere alla data del 29 ottobre 2020, è riconosciuto, nel limite massimo di spesa di cui al comma 4, un contributo a fondo perduto fino al 50 per cento della riduzione del canone, entro il limite massimo annuo di 1.200 euro per singolo locatore. (2) Ai fini del riconoscimento del contributo di cui al comma 1, il locatore comunica, in via telematica, all'Agenzia delle entrate la rinegoziazione del canone di locazione e ogni altra informazione utile ai fini dell'erogazione del contributo. (3) Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono individuate le modalità applicative del presente articolo, la percentuale di riduzione del canone mediante riparto proporzionale in relazione alle domande presentate, anche ai fini del rispetto del limite di spesa di cui al comma 4, nonché le modalità di monitoraggio delle comunicazioni di cui al comma 2. (4) Per le finalità di cui al comma 1, è istituito nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un fondo denominato “Fondo per la sostenibilità del pagamento degli affitti di unità immobiliari residenziali”, con una dotazione pari a 50 milioni di euro per l'anno 2021. (5) Agli oneri derivanti dall'attuazione del presente articolo, pari a 50 milioni di euro per l'anno 2021, si provvede mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 1, comma 200, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, come rifinanziato dall'articolo 34, comma 6, del presente decreto».

⁵ La sospensione delle udienze e dei termini processuali, prevista dapprima dall'art. 1, c. 1 e 2, del decreto legge 8 marzo 2020, n. 11, è stata poi prorogata ai sensi dell'art. 83, c. 1 e 2, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, fino al 15 aprile 2020 e

trovati a dover fronteggiare una vera e propria “alluvione” di procedimenti *ex art. 700 c.p.c.*, aventi ad oggetto la richiesta dei conduttori di sospensione e/o di revisione dell’obbligo di corrispondere il canone, nonché l’eventuale inibitoria di ogni azione volta all’escussione delle garanzie rilasciate in favore dei locatori.

In questa sede – tralasciando il (pur importante) tema delle garanzie e le considerazioni più marcatamente processualistiche riconducibili alla possibilità, di volta in volta, di accogliere o meno il ricorso presentato dal conduttore alla luce della sussistenza anche del *periculum in mora* (e non soltanto del *fumus boni iuris*) – sembra opportuno soffermarsi sulle diverse argomentazioni che hanno portato

poi nuovamente prorogata ai sensi dell’art. 36, c. 1, del decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 fino all’11 maggio 2020. Sulla sospensione delle udienze e dei termini processuali a seguito dell’emergenza sanitaria da Covid-19, cfr. A. PANZAROLA, M. FARINA, *L’emergenza Coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *giustiziavivile.com*, 18 marzo 2020, 1 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziavivile.com*, 10 aprile 2020, 1 ss.; A. VILLA, *I termini processuali civili ai tempi del Covid-19*, in *Riv. dir. aff.*, 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; V. LOMBARDI, *Sul recente (e caotico) intervento legislativo in materia di giustizia civile*, in *www.judicium.it*, 23 marzo 2020; A. CARRATTA, G. COSTANTINO, *Quadro d’insieme della legislazione d’emergenza*, in *Giur. it.*, 2020, 2044 ss.; E. DALMOTTO, *Sospensione dei termini processuali e rinvio delle udienze nel Covid-19*, in *Giur. it.*, 2020, 2046 ss.; F. COSSIGNANI, *Le controversie sottratte alla sospensione dei termini e al rinvio delle udienze*, in *Giur. it.*, 2020, 2053 ss.

L’attività giudiziaria è poi ripresa, ma sono state adottate, nel corso dei mesi successivi, tutta una serie di misure dirette a stabilire modalità emergenziali per lo svolgimento dei processi (civili e penali) (cfr. decreto legge 30 luglio 2020, n. 83; decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125; decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, c.d. decreto «Ristori»). Per una sintetica panoramica sull’argomento, cfr. F. CAROLEO, *La proroga delle disposizioni emergenziali in materia di giustizia (d.l. 7 ottobre 2020, n. 125). Una scheda*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1340-la-proroga-delle-disposizioni-emergenziali-in-materia-di-justizia-d-l-7-ottobre-2020-n-125-una-scheda>; ID., *Decreto legge Ristori. Cosa cambia nei processi civili*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1373-decreto-legge-ristori-cosa-cambia-nei-processi-civili>. Un’ulteriore proroga per i primi mesi del 2021 delle modalità da remoto (e, più genericamente, digitali) della giustizia civile (mediazione compresa), nonché penale e amministrativa, è stata poi prevista nel decreto Milleproroghe. Sul punto, cfr. A. GALIMBERTI, *Sfratti per morosità bloccati fino al 30 giugno*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 gennaio 2021, 2.

i giudici di merito a risolvere diversamente questioni giuridiche in larga parte simili.

Nel momento in cui la problematica, che nei mesi precedenti aveva occupato parte della dottrina, «passa ai Tribunali»⁶, sembra possibile distinguere, infatti, perlomeno tre fondamentali orientamenti giurisprudenziali⁷.

Il primo muove dall'affermazione dell'impossibilità parziale e temporanea, ai sensi degli artt. 1464 e 1256 cod. civ., della prestazione del locatore di «mantenere la cosa in istato da servire all'uso convenuto» (art. 1575, n. 2, cod. civ.) per giungere alla conclusione della possibilità di una riduzione momentanea, parametrata chiaramente all'impatto delle misure di contenimento del contagio nel caso di specie, dell'originario canone a beneficio del conduttore o dell'affittuario del ramo d'azienda⁸.

Il secondo orientamento pone, invece, l'accento sul principio della buona fede *in executivis*, che, ai sensi dell'art. 1375 cod. civ., fonderebbe un obbligo legale di rinegoziazione dell'accordo originario

⁶ F. FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in *giustiziacivile.com*, 9 giugno 2020, 3.

⁷ Non sono mancate (poche) pronunce che, a seguito di una specifica valorizzazione del portato della disciplina emergenziale (e dell'art. 91 del decreto c.d. «Cura Italia», v., *infra*, § 3.1.) nonché dell'impossibilità (definitiva e/o temporanea), sembrano giunte addirittura ad ammettere, seppur indirettamente (escludendo la possibilità di escutere le garanzie prestate), una sorta di sospensione *tout court* dell'obbligo di pagamento del canone: Trib. Venezia 14 aprile 2020, in *il Quotidiano Giuridico*, 30 aprile 2020, con nota di A. CARANCI (reperibile online: <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/30/coronavirus-e-tutela-cautelare-dell-ex-conduttore-il-provvedimento-del-tribunale-di-venez>); Trib. Venezia 22 maggio 2020, in <https://www.dirittobancario.it/content/tribunale-di-venez>); Trib. Venezia 28 luglio 2020, in *dirittoegustizia.it*, 2 ottobre 2020.

⁸ Accedono sostanzialmente a ricostruzioni riconducibili all'istituto dell'impossibilità sopravvenuta, a prescindere dalle conseguenze che gli si riconducono (all'esito anche della verifica dei richiamati presupposti processuali), Trib. Roma, sez. V, 29 maggio 2020, in <https://www.dirittobancario.it/content/diritto-alla-riduzione-del-canone-di-affitto-d-azienda-la-chiusura-delle-attivita-commerciali>, con nota (redazionale) di B. BONFANTI e A. MAGER; Trib. Roma, sez. V, 25 luglio 2020; Trib. Udine 8 giugno 2020. Nello stesso senso, ancora più recentemente, sembra muoversi Trib. Venezia 28 luglio 2020, in *dirittoegustizia.it*, 2 ottobre 2020.

nel caso di sopravvenienze contrattuali. Ne deriverebbe – a seguito dell’eventuale mancata ottemperanza ai doveri di contrattazione secondo buona fede e correttezza (concretizzatasi, nel caso di specie, nel rifiuto di rinegoziare o nella trattativa maliziosa da parte del locatore) – la possibilità di una riduzione giudiziale del canone attraverso lo strumento dell’esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 cod. civ.*⁹

Infine, il terzo orientamento (ad oggi, in verità, decisamente minoritario) esclude ogni forma d’intervento giudiziale sul contratto, considerando, tutt’al più, la possibilità per il conduttore di avvalersi soltanto delle specifiche misure (di matrice soprattutto fiscale) previste a suo favore dalla disciplina emergenziale¹⁰.

⁹ Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, in *Foro it.*, 2020, 3261; in *Giur. it.*, 2020, con nota di G. SICCHIERO e di P. GALLO. In un’ottica complessiva di grande valorizzazione del principio di buona fede *in executivis*, senza però nessun richiamo all’intervento giudiziale di adeguamento contrattuale ai sensi dell’art. 2932 cod. civ., cfr. Trib. Genova 1 giugno 2020; Trib. Bologna 12 maggio 2020; Trib. Rimini 25 maggio 2020; Trib. Bologna 4 giugno 2020; Trib. Roma, sez. XVII, 27 ottobre 2020; tutte pubblicate nella sezione Osservatorio “Diritto dell’impresa dopo la pandemia” della *Rivista di diritto bancario*, reperibile online: <http://www.diritto bancario.it/pandemia-e-diritto-dellimpresa> (la pronuncia del Tribunale di Rimini è stata pubblicata anche in *ilCaso.it*, sez. Giurisprudenza, 23674 – 3 giugno 2020, reperibile online: <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/civile/23674#gsc.tab=0>). Non mancano pronunce che ammettono, invece, la possibilità d’intervento giudiziale in forza dei poteri riconosciuti dall’art. 1374 cod. civ. (cfr. Trib. Treviso 21 dicembre 2020, ancora inedita).

¹⁰ Trib. Roma, sez. VI, 9 settembre 2020; Trib. Roma, sez. VI, 16 dicembre 2020 (addirittura all’esito di una motivazione che – discutibilmente – si spinge fino a metter in dubbio la legittimità dei provvedimenti che hanno introdotto le misure di contenimento del contagio), con una nota di P. REMER, pubblicata online in https://www.la leggepertutti.it/452444_canone-affitto-niente-riduzione-durante-lemergenza-covid (per una riflessione circa i riflessi anche giuspubblicistici della decisione, si rinvia al contributo, inserito nel presente fascicolo monografico, di G. BOGGERO, *Casi e ipotesi di Drittwirkung nell’emergenza da Covid-19. Note minime su principi costituzionali e diritti fondamentali nei rapporti tra privati*); Trib. Roma, 15 gennaio 2021 (richiamata, nei suoi passaggi fondamentali, nel recente contributo di T. V. RUSSO, *L’arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della “manutenzione” dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*, in questa *Rivista*, 2021, I, spec. 159); Trib. Pordenone 8 luglio 2020 (seppure con un “invito”, giuridicamente poco rilevante, alla rinegoziazione del canone), in *ilCaso.it*, sez. Giurisprudenza, 23880 – 18 luglio 2020 (reperibile online: http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime_pubblicate/23880/Tutte#gsc.tab=0), in

L'incertezza del panorama giurisprudenziale sembra giustificare un'analisi, da un lato, delle novità introdotte dalla disciplina emergenziale – con alcuni riferimenti alla normativa sull'adempimento delle obbligazioni e, più specificamente, sull'esecuzione dei contratti di locazione ad uso commerciale (§§ 3, 3.1., 3.2.) – e, da altro lato, della Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, dedicata specificamente a «Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale» (§§ 4, 4.1., 4.2.).

3. *La disciplina emergenziale*

L'analisi della disciplina emergenziale deve necessariamente prender in considerazione una norma di carattere più generale ed una serie di disposizioni specificamente rivolte a regolare proprio le locazioni ad uso commerciale¹¹.

3.1. *La disciplina emergenziale delle obbligazioni e dei contratti*

L'unica norma, finora adottata, non espressamente vincolata ad una specifica figura contrattuale è l'art. 91 («Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti

<https://www.dirittobancario.it/content/misure-anti-covid-ed-effetti-sul-contratto-di-locazione-o-affitto-d-azienda-pagamento-del-canone-ed-eventuale>, con nota (redazionale) di F. PETROSINO. Per una panoramica su alcune delle richiamate (e diverse) pronunce del Tribunale di Roma (Trib. Roma, sez. V, 29 maggio 2020; Trib. Roma, sez. V, 25 luglio 2020; Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020; Trib. Roma, sez. VI, 9 settembre 2020), cfr. R. GELLI, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e affitto d'azienda*, in *I Contratti*, 2020, in corso di pubblicazione (consultato grazie alla cortesia dell'Autrice).

¹¹ Per una riflessione, di carattere generale, sui rapporti fra disciplina ordinaria ed emergenziale, cfr. G. BEVIVINO, *L'emergenza Coronavirus fra ordinarietà e straordinarietà dell'attività di normazione*, in *giustiziavivile.com*, 30 aprile 2020, 1 ss. S'interroga sui rapporti fra rimedi tradizionali ed emergenziali anche L. GUERRINI (Coronavirus, *legislazione emergenziale, e contratto*, in *giustiziavivile.com*, 8 maggio 2020, 1 ss.). Per un'interessante rassegna dei rimedi emergenziali, cfr. F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *I Contratti*, 2020, 485 ss.

pubblici») del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. «Cura Italia»), convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27¹². In particolare, l'art. 91 inserisce – nell'ambito dell'art. 3 («Misure di contenimento») del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 – il seguente comma 6-*bis*: «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Si tratta, com'è chiaro fin dalla rubrica e dalla lettera dell'art. 91, di una disciplina generale «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

¹² Tutte le recenti ricostruzioni sulle conseguenze della pandemia nell'esecuzione dei contratti richiamano, infatti, con una maggiore o minore enfasi il ruolo assunto dall'art. 91. Cfr., *ex multis*, A. M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020, 1 ss., spec. 4 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, spec. 6; ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *I Contratti*, 2020, 129 ss.; 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 (Art. 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, introdotto dall'art. 91, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 571 ss.; O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, 352 ss.; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 25 marzo 2020, 1 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020, 1 ss., spec. 7.; V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1033-contratto-e-covid-19-dall-emergenza-sanitaria-all-emergenza-economica-di-vincenzo-roppo-e-roberto-natoli?fbclid=IwAR2SVner6YFpilamUsNP_DXvCP3zP5OgCKoHLvjX7gJKt8hIPvD6gp_hbbU&hitcount=0.

che gli impedisce di eseguire la prestazione, dando corso al programma negozialmente concordato»¹³.

Non s'introduce (più che comprensibilmente, dato l'attuale contesto emergenziale) alcun elemento di rigidità nel sistema: si deve «valutare», di volta in volta, il rispetto delle misure di contenimento ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. Ne deriva, più che una regola, un'indicazione per l'interprete: la responsabilità del debitore può esser 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 contagio da Covid-19¹⁴. Si finisce, così, per ampliare l'ambito delle possibili cause di esonero da responsabilità per inadempimento, accertando, già in via legislativa, che il rispetto delle misure di contenimento rappresenta un evento che, in alcune situazioni, può esonerare di per sé il debitore dalla dimostrazione della non imputabilità dell'evento che, nel regime non emergenziale, toccherebbe a lui provare¹⁵. Si tratta di un'indicazione che, pur sollevando diversi dubbi e talune perplessità, dev'essere necessariamente considerata e valorizzata nell'ottica di una ricostruzione dell'attuale "sistema rimediale emergenziale".

La previsione di cui all'art. 3, c. 6-*bis*, si caratterizza per la sua estrema "elasticità", assicurando all'interprete un'ampia discrezionalità nel considerare le regole della responsabilità alla luce del caso concreto¹⁶. Non è previsto, infatti, alcun automatismo: ciascuna

¹³ A. M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., 5.

¹⁴ Sul punto, cfr. M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, 7.

¹⁵ Cfr. A. M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *I Contratti*, 2020, 216. Nello stesso senso, cfr. F. PIRAINO, *op. cit.*, 487 ss.

¹⁶ Sull'elasticità della fattispecie in esame, cfr. A. A. DOLMETTA, *«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *www.ilcaso.it*, 11.04.2020, 8 (che si spinge a considerare l'art. 91, c. 1, del c.d. «Cura Italia» come una sorta di clausola generale).

situazione, derivante dall'applicazione delle misure di contenimento¹⁷, dev'essere «valutata» ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. S'intuisce, pertanto, la possibilità per le parti, in un primo momento, e soprattutto per il giudice, in un eventuale secondo momento, di considerare, di volta in volta, la specifica situazione emergenziale sufficiente o meno ad escludere (in parte o *in toto*) la responsabilità del debitore. Alle soluzioni rimediali tradizionali si affianca, pertanto, un'ulteriore indicazione normativa, che suggerisce di considerare con estrema attenzione le peculiarità di ciascuna relazione contrattuale¹⁸.

L'elasticità della norma costringe l'interprete ad un'interazione costante fra regole tradizionali ed emergenziali dell'inadempimento¹⁹. Questo fenomeno non può che riflettersi sul dibattito dottrinale in ordine alle possibili soluzioni rimediali: a fronte di chi, richiamando soprattutto l'esigenza solidaristica ed il principio di buona fede, rilancia l'esistenza di un generale obbligo legale di rinegoziare (con le relative perplessità, in assenza di una specifica disposizione legislativa, circa le fattispecie d'inadempimento all'obbligo e l'entità dell'eventuale risarcimento del danno)²⁰ sta chi, valorizzando maggiormente la formulazione legislativa e gli strumenti codicistici, propone il ricorso a strumenti già noti, rileggendoli però attraverso la lente della disciplina emergenziale, per assicurare una prima risposta alle peculiari conseguenze della pandemia sull'esecuzione dei rapporti contrattuali²¹.

¹⁷ La norma, di natura prettamente eccezionale, risulta, infatti, chiarissima nel limitare le possibili cause dell'esclusione della responsabilità del debitore all'applicazione delle misure di contenimento e a nessun'altra circostanza.

¹⁸ Cfr. A. M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., spec. 5.

¹⁹ Nello stesso senso si muovono le riflessioni, contenute nel presente fascicolo monografico, di S. THOBANI (*Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari*, infra).

²⁰ Sul punto, cfr. F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «Coronavirus»*, cit., 1 ss.; Id., ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del «coronavirus»: interesse individuale e solidarietà*, cit., 129 ss.; F. EMANUELE, *Il rischio contrattuale diventa globale*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 aprile 2020, 22.

²¹ Cfr. A. M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto «cura Italia»*, cit., 215-216; Id., *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., spec. 7.

Nelle circostanze estreme – secondo quest’ultima proposta ricostruttiva – il rispetto delle misure di contenimento, rendendo impossibile la prestazione, dovrebbe comportare l’applicazione dell’art. 1256, c. 1, cod. civ. (si pensi, per esempio, alle prestazioni divenute definitivamente ed interamente impossibili, in quanto non procrastinabili, che comportano l’estinzione del rapporto nei contratti a prestazioni corrispettive).

Nella maggior parte delle ipotesi, si configurerà, invece, un’impossibilità temporanea derivante dall’inesigibilità (o, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai piuttosto consolidato, anche dall’inutilizzabilità per la controparte) della prestazione²², che, finché perdura, esonererà il debitore dalla responsabilità del ritardo

²² Cfr. CASS., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845 ss., con nota di DELLI PRISCOLI, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2008, I, 531 ss., con nota di NARDI, in *Giur. it.*, 2008, 1133 ss., con nota di IZZI, in *Contratti*, 2008, 241 ss., con nota di CAVAJONI; in *Dir. tur.*, 2007, 375 ss., con nota di G. BENELLI; CASS., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12; CASS., 2 ottobre 2014, n. 20811, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; CASS., 10 luglio 2018, n. 18047, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 11 luglio, in *Guida al diritto*, 2018, 32, 35; CASS., 29 marzo 2019, n. 8766, in *Giust. civ. Mass.*, 2019 («l’impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l’esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l’utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuta meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta nel contratto e la conseguente estinzione dell’obbligazione»). Sul punto, seppur con impostazioni abbastanza diverse fra loro, cfr., *ex multis*, C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 251 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.; M. ARRIGO, *Sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione: ovvero la discussa “liberalizzazione” della risoluzione contrattuale nei contratti sinallagmatici*, in *juscivile*, 2019, 300 ss.; M. DELLACASA, *La cooperazione all’adempimento e rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2019, 612 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto e il fatto illecito*, Milano, 2016, 57; A. DE MAURO, *Dell’impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Artt. 1256-1259, in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, 39 ss.; S. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, 1211 ss.; M. TRIMARCHI, *L’impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione*, in *Obbl. contr.*, 2010, 6 ss.; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 151 ss.

nell'adempimento, ai sensi dell'art. 1256, c. 2, cod. civ., con la conseguenza, in buona sostanza, di una sospensione nell'esecuzione della prestazione del debitore, cui la controparte creditrice di un contratto a prestazioni corrispettive può rispondere, senza dover passare attraverso l'intervento giudiziale, con un'eccezione d'inadempimento *ex art.* 1460 cod. civ. Quest'ultimo rimedio può essere attivato dalla controparte, per un verso, perché ritenuto applicabile, per evitare squilibri contrattuali, anche in caso d'inadempimento incolpevole derivante da un'impossibilità non imputabile²³; e, per un altro, perché diversamente si rischierebbe di addossare per intero al creditore tutti i costi riconducibili alle fattispecie più significative²⁴. Si realizzerebbe così una sorta di "sospensione legale" dell'intero rapporto contrattuale, da considerarsi funzionale ad incentivare una (rapida e consapevole) rinegoziazione volontaria dell'accordo originario.

Non si stravolgono così le soluzioni rimediali tradizionali, limitandosi ad integrarle con una norma particolarmente "elastica" come l'art. 3, c. 6-*bis*, nell'ottica soprattutto di condurre le parti a ricercare autonomamente e volontariamente un accordo modificativo del contratto originario, che possa adattarsi al meglio alla specifica fattispecie concreta.

²³ Cfr., per tutti, A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, Artt. 1460-1462, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2011, 54.

²⁴ Sull'eccezione d'inadempimento, cfr., *ex multis*, A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 354 ss.; F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 222 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 331 ss.; C. M. BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore a G. Oppo*, Torino, Padova, 1992, 528 ss.; P. VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in AA.VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 378 ss.; F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, V, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, 413 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 14 ss.; A. M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, IV, Torino, 2011, 480 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *juscivile*, 2014, 18 ss.

3.2. La disciplina dei contratti di locazione ad uso commerciale

Quanto alla disciplina emergenziale dei contratti di locazione ad uso commerciale – di natura spesso fiscale più che civilistica²⁵ – l'analisi deve necessariamente muovere dall'art. 65 del decreto c.d. «Cura Italia»²⁶: la norma contempla un credito d'imposta nella misura del 60% dell'ammontare del canone di locazione a favore dei soggetti esercenti attività d'impresa proprio al fine dichiarato di «contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»²⁷.

²⁵ L'intera normativa fiscale svolge un ruolo centrale nella disciplina diretta a contrastare la crisi derivante dall'emergenza da Covid-19. Per una riflessione complessiva circa strumenti e soluzioni di carattere tributario si rinvia all'analisi svolta nell'ambito del presente fascicolo monografico da S. RONCO, *Scenari di politica fiscale nell'emergenza Coronavirus: brevi riflessioni in ottica tributaria*.

²⁶ Un importante ruolo, seppure sotto il profilo di diritto processuale più che sostanziale, è svolto dall'art. 103, c. 6, (sempre del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, c.d. «Cura Italia», convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 e poi successivamente modificato dall'art. 17-bis, c. 1, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, c.d. decreto «Rilancio»). La disposizione statuisce la sospensione dell'esecuzione del provvedimento di rilascio degli immobili, a seguito del procedimento di sfratto, fino al 31 dicembre 2020 con riferimento sia alle locazioni ad uso commerciale sia alle locazioni ad uso abitativo («L'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 31 dicembre 2020»). La misura è stata poi ulteriormente prorogata (seppure «limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari»), assieme allo stato di emergenza (il cui termine è slittato dal 31 gennaio al 31 marzo 2021), fino al 30 giugno 2021 nell'ambito del decreto c.d. «Milleproroghe». Cfr. C. VOLTATTORNI, *Blocco degli sfratti fino al 30 giugno. Al via i cinema bond*, in *Il Corriere della Sera*, 24 dicembre 2020, 19; M. DI BRANCO, *Sfratti, c'è il blocco per altri sei mesi. Sì alle trivellazioni*, in *Il Messaggero*, 24 dicembre 2020, 1, 14; L. MONTICELLI, *Milleproroghe sì alle trivelle stop agli sfratti fino a giugno*, in *La Stampa*, 24 dicembre 2020, 21; M. MOBILI, G. PARENTE, *Sfratti e lotteria scontrini nelle spire del Milleproroghe*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 dicembre 2020, 32; C. MIRABELLI, *Il caso sfratti, la proroga che vanifica le sentenze*, in *Il Messaggero*, 31 dicembre 2020, 1-33.

²⁷ L'art. 65, rubricato «Credito d'imposta per botteghe e negozi», recita testualmente: «(1) 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

La norma lascia intuire, seppur indirettamente, la mancata sospensione dell'obbligo del pagamento del canone. La previsione del credito d'imposta sembra infatti presupporre l'adempimento del conduttore, che – come precisato dalla Circolare 8E dell'Agenzia delle Entrate del 3 aprile 2020 – si vedrà riconosciuto il credito d'imposta, ai sensi dell'art. 65 del «Cura Italia», soltanto a seguito dell'effettivo pagamento del canone²⁸. Sembra possibile desumerne non soltanto

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. (2) Il credito d'imposta non si applica alle attività di cui agli allegati 1 e 2 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 marzo 2020 ed è utilizzabile, esclusivamente, in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241. (2-bis). Il credito d'imposta di cui al comma 1 non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi e del valore della produzione ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive e non rileva ai fini del rapporto di cui agli articoli 61 e 109, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. (2-ter). Al fine di accelerare l'erogazione delle risorse attribuite dalla legge 27 dicembre 2019, n. 160, per la riduzione del disagio abitativo, il riparto tra le regioni della disponibilità complessiva assegnata per l'anno 2020 al Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, di cui all'articolo 11 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, pari a complessivi 60 milioni di euro, e il riparto dell'annualità 2020 del Fondo destinato agli inquilini morosi incolpevoli istituito dall'articolo 6, comma 5, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 102, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 ottobre 2013, n. 124, attribuita dall'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80, e pari a 9,5 milioni di euro, sono effettuati entro dieci giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, in deroga alle procedure ordinarie di determinazione dei coefficienti regionali e adottando gli stessi coefficienti già utilizzati per i riparti relativi all'annualità 2019. (2-quater). Nel termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le regioni attribuiscono ai comuni le risorse assegnate, anche in applicazione dell'articolo 1, comma 21, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, con procedura di urgenza, anche secondo le quote a rendiconto o programmate nelle annualità pregresse, nonché per l'eventuale scorrimento delle graduatorie vigenti del Fondo nazionale di cui all'articolo 11 della legge 9 dicembre 1998, n. 431. I comuni utilizzano i fondi anche ricorrendo all'unificazione dei titoli, capitoli e articoli delle rispettive voci di bilancio ai fini dell'ordinazione e pagamento della spesa. (3) Agli oneri derivanti dal presente articolo si provvede ai sensi dell'articolo 126».

²⁸ La Circolare 8E del 3 aprile 2020 dell'Agenzia delle Entrate, reperibile online (<https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/2412777/Circolare+8+Cura+Italia.pdf/dda7007d-5828-754f-99c3-ec090a3152af>), sottolinea: «ancorché la disposizione si riferisca, genericamente, al 60 per cento dell'ammontare del canone

l'esclusione di ogni sospensione dell'obbligo del pagamento del canone, ma anche la presa d'atto di una probabile revisione dell'accordo originario ed il conseguente riconoscimento del credito d'imposta calcolato sulla base della somma effettivamente pagata dopo l'eventuale adeguamento del canone.

La norma di carattere fiscale – malgrado significative criticità (dall'assenza di incentivi sufficienti per il locatore a rivedere il canone originario²⁹ all'applicazione di un credito d'imposta limitato, perlomeno in origine, al mese di marzo 2020³⁰ e ad immobili della categoria catastale C/1)³¹ tempestivamente rilevate dalle associazioni di categoria³² – fornisce non indifferenti suggerimenti “civilistici” da mettere a sistema.

In assenza di un'espressa regola civilistica in proposito e, di conseguenza, in presenza di un'oggettiva incertezza ermeneutica del

di locazione, la stessa ha la finalità di ristorare il soggetto dal costo sostenuto costituito dal predetto canone, sicché in coerenza con tale finalità il predetto credito maturerà a seguito dell'avvenuto pagamento del canone medesimo».

²⁹ Nell'ottica di agevolare la revisione del canone originario sembra muoversi la possibilità di cedere il credito d'imposta (introdotta successivamente dall'art. 122 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, v., *infra*, nt. 43).

³⁰ La previsione è stata temporalmente limitata, ai sensi proprio dell'art. 65 del decreto «Cura Italia», soltanto al mese di marzo, ma nuovi crediti d'imposta a vantaggio dei conduttori sono stati poi configurati, come si vedrà (cfr., *infra*, § 3.2, nt. 43 e ss.), per altri mesi e altre categorie d'immobili nei contratti di locazione ad uso non abitativo.

³¹ Nella formulazione dell'art. 65 del decreto «Cura Italia» il credito d'imposta, pari al 60 per cento del canone effettivamente pagato, è stato limitato a negozi e botteghe (rientranti nella categoria catastale C/1) e risultava pertanto non applicabile ad altre locazioni ad uso commerciale (come, per esempio, alberghi e studi professionali). La scelta legislativa è stata peraltro espressamente confermata dalla (già richiamata) Circolare 8E del 3 aprile 2020: «L'articolo 65 del Decreto espressamente specifica che gli immobili oggetto di locazione (per cui è possibile fruire del credito d'imposta) devono essere classificati nella categoria catastale C/1 (negozi e botteghe). Restano, quindi, esclusi dal credito d'imposta previsto dal Decreto i contratti di locazione di immobili rientranti nelle altre categorie catastali anche se aventi destinazione commerciale, come ad esempio la categoria D/8».

³² Non a caso si è trattata di una delle norme oggetto del maggior numero di emendamenti presentati (ma poi non approvati) già durante la fase parlamentare di conversione in legge del decreto «Cura Italia». Sul punto, cfr. E. NETTI, *Centri commerciali a rischio sugli affitti*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 aprile 2020, 13; ID., *Commercio: pandemia è forza maggiore*, cit., 14; P. DEZZA, *Saltano gli affitti, primi effetti sull'immobiliare*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 aprile 2020, 3.

diritto emergenziale delle locazioni ad uso commerciale, sono proliferate diverse possibili ricostruzioni dirette ad assicurare sempre – compatibilmente con la suddetta disciplina, di carattere “emergenziale-generale”, *ex art. 91 del c.d. «Cura Italia»* – un adeguamento dell’originario canone di locazione nell’intento di “socializzazione dei costi” della crisi nell’interesse dei contraenti e, seppur indirettamente, dell’intero sistema socioeconomico³³.

Infatti – mentre i principali rimedi generali (risoluzione, per impossibilità o per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex artt. 1463 ss. cod. civ.*) e speciali (recesso, per gravi motivi, *ex art. 27, c. 8, della legge 27 luglio 1978, n. 392*) sono perlopiù estintivi dell’originario rapporto contrattuale³⁴ – una rilettura delle figure tradizionali anche alla luce dell’elastica disciplina emergenziale di cui all’art. 91 del decreto «Cura Italia» induce a riflettere sulla problematica dell’esecuzione delle locazioni ad uso commerciale nell’ottica, se possibile, di soddisfare l’esigenza manutentiva della relazione contrattuale (rafforzata, nell’attuale momento storico, dall’estrema difficoltà, per i conduttori, di reperire nuovi ed economici locali dove spostarsi rapidamente e, per i locatori, di rintracciare, a loro volta, altri soggetti disponibili a pagare canoni ormai divenuti spesso difficilmente sostenibili).

L’assunto, secondo cui dovrebbe essere soltanto il conduttore a dover sopportare il rischio di non poter svolgere la propria attività a seguito dell’applicazione delle misure di contenimento, non persuade.

In realtà, ai sensi dell’art. 1575 cod. civ., il locatore s’impegna non soltanto a «consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione» (n. 1) ed a «garantirne il pacifico godimento durante la locazione» (n. 3), ma anche a «mantenerla in istato da *servire all’uso convenuto*» (n. 2). Ne deriva l’inclusione dell’uso della cosa fra gli elementi che descrivono l’obbligazione del locatore.

³³ Fermo restando l’esigenza di registrare sempre prontamente l’eventuale accordo stragiudiziale di riduzione del canone – esente, ai sensi dell’art. 19 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. «Sblocca Italia») poi convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, dalle imposte di registro e di bollo – per evitar il pagamento delle imposte sull’importo originariamente convenuto (v. art. 26 T.U.I.R.).

³⁴ Sul punto, cfr. V. CUFFARO, *op. cit.*, 2 ss.

Si tratta allora – com'è già stato puntualmente rilevato³⁵ – di comprendere se il rischio dell'impossibilità dell'uso convenuto sia riconducibile alla *sfera dell'attività* oppure alla *sfera di pertinenza del bene*: nel primo caso, il rischio della circostanza sopravvenuta ricade sul conduttore; nel secondo caso, invece, il rischio della circostanza sopravvenuta non può che ricadere sul locatore.

Dall'analisi complessiva della (a dir poco frastagliata) disciplina emergenziale sembra emergere che le attività commerciali siano solitamente consentite se svolte attraverso modalità "a distanza" (si pensi, per esempio, alla vendita *online* di prodotti immateriali, oppure alla vendita e consegna a domicilio di riviste specializzate o di attrezzi ginnici): l'applicazione delle misure di contenimento sembra rivolta, più che contro l'esercizio in sé delle attività, contro l'esercizio delle attività in locali aperti al pubblico (perché capaci di favorire la diffusione contagiosa del *virus*). L'intervento normativo (di carattere emergenziale) nei confronti dell'esercizio delle attività commerciali si rivela essere spesso l'imposizione – nelle diverse declinazioni prese dalle misure (più o meno restrittive) di contenimento del contagio nelle varie fasi della pandemia – di un limite all'uso (pieno) degli immobili³⁶.

³⁵ Cfr. U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., 4 ss.

³⁶ L'interpretazione della disciplina emergenziale è particolarmente complessa: lo svolgimento di attività commerciali a distanza sarebbe vietato, in ogni caso, se mette a rischio la salute dei lavoratori. Nell'ottica di una lettura particolarmente restrittiva della normativa sulla vendita a distanza sembra muoversi la pronuncia del TAR Lombardia del 22 aprile 2020, n. 754 che «sospende provvisoriamente l'ordinanza della Regione Lombardia n. 528 dell'11.4.2020, limitatamente alla lettera H, nella parte in cui consente la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio anche per le categorie merceologiche non comprese nell'allegato 1 del D.P.C.M. del 10 aprile 2020, come integrato dal decreto del Ministro dello sviluppo economico 25 marzo 2020» (reperibile online: https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef&schema=tar_mi&nrg=202000754&nomeFile=202000634_06.html&subDir=Provvedimenti&fbclid=IwAR0saODynwQVmZacpk-4S0ARjvsZI91IhZwhaTLx4yDSAsJY2u8-Naqn1v4). Tuttavia, la vendita a distanza con consegna a domicilio sembra consentita dall'analisi dei vari provvedimenti normativi (a partire dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 11 marzo 2020 e dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2020). Ad essere preclusa è, invece, sicuramente la vendita e consegna a domicilio che (a differenza della vendita a distanza e consegna a domicilio) richiede la contestuale presenza, seppure nel domicilio anziché nel locale commerciale, di venditore e acquirente. Non a caso un ampio dibattito è sorto soprattutto con

In ipotesi siffatte, il rischio dell'evento sopravvenuto [=l'applicazione delle misure di contenimento] può essere ricondotto all'uso convenuto dell'immobile e pertanto, ai sensi dell'art. 1575 cod. civ., debba essere posto a carico del locatore.

Sembra chiaro come, nei casi in esame, l'applicazione delle misure di contenimento produce una variazione "qualitativa" (e non "quantitativa") della prestazione (riconducibile pertanto all'alveo dell'impossibilità e non dell'eccessiva onerosità sopravvenuta), perché incide, prima ancora che sulla misura dei valori scambiati, sul contenuto stesso dell'obbligazione del locatore³⁷, precludendo così ogni possibile ricorso ai rimedi (peraltro realisticamente poco appetibili) di cui all'art. 1467 cod. civ.³⁸.

Assume (anche stavolta) un ruolo centrale la disciplina dell'impossibilità temporanea *ex art.* 1256, c. 2, cod. civ., priva peraltro

riferimento alla possibilità di ristorazione con consegna a domicilio (già espressamente ammessa con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2020 all'art. 1 lett. aa) perché, a differenza delle altre fattispecie di vendita a distanza, richiede una, seppure minima, interazione, fra venditore ed acquirente. Si tratta peraltro di una deroga approvata nell'intento specifico di evitare un immediato (e verticale) collasso dell'intero settore enogastronomico nazionale.

³⁷ La distinzione tra conformazione "qualitativa" del patrimonio e conformazione "quantitativa" di esso è stata introdotta da A. BELFIORE, *Il contratto in generale. La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, XIII, IV, Torino, 2003, 10, nt. 24; ID., *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 276 ss.; ID., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1326. Valorizzata, più di recente, da T. MAUCERI (*Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1099), era già stata ripresa da A. LUMINOSO, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, 16; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 76 ss., 313 ss.; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 846 ss.; L. CABELLA PISU, *Eccessiva onerosità e sopravvenienze contrattuali, in Clausole e principi generali nell'elaborazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. CABELLA PISU e L. NANNI, Padova, 1998, 375 ss.; EAD., *I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, I, Padova, 2009, 537 ss., spec. 539-540, 569.

³⁸ Non sono mancate, però, le ricostruzioni della fattispecie in esame come un'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta. Cfr. V. CUFFARO, *op. cit.*, 5-6 (che – consapevole della natura prevalentemente estintiva dei rimedi, "generali" e "speciali", nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta – auspica l'introduzione rapida in via legislativa di un obbligo legale di rinegoziare l'originario accordo contrattuale).

di una regola chiara nell'ambito specifico dei contratti a prestazioni corrispettive. La lacuna (in senso proprio), riconducibile all'impossibilità temporanea nel contratto di locazione, si presta ad essere integrata grazie all'applicazione analogica del rimedio della riduzione del corrispettivo predisposto, ai sensi dell'art. 1578 e dell'art. 1584 cod. civ., per il diverso caso di vizi e riparazioni della cosa locata (che presuppongono però, al pari dell'attuale situazione, un'inutilizzabilità dell'immobile locato)³⁹. Si tratta di una ricostruzione d'indubbio fascino, che comporta un esito sicuramente ragionevole: la riduzione del canone, la conservazione dell'originario rapporto e, ancora una volta, la socializzazione del costo dell'emergenza fra i contraenti⁴⁰.

Sembra possibile, però, giungere alla stessa soluzione attraverso un *iter* argomentativo leggermente differente, senza ricorrere all'applicazione analogica della (necessariamente distinta) disciplina predisposta in materia di vizi e riparazioni della cosa locata di cui agli artt. 1578 e 1584 c.c.

Che cosa accadrebbe, infatti, se l'impossibilità della prestazione del locatore derivante dall'applicazione delle misure di contenimento si considerasse non come una fattispecie d'impossibilità totale, ma

³⁹ L'Autore che più di ogni altro ha sviluppato quest'idea è sicuramente U. SALANITRO (*La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., 9). Nello stesso senso, cfr. R. NATOLI, *L'impatto di Covid-19 sui contratti di locazione commerciale*, in www.ilcaso.it, 30.12.2020; ID., *Covid-19 e sorte dei contratti di locazione commerciale durante e dopo il lockdown (nota a Trib. Roma, ord. 27.08.2020)*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-civile/1310-covid-19-e-sorte-dei-contratti-di-locazione-commerciale-durante-e-dopo-il-lock-down>; R. BOCCA, A. BONETTA, M. IACOVIELLO, L. SALVANESCHI, L. VITTONI, *Incidenza del Coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, in giustiziacivile.com, 16 aprile 2020, 31.

⁴⁰ Nell'ottica d'introdurre soluzioni capaci di assicurare una maggiore flessibilità del canone di locazione sembra muoversi la stessa prassi negoziale. Sono stati predisposti, infatti, nuovi contratti caratterizzati dalla previsione di un canone "variabile" oppure, più ragionevolmente, "misto" (fisso e variabile), laddove con la parte fissa si coprono i costi del locatore e con la parte variabile (magari collegata ai giorni di possibile apertura al pubblico) si possono soddisfare (almeno parzialmente) le esigenze del conduttore. Sul punto, cfr. P. MARRA, L. NASSIVERA, *Canone di locazione commerciale variabile, uno strumento per la ripartenza? Riflessioni nell'ottica di un nuovo equilibrio contrattuale*, in *Il Quotidiano Immobiliare*, 4.05.2020.

d'impossibilità parziale (oltre che temporanea)⁴¹? Il locatore non riesce sicuramente a consentire al conduttore di servirsi pienamente della cosa all'uso convenuto, ma, dall'analisi della disciplina emergenziale, non emerge alcun impedimento, per il locatore, a che metta a disposizione del conduttore il locale come supporto alla sua attività (per esempio, consentendo al conduttore di utilizzare l'immobile come magazzino nell'ambito dello svolgimento di attività produttive e come deposito nell'ottica di procedere poi con un'eventuale attività di vendita a distanza nelle attività commerciali). L'impossibilità parziale (e non più totale) permetterebbe alla controparte, ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., di conseguire la «corrispondente riduzione» del canone originariamente convenuto senza dovere ricorrere all'*analogia legis*: si suggerisce così una soluzione manutentiva del rapporto all'esito di un *iter* argomentativo rigoroso, ma, al contempo, capace di declinarsi semplicemente durante le varie fasi della pandemia a seconda dell'effettivo uso del locale consentito via via dall'applicazione delle diverse misure di contenimento del contagio⁴².

⁴¹ Peraltro, secondo autorevole dottrina (cfr., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, 405-406), l'assimilabilità dell'impossibilità temporanea all'impossibilità parziale può sempre comportare l'applicazione (in via analogica) dell'art. 1464 cod. civ. anche nei casi d'impossibilità temporanea. Anche la dottrina più attenta a distinguere (giustamente) l'impossibilità temporanea dall'impossibilità parziale nota peraltro una certa vicinanza fra le due figure («Nei rapporti di durata [com'è sicuramente la locazione d'immobili ad uso commerciale], il carattere parziale dell'impossibilità può manifestarsi sul piano del tempo [...] È chiara la differenza dall'impossibilità temporanea: per essa la prestazione potrà eseguirsi più tardi, ma potrà eseguirsi tutta»: V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, II ed., 2011, 941).

⁴² Considerazioni simili – già (più sinteticamente) esposte in E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus Civile*, 2020, 465 ss., spec. 506 – sembrano condivise con altri (più autorevoli) studiosi: cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, 422 ss.; ID., *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, 698 ss. (e in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Giuseppe Vettori*); ID., *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19*, in *I Contratti*, 2020, 712 ss., spec. 716 ss.; A. A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in www.ilcaso.it, 23.4.2020; A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del Covid-*

Questa ricostruzione sembra peraltro avvalorata, seppur in modo diverso, dalle altre previsioni di crediti d'imposta riconosciuti, per i mesi successivi, a favore dei conduttori di immobili a uso non abitativo (artt. 28 e 122 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, c.d. decreto «Rilancio»⁴³; art. 8 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, c.d.

19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?, in *Nuov. giur. civ. comm., Supplemento*, 2020, 102 ss., spec. 106. Ad un parziale ripensamento su quest'aspetto della sua prima ricostruzione sembra giungere anche U. SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *Nuov. giur. civ. comm., Supplemento*, 2020, 110 ss., spec. 114.

⁴³ Si riporta il testo dell'art. 28 («Credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda») del decreto 19 maggio 2020, n. 34 (come successivamente modificato ed integrato): «(1) 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, arte o professione, con ricavi o compensi non superiori a 5 milioni di euro nel periodo d'imposta precedente a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, spetta un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare mensile del canone di locazione, di leasing o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo. (2) Il credito d'imposta di cui al comma 1, in caso di contratti di servizi a prestazioni complesse o di affitto d'azienda, comprensivi di almeno un immobile a uso non abitativo destinato allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale e dell'attività di lavoro autonomo, spetta nella misura del 30 per cento dei relativi canoni. Per le strutture turistico-ricettive, il credito d'imposta relativo all'affitto d'azienda è determinato nella misura del 50 per cento. Qualora in relazione alla medesima struttura turistico-ricettiva siano stipulati due contratti distinti, uno relativo alla locazione dell'immobile e uno relativo all'affitto d'azienda, il credito d'imposta spetta per entrambi i contratti. (3) Il credito di imposta di cui ai commi 1 e 2 spetta alle strutture alberghiere, termali e agrituristiche, alle agenzie di viaggio e turismo e ai *tour operator* indipendentemente dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo d'imposta precedente. (3-bis) Alle imprese esercenti attività di commercio al dettaglio, con ricavi o compensi superiori a 5 milioni di euro nel periodo d'imposta precedente a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, il credito d'imposta di cui ai commi 1 e 2 spetta, rispettivamente, nelle misure del 20 per cento e del 10 per cento. (4) Il credito d'imposta di cui al comma 1 spetta anche agli enti non commerciali, compresi gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti, in relazione al canone di locazione, di *leasing* o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività istituzionale. (5) Il credito d'imposta di cui ai commi 1, 2, 3, 3-bis e 4 è commisurato all'importo versato nel periodo d'imposta 2020 con riferimento a ciascuno dei mesi

di marzo, aprile, maggio e giugno e per le strutture turistico ricettive con attività solo stagionale con riferimento a ciascuno dei mesi di aprile, maggio, giugno e luglio. Ai soggetti locatari esercenti attività economica, il credito d'imposta spetta a condizione che abbiano subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi nel mese di riferimento di almeno il cinquanta per cento rispetto allo stesso mese del periodo d'imposta precedente. Il credito d'imposta spetta anche in assenza dei requisiti di cui al periodo precedente ai soggetti che hanno iniziato l'attività a partire dal 1° gennaio 2019 nonché ai soggetti che, a far data dall'insorgenza dell'evento calamitoso, hanno il domicilio fiscale o la sede operativa nel territorio di comuni colpiti dai predetti eventi i cui stati di emergenza erano ancora in atto alla data di dichiarazione dello stato di emergenza da COVID-19. Per le imprese turistico-ricettive, il credito d'imposta spetta fino al 31 dicembre 2020. (6) Il credito d'imposta di cui ai commi precedenti è utilizzabile nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta di sostenimento della spesa ovvero in compensazione, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, successivamente all'avvenuto pagamento dei canoni. Il credito d'imposta non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi e del valore della produzione ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive e non rileva ai fini del rapporto di cui agli articoli 61 e 109, comma 5, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. (7) Al credito d'imposta di cui al presente articolo non si applicano i limiti di cui all'articolo 1, comma 53, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e di cui all'articolo 34 della legge 23 dicembre 2000, n. 388. (8) Il credito d'imposta di cui al presente articolo non è cumulabile con il credito d'imposta di cui all'articolo 65 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, in relazione alle medesime spese sostenute. (9) Le disposizioni del presente articolo si applicano nel rispetto dei limiti e delle condizioni previsti dalla Comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020 C(2020) 1863 final "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19", e successive modifiche. (10) Agli oneri derivanti dal presente articolo, valutati in 1.424, 1 milioni di euro, si provvede ai sensi dell'art. 265». Ed ecco il testo dell'art. 122 («Cessione dei crediti d'imposta riconosciuti da provvedimenti emanati per fronteggiare l'emergenza da COVID-19») del decreto 19 maggio 2020, n. 34 (come successivamente modificato ed integrato): (1) A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, i soggetti beneficiari dei crediti d'imposta elencati al successivo comma 2 possono, in luogo dell'utilizzo diretto, optare per la cessione, anche parziale, degli stessi ad altri soggetti, ivi inclusi il locatore o il concedente, a fronte di uno sconto di pari ammontare sul canone da versare, gli istituti di credito e altri intermediari finanziari. (2) Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano alle seguenti misure introdotte per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19: a) credito d'imposta per botteghe e negozi di cui all'articolo 65 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27; b) credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda di cui all'articolo 28; c) credito d'imposta per

decreto «Ristori»⁴⁴ e art. 4 del decreto legge 9 novembre 2020, n. 149, c.d. decreto «Ristori-*bis*»⁴⁵, confluiti oggi, a seguito della conversione

l'adeguamento degli ambienti di lavoro di cui all'articolo 120; d) credito d'imposta per la sanificazione e l'acquisto di dispositivi di protezione di cui all'articolo 125. (3) I cessionari utilizzano il credito ceduto anche in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241. Il credito d'imposta è usufruito dal cessionario con le stesse modalità con le quali sarebbe stato utilizzato dal soggetto cedente. La quota di credito non utilizzata nell'anno non può essere utilizzata negli anni successivi, e non può essere richiesta a rimborso. Non si applicano i limiti di cui all'articolo 34 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e all'articolo 1, comma 53, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. (4) La cessione del credito non pregiudica i poteri delle competenti Amministrazioni relativi al controllo della spettanza del credito d'imposta e all'accertamento e all'irrogazione delle sanzioni nei confronti dei soggetti beneficiari di cui al comma 1. I soggetti cessionari rispondono solo per l'eventuale utilizzo del credito d'imposta in modo irregolare o in misura maggiore rispetto al credito ricevuto. (5) Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate sono definite le modalità attuative delle disposizioni di cui al presente articolo, comprese quelle relative all'esercizio dell'opzione, da effettuarsi in via telematica.

⁴⁴ L'art. 8 («Credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda») del c.d. decreto «Ristori» recita: «(1) Per le imprese operanti nei settori riportati nella tabella di cui all'Allegato 1 al presente decreto, indipendentemente dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo d'imposta precedente, il credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda di cui all'articolo 28 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, spetta altresì con riferimento a ciascuno dei mesi di ottobre, novembre e dicembre. (2) Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al medesimo articolo 28 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77. (3) Le disposizioni del presente articolo si applicano nel rispetto dei limiti e delle condizioni previsti dalla Comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020 C(2020) 1863 final “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”, e successive modifiche. (4) Agli oneri di cui al presente articolo, valutati in 259, 2 milioni di euro per l'anno 2020 e in 86, 4 milioni di euro per l'anno 2021 in termini di fabbisogno e indebitamento netto, si provvede ai sensi dell'articolo 34».

⁴⁵ A sua volta, l'art. 4 («Credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda per le imprese interessate dalle nuove misure restrittive del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 novembre 2020») del c.d. decreto «Ristori-*bis*» recita(va): «(1) Alle imprese operanti nei settori riportati nell'Allegato 2 al presente decreto, nonché alle imprese che svolgono le attività di cui ai codici ATECO 79.1, 79.11 e 79.12 che hanno la sede operativa nelle aree del territorio nazionale, caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto, individuate con le ordinanze del Ministro della salute adottate ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 3 novembre

in legge dell'originario decreto «Ristori» e della contestuale abrogazione formale, fatti salvi gli effetti, dei decreti «Ristori-*bis*», «Ristori-*ter*» e «Ristori-*quater*», rispettivamente nell'art. 8 e nell'art. 8-*bis* del c.d. «Ristori unificato»⁴⁶) e dall'introduzione di un rimedio specifico nell'ambito dei contratti di locazione di piscine, palestre ed impianti sportivi di proprietà di soggetti privati (art. 216, c. 3, dello stesso decreto «Rilancio»)⁴⁷.

2020 e dell'articolo 30 del presente decreto, spetta il credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda di cui all'articolo 8 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, con riferimento a ciascuno dei mesi di ottobre, novembre e dicembre 2020. (2) Agli oneri derivanti dal presente articolo, valutati in 234, 3 milioni di euro per l'anno 2020 e 78,1 milioni di euro per l'anno 2021 in termini di indebitamento netto e fabbisogno, conseguenti all'ordinanza del Ministro della salute del 4 novembre 2020, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 276 del 5 novembre 2020, si provvede ai sensi dell'articolo 31».

⁴⁶ Queste le (minime) modifiche apportate dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, in sede di conversione in legge dell'originario decreto «Ristori»: «All'articolo 8: al comma 1, le parole: «riportati nella tabella di cui all'Allegato 1» sono sostituite dalle seguenti: «di cui ai codici ATECO riportati nell'Allegato 1»; al comma 4, le parole: «in 259,2 milioni di euro per l'anno 2020 e in 86,4 milioni di euro per l'anno 2021» sono sostituite dalle seguenti: «in 274, 5 milioni di euro per l'anno 2020 e in 91,5 milioni di euro per l'anno 2021». Dopo l'articolo 8 sono inseriti i seguenti: «Art. 8-*bis*. – (Credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda per le imprese interessate dalle nuove misure restrittive di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 3 novembre 2020) [ove sostanzialmente confluisce la disciplina originariamente contenuta, come si è visto, nell'art. 4 del c.d. decreto «Ristori-*bis*»] – (1) Alle imprese operanti nei settori riferiti ai codici ATECO riportati nell'Allegato 2, nonché alle imprese che svolgono le attività di cui ai codici ATECO 79.1, 79.11 e 79.12 che hanno la sede operativa nelle aree del territorio nazionale, caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto, individuate con le ordinanze del Ministro della salute adottate ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 3 novembre 2020 e dell'articolo 19-*bis* del presente decreto, spetta il credito d'imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d'azienda di cui all'articolo 8 del presente decreto, con riferimento a ciascuno dei mesi di ottobre, novembre e dicembre 2020. (2) Agli oneri derivanti dal presente articolo, valutati in 234,3 milioni di euro per l'anno 2020 e 78,1 milioni di euro per l'anno 2021 in termini di indebitamento netto e fabbisogno, conseguenti all'ordinanza del Ministro della salute del 4 novembre 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 276 del 5 novembre 2020, si provvede ai sensi dell'articolo 34 [...]».

⁴⁷ L'art. 216, c. 3, del c.d. decreto «Rilancio» statuisce: «(3). La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è

Infatti, la previsione di nuovi (ed economicamente significativi) crediti d'imposta (art. 28 del c.d. decreto «Rilancio») – cedibili a soggetti terzi (compresi il locatore, gli istituti di credito e gli altri intermediari finanziari) (art. 122 del decreto «Rilancio») ed estesi poi per i mesi successivi (art. 8 del decreto «Ristori», come poi minimamente modificato dalla legge di conversione e, con ogni probabilità, destinato ad essere ancora prorogato, direttamente o indirettamente, anche per una parte del 2021) anche ad ulteriori categorie di conduttori (art. 4 del decreto «Ristori-bis» e art. 8-bis del «Ristori unificato») – pare muoversi proprio nell'ottica di favorire l'esecuzione, seppure dopo un'opportuna revisione dell'accordo originario, dei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto (di ramo) d'azienda. Il riconoscimento di un credito fiscale a favore del conduttore e la possibilità di cederlo ad altri soggetti suggeriscono proprio una ricostruzione diretta, per un verso, ad evitare la sospensione dell'obbligo di pagamento del canone (che finirebbe per vanificare del tutto l'efficacia delle misure emergenziali) e, per un altro, a proporre una riduzione stragiudiziale dell'originaria prestazione del conduttore (desumibile soprattutto dalla previsione che consente, ai sensi dell'art. 122, c. 1, del decreto «Rilancio», di cedere, anche soltanto parzialmente, il credito d'imposta ad istituti di credito, intermediari finanziari e persino allo stesso locatore a fronte di uno sconto di pari ammontare sul canone da versare). Si tratta pertanto di strumenti di natura pubblicistica che – seppure da declinarsi con attenzione secondo le caratteristiche delle specifiche circostanze del caso concreto – risultano però compatibili con la soluzione rimediale proposta della temporanea riduzione del canone, ai sensi dell'art. 1256 e soprattutto dell'art. 1464 cod. civ., nel caso d'impossibilità parziale sopravvenuta della prestazione del locatore.

sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito».

Sempre nell'ottica in cui si muove la ricostruzione rimediale proposta sembrano collocarsi anche le pochissime disposizioni di carattere civilistico delineate per affrontare l'emergenza nell'ambito di specifici contratti di locazione ad uso commerciale: si pensi, per esempio, all'art. 216, c. 3, del decreto «Rilancio». Quest'ultima norma, diretta a regolare un ambito molto specifico delle locazioni ad uso commerciale, delinea – dopo avere richiamato le norme generali sull'impossibilità e sull'eccessiva onerosità sopravvenuta con una formulazione che ricorda molto quella dell'art. 3, c. 6-*bis* («la sospensione delle attività sportive [...] è *sempre valutata*, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, [...] quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito») – la possibilità per il conduttore di locali adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati, a fronte della sospensione delle attività, di ottenere una riduzione del corrispettivo, che, salva la prova di un diverso ammontare prodotta dalla parte interessata, si presume pari al 50% del canone contrattualmente stabilito⁴⁸. S'individua così non soltanto un rimedio manutentivo del rapporto nella riduzione della prestazione del conduttore, ma anche un parametro, seppure soltanto presuntivo (e giustamente suscettibile di modifica dietro prova fornita dalla parte interessata), di revisione dell'accordo originario (perlomeno con riferimento ai singoli mesi, da marzo a luglio 2020, presi in considerazione dalla disciplina emergenziale specifica)⁴⁹.

4. *L'intervento dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione*

Non stupisce pertanto, a fronte di un panorama giurisprudenziale così articolato e di una disciplina emergenziale suscettibile di interpretazioni diverse, il recente intervento dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione.

⁴⁸ Cfr. A. MANCINO, G. SEPIO, *Sport dilettantistico, indennità e sospensione dei canoni*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 maggio 2020, 17; M. BELLINAZZO, *Gli aiuti allo sport: Cig in deroga e rinvii di canoni e imposte*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 maggio 2020, 13.

⁴⁹ L'individuazione di un parametro flessibile per una revisione (decisamente significativa) del canone rappresenta un aspetto rilevante nell'ottica di un graduale ritorno alla normalità (non soltanto sanitaria, ma anche sociale, giuridica ed economica).

In realtà, la Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 – rubricata, come si è detto, «Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale» – vuole chiarire non soltanto le possibili soluzioni rimediali nelle fattispecie di contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda, ma, più genericamente, tutte le tematiche contrattuali (e concorsuali) emerse a seguito dell'applicazione delle misure governative di contenimento del contagio⁵⁰: un obiettivo decisamente nobile e molto, forse perfino troppo, ambizioso.

4.1. *La posizione dell'Ufficio del Massimario*

In particolare, con riferimento al contratto di locazione ad uso commerciale⁵¹

⁵⁰ Per alcune riflessioni sull'incidenza delle misure di contenimento nell'ambito dei contratti di locazione ad uso commerciale alla luce della Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, cfr. C. MAGLI, *op. cit.*, 1053 ss.

⁵¹ Solo un fugace riferimento, invece, viene fatto, nell'ambito di una sommaria rassegna delle norme sui singoli contratti, all'art. 1623 cod. civ., «che, in tema di affitto, riconosce la possibilità per le parti di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto» (Relazione Tematica n. 56, Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Roma, 8 luglio 2020, reperibile online sul sito ufficiale della Corte di Cassazione: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf, p. 20). In generale, sul contratto d'affitto, cfr. D. CARUSI, *L'affitto*, in *Cessione e uso dei beni*, II, *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, condiretto da A. M. BENEDETTI, Milano, 2014, 1307 ss. Tale disposizione potrebbe forse trovare applicazione all'affitto di ramo d'azienda: l'esito sarebbe, nel caso di specie, sempre la riduzione del canone originario, ma – pur essendo le misure di contenimento del contagio riconducibili all'entrata in vigore di una disposizione di legge o all'emanazione di un provvedimento dell'autorità riguardante la gestione produttiva – gli eventi sopravvenuti di cui all'art. 1623 cod. civ. assumono rilevanza giuridica soltanto se modificano il rapporto contrattuale «in modo che le parti ne subiscano rispettivamente una perdita e un vantaggio». In particolare, secondo M. FRAGALI (voce *Affitto in generale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 759), «l'art. 1623 [...] non richiede soltanto [...] che a causa dell'evento sopravvenuto, la prestazione incida più gravemente nella sfera economica del debitore, ma vuole che, per effetto dell'evento, si abbiano perdite di una parte alle quali corrispondano vantaggi dell'altra, e perciò, per far valere il

(definito «caso eclatante e sintomatico»)⁵², la relazione dell'Ufficio del Massimario esclude l'applicabilità dell'impossibilità sopravvenuta, anche temporanea e/o parziale, dal momento che la prestazione del locatore di concedere in godimento il bene rimarrebbe sempre possibile e continuerebbe ad essere eseguita quand'anche le facoltà di godimento risultassero momentaneamente ridotte dall'applicazione delle misure di contenimento⁵³.

Non soltanto nell'ambito (più specifico) del contratto di locazione, ma anche nel contesto (più generale) di tutti i rapporti di durata, l'Ufficio del Massimario propone – dopo aver escluso anche la possibilità di ricorrere ad altre soluzioni rimediali⁵⁴ – la valorizzazione,

rimedio concesso dall'art. 1623 non basta che l'affittante o l'affittuario opponga che si è aggravata la propria situazione contrattuale a seguito del sopravvenire della legge o dell'atto dell'autorità, ma occorre che dimostri il prodursi di equivalenti contrarie modificazioni nella sfera della controparte, in modo che questa risulti avvantaggiata della perdita che soffre la parte su cui gravano le conseguenze dell'evento sopravvenuto e accresca di uguale entità l'utilità che il contratto avrebbe dovuto darle secondo le valutazioni originarie». Ed è proprio la natura bilaterale della modificazione contrattuale a ridurre significativamente l'ambito applicativo della norma e a metter in dubbio, in assenza di un vantaggio per il locatore, l'applicabilità della disciplina speciale alle fattispecie derivanti dall'esecuzione delle misure di contenimento nell'ambito dell'affitto (di ramo) d'azienda. Nello stesso senso, cfr. A. TABET, voce *Affitto*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 383. *Contra*, E. ROMAGNOLI (*Affitto. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1978, 193-194) sembra proporre una svalutazione del dato letterale dell'art. 1623 cod. civ. proprio al fine di assicurarne un ambito applicativo più ampio.

⁵² Relazione Tematica n. 56, Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, *op. cit.*, 6.

⁵³ Cfr. Relazione Tematica n. 56, Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, *op. cit.*, 4.

⁵⁴ Sembra da escludersi – secondo l'Ufficio del Massimario (e anche secondo la presente ricostruzione, perlomeno con riferimento alle fattispecie specifiche riconducibili all'applicazione delle misure di contenimento nell'ambito dei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda) – il ricorso ai tradizionali rimedi estintivi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e della «formula magica» (A. BELFIORE, *Il contratto in generale. La presupposizione*, cit., 117) della presupposizione. Sul punto, cfr. G. STELLA, *Covid-19 e presupposizione*, in AA.VV., *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, a cura di E. LUCCHINI GUASTALLA, Torino, 2020, 35 ss.

sull'onda di un autorevole orientamento dottrinale⁵⁵, del principio della buona fede *in executivis*. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1175 e (soprattutto) dell'art. 1375 cod. civ.⁵⁶, porrebbe in capo ai contraenti un vero e proprio obbligo legale di rinegoziazione dell'accordo originario «come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute»⁵⁷. Si mira così «a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale»⁵⁸.

S'individuano poi due fattispecie d'inadempimento dell'obbligo legale di rinegoziazione. La prima è rappresentata dal c.d. «rifiuto a trattare»: la parte non si attiva minimamente per assicurare la continuazione del rapporto, risultando così inadempiente rispetto ai singoli atti necessari per conseguire l'accordo modificativo del contratto originario. La seconda ipotesi coincide con la c.d. «trattativa maliziosa»: la parte si comporta scorrettamente durante lo svolgimento delle trattative, violando così l'obbligo di buona fede nell'esecuzione del negoziato volto a garantire la continuazione del rapporto.

Infine, nell'intento d'individuare necessariamente rimedi manutentivi del rapporto, capaci di tener in vita il contratto, si finisce addirittura con l'ipotizzare che l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione «non comporti solo il ristoro del danno, ma si esponga

⁵⁵ Cfr., *ex multis*, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 9 ss., spec. 312 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 972; R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, IV ed., 2016, 1394, 1708 ss., 1711 (pur rintracciando quest'ultimo la fonte dell'obbligo legale di rinegoziazione dell'accordo originario, anziché nell'art. 1375 cod. civ., nell'art. 1374 cod. civ.).

⁵⁶ Nell'ambito delle problematiche contrattuali sorte a seguito dell'emergenza da Covid-19, G. SICCHIERO (*Un nuovo ruolo per l'equità ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, 2237 ss.; Id., *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, 2435 ss.) sostiene, invece, che il giudice possa intervenire, a determinate condizioni, in forza del suo potere di riequilibrio equitativo attribuitogli dall'art. 1374 c.c. Nello stesso senso, in giurisprudenza, cfr. Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, cit.

⁵⁷ Relazione Tematica n. 56, Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, *op. cit.*, 22.

⁵⁸ Relazione Tematica n. 56, Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, *op. cit.*, 24.

all'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.*»⁵⁹. Si giunge così all'intervento giudiziale e, nell'ambito specifico dei contratti di locazione ad uso commerciale, alla riduzione dell'originario canone a seguito dell'applicazione delle misure governative di contenimento del contagio.

4.2. *Poche luci e molte ombre*

La ricostruzione dell'Ufficio del Massimario presenta – specie per quanto riguarda contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto (di ramo) d'azienda (ma considerazioni simili possono valere, per via dell'ampia portata della relazione, con riferimento ad ogni rapporto contrattuale di durata) – poche luci e molte ombre.

Se l'auspicata omogeneità delle posizioni giurisprudenziali sull'argomento rappresenta un obiettivo da salutare con assoluto favore – anche se non sembra, dall'analisi delle prime pronunce successive alla data della diffusione del testo, che la relazione sia stata sempre recepita da tutti i giudici di merito⁶⁰ – e la soluzione della revisione dell'originario canone di locazione rappresenta un esito complessivamente condivisibile, l'*iter* argomentativo della relazione, invece, non può che lasciare perplessi.

Innanzitutto – tralasciando le criticità riguardanti l'attuale configurabilità (ancor oggi perlomeno discussa) di un obbligo legale di

⁵⁹ Relazione Tematica n. 56, Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, *op. cit.*, 26.

⁶⁰ Per esempio, sembrano discostarsi dalla posizione assunta dalla Relazione Tematica n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, seppure con motivazioni decisamente diverse fra loro, le pronunce del Trib. Venezia 28 luglio 2020, *cit.*, del Trib. Roma, sez. VI, 9 settembre 2020, *cit.*, del Trib. Roma, sez. VI, 16 dicembre 2020, *cit.* e del Trib. Roma, 15 gennaio 2021, *cit.* Per una recente critica dottrinale dell'obbligo generalizzato di rinegoziazione dei rapporti contrattuali nell'attuale situazione "pandemica" e della posizione assunta dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario (ritenuta poco attenta, fra l'altro, alle peculiarità delle diverse possibili conseguenze derivanti dall'applicazione delle misure di contenimento nelle singole fattispecie), cfr. N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in questa *Rivista*, 2020, 651 ss., spec. 661; T. V. RUSSO, *L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della "manutenzione" dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*, *cit.*, 133 ss.

rinegoziazione nel nostro ordinamento⁶¹ – non possono nascondersi le perplessità sottese, dapprima, all’individuazione delle possibili fattispecie d’inadempimento all’obbligo di rinegoziare e, successivamente, all’individuazione delle possibili tutele a favore della parte a tale ultimo obbligo adempiente.

Nel prevedere due sole fattispecie d’inadempimento – il c.d. «rifiuto a trattare» e la c.d. «trattativa maliziosa» – la relazione non spiega, infatti, che cosa accadrebbe nelle ipotesi in cui le parti, pur trattando in buona fede, non riescano ugualmente a concludere un accordo modificativo del contratto originario⁶²: la parte tenuta alla rinegoziazione, secondo l’Ufficio del Massimario, è adempiente se, «in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l’invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell’economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non

⁶¹ Il richiamo all’artt. 1175 e 1375 c.c. non sembra sufficiente, di per sé, a vincolare le parti alla rinegoziazione e, a maggior ragione, alla predisposizione di modifiche all’accordo contrattuale originario. In altri termini, il principio di buona fede delineato dai sostenitori dell’obbligo di rinegoziare finirebbe per imporre alle parti non solo obblighi “a contenuto negativo”, come il dovere di astenersi da un’esecuzione scorretta del regolamento contrattuale, e obblighi “a contenuto positivo”, come il dovere di cooperare tra loro durante l’esecuzione del contratto, ma anche obblighi a contenuto, per così dire, “super-positivo”, costringendo addirittura le parti a ricorrere nuovamente alla loro autonomia negoziale al fine di concludere accordi modificativi del contratto originario. Per un’analisi più approfondita di tali profili sia consentito il rinvio a E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, 56 ss., spec. 111-112; ID., voce *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. XII*, Milano, 2019, 97 ss.

⁶² La teoria dell’obbligo legale di rinegoziazione risulta viziata probabilmente da un’interpretazione troppo estensiva della buona fede. Quest’ultima, oltre ad assumere il ruolo di fonte dell’obbligo di rinegoziare, finisce così per essere considerata anche il parametro dell’eventuale inadempimento. Per una critica, cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 715.

possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente»⁶³. E allora? Che cosa fare in circostanze del genere (peraltro verosimilmente le più frequenti nella prassi negoziale, perché le parti, rese consapevoli anche solo dell'eventuale configurabilità di un obbligo di rinegoziare, difficilmente rifiuteranno ogni genere di trattativa o renderanno palese la loro malafede)? L'Ufficio del Massimario non risponde e, così facendo, lascia fisiologicamente spazio a dubbi ermeneutici di non poco momento (da risolversi, s'intuisce, secondo le regole tradizionali dell'esecuzione contrattuale).

Peraltro, come si è detto, la relazione – sempre sulla scia di un autorevole orientamento dottrinale⁶⁴ (tutt'altro che pacifico, anche fra gli stessi sostenitori dell'obbligo legale di rinegoziazione)⁶⁵ – ammette, nel caso delle due fattispecie d'inadempimento («rifiuto a trattare» e «trattativa maliziosa»), la possibilità per il giudice – tramite una sentenza costitutiva *ex art.* 2932 cod. civ. – di adeguare il contratto alle circostanze sopravvenute durante l'esecuzione del rapporto.

Tale ricostruzione presuppone però l'ingiustificato accostamento tra concetti assai diversi – e che dovrebbero rimanere pertanto ben distinti – da ricondursi soprattutto ad una grande confusione sul contenuto stesso dell'obbligo di rinegoziare⁶⁶.

⁶³ Relazione Tematica n. 56, Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, *op. cit.*, 25.

⁶⁴ Cfr., per tutti, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 312 ss., spe. 419 ss.

⁶⁵ Assumono, per esempio, una posizione decisamente critica A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., 710 ss., 715 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 800 ss., 807-808. Forti perplessità circa il ricorso all'art. 2932 cod. civ. nelle fattispecie d'inadempimento emergono anche fra gli stessi sostenitori della teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione nel nostro ordinamento: cfr. G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 132 ss.; ID., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 566 ss.

⁶⁶ Cfr. S. THOBANI (*Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corr. giur.*, 2020, 631 ss., spec. 646), che conclude così la propria (condivisibile) riflessione sull'argomento: «L'impressione è dunque che la configurazione di, o almeno l'importanza attribuita a, un autonomo obbligo di rinegoziazione costituisca una superfetazione concettuale funzionale a consentire l'adeguamento del contratto (tramite il meccanismo di cui all'art. 2932 c.c.) in assenza di una norma che preveda direttamente l'intervento del giudice».

Si finisce per assimilare, in primo luogo, l'obbligo di rinegoziazione e l'obbligo a contrarre (per evitare, con ogni probabilità, l'accostamento fra l'obbligo di rinegoziare e l'obbligo a trattare che rischia di non risolvere adeguatamente, come si è visto, il problema del fallimento delle trattative senza la prova della mala fede di uno dei contraenti).

In realtà, un eventuale obbligo di rinegoziare – a differenza dell'obbligo a contrarre – dovrebbe vincolare, perlomeno in teoria, le parti soltanto a trattare e non a concludere necessariamente un nuovo accordo: durante le trattative le parti rimangono libere, infatti, di valutare i propri interessi in totale autonomia, senza dover concludere, ad ogni costo, un accordo modificativo del contratto originario. Nemmeno il principio della buona fede *in executivis* può giustificare – come, d'altronde, sembra ammettere, in alcuni passaggi, la stessa relazione (sottolineando così la debolezza dell'intera ricostruzione) – la trasformazione dell'obbligo di rinegoziare in un vero e proprio obbligo a contrarre: vagliare in buona fede le possibili modifiche alle condizioni contrattuali significa comportarsi correttamente durante la rinegoziazione, senza per questo rinunciare ai propri interessi individuali pur di concludere un accordo modificativo del contratto originario⁶⁷.

Inoltre, l'esercizio dell'autonomia privata durante le trattative, seppure nei limiti della correttezza e della buona fede, non permette evidentemente alcuna predeterminazione dell'accordo rinegoziativo, impedendo così al giudice d'intervenire sul contratto originario senza riscriverne pressoché *ex novo* il contenuto⁶⁸.

In questo panorama, risulta davvero difficile ipotizzare una tutela in forma specifica *ex art. 2932 cod. civ.* dell'obbligo di rinegoziare in assenza di una predeterminazione dell'accordo da perseguire e di un obbligo a carico delle parti di concluderlo⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., 715.

⁶⁸ Tra chi si oppone ad ogni intervento del giudice sul contratto originario, considerandolo un vero e proprio attentato all'autonomia privata dei contraenti, cfr., per tutti, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, 229 ss.

⁶⁹ Cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., 715 ss.

A meno di compiere un'altra (scorretta) assimilazione fra rinegoziazione e adeguamento (che, nel nostro caso, si concretizza in una sostanziale sovrapposizione fra rinegoziazione e riduzione dell'originario canone di locazione).

Non si dovrebbe, infatti, «richiamare uno strumento (il rinegoziare, appunto) per indicare il risultato»⁷⁰. Per un verso, infatti, la rinegoziazione non produce sempre, di per sé, l'adeguamento del contratto originario, in quanto l'eventuale fallimento delle trattative si traduce, come si è visto (nel caso di mancato raggiungimento di un accordo modificativo dopo una rinegoziazione condotta secondo i parametri della correttezza e buona fede da parte di entrambi i contraenti), nel mantenimento dell'accordo originario; per un altro, l'adeguamento del contratto non discende sempre da una previa rinegoziazione (più o meno imposta ai contraenti) dell'accordo, ma può rappresentare anche l'esito di un'apposita iniziativa unilaterale (giudiziale o meno) di revisione del contratto originario (nel caso in cui, per esempio, la prestazione di una parte sia divenuta parzialmente impossibile, l'altra parte, ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., ha diritto a conseguire una «corrispondente riduzione» della prestazione da essa dovuta anche a prescindere dalla preventiva rinegoziazione fra i contraenti).

L'invocazione generica da parte dell'Ufficio del Massimario degli artt. 1175 e 1375 c.c. rischia pertanto di legittimare, all'esito di un percorso argomentativo poco convincente, modificazioni del regolamento negoziale funzionali non ad integrare (come dichiarato) l'originaria volontà delle parti, ma a raggiungere *ex post* un "giusto" equilibrio contrattuale. Ne deriverebbe il rischio, correttamente rilevato da parte di alcune pronunce della giurisprudenza di merito⁷¹, di minare la possibilità, per le parti, di confidare nella necessaria stabilità dei

⁷⁰ F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 72. Il problema della sovrapposizione tra i concetti di rinegoziazione e adeguamento risulta purtroppo frequente anche nei maggiori studi sull'obbligo legale di rinegoziazione (cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 372 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 367 ss.). In senso favorevole ad una distinzione tra il procedimento rinegoziativo e l'eventuale effetto modificativo, cfr. T. MAUCERI, *op. cit.*, 1096-1097.

⁷¹ Cfr. Trib. Roma, sez. V, 29.5.2020, cit.; Trib. Roma, sez. V, 25.7.2020, cit.

principali effetti del contratto⁷². Sembra necessaria, viceversa, una ricostruzione, caratterizzata da chiari presupposti applicativi, funzionale, per un verso, ad ammettere la revisione (preferibilmente volontaria e, se del caso, giudiziale) del canone nei contratti di locazione ad uso commerciale e nei contratti di affitto di ramo d'azienda e, per un altro, a costituire un argine nei confronti di istanze pretestuose di sospensione e/o di riduzione dei corrispettivi (legittimamente dovuti), che niente hanno a che fare con l'applicazione delle misure governative di contenimento del contagio da Covid-19.

Nell'ambito dei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda sembra allora più saggio ricercare un *iter* argomentativo più rigoroso nelle regole (generali, speciali ed emergenziali) del sistema normativo più che limitarsi ad un generico richiamo ai soli principi generali.

⁷² Al riguardo, invece, la Relazione dell'Ufficio del Massimario sembra complessivamente riecheggiare l'art. 1, c. 1, lett. i), del recente disegno di legge di «Delega al Governo per la revisione del codice civile» del 19 marzo 2019, n. 1151, ove s'ipotizza l'introduzione dell'adeguamento «delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione fra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» (il testo è reperibile online: <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51488.htm>). Tale criterio – che potrebbe forse funzionare per orientare la condotta delle parti in sede di rinegoziazione, da condurre secondo buona fede – non sembra corretto come strumento di valutazione e di decisione da parte del giudice, finendo addirittura per vanificare l'alea inesorabilmente connessa all'esecuzione di qualsiasi contratto di locazione.

Sull'opportunità di un intervento, seppur emergenziale, di riforma legislativa si sono recentemente espressi, con toni anche differenti, numerosi studiosi ed autorevoli associazioni, cfr., *ex multis*, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit.; ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, cit., 131 ss.; ID., *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuov. giur. civ. comm., Supplemento*, 2020, 80 ss., spec. 84; V. PANDOLFINI, *op. cit.*, 323; P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, 2440 ss., spec. 2445; ASSOCIAZIONE CIVILISTI ITALIANI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in *Jus Civile*, 2020, 236 ss.; ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *Covid e contratti*, in www.lincoi.it/it/article/covid-e-contratti.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce delle perplessità sollevate da un'introduzione in via meramente interpretativa ed emergenziale di uno strumento molto complesso come l'obbligo legale di rinegoziazione (che richiede forse maggiori riflessioni per le significative ricadute che quest'istituto comporterebbe nel nostro sistema giuridico), sembra preferibile propendere, nell'ottica di una ricostruzione sistematica dell'attuale disciplina (codicistica ed emergenziale), per una soluzione che consenta un'esecuzione, perlomeno parziale, del rapporto contrattuale.

Militano in tal senso non soltanto la formulazione dell'art. 91 del decreto «Cura Italia», ma anche le disposizioni specificamente destinate all'esecuzione dei contratti di locazione ad uso commerciale. Queste norme – delineando, come si è visto, crediti d'imposta per i conduttori (art. 65 del c.d. «Cura Italia»; artt. 28 e 122 del c.d. decreto «Rilancio»; art. 8 del c.d. decreto «Ristori»; art. 4 del c.d. decreto «Ristori-bis»; artt. 8 e 8-bis, dopo l'approvazione della legge di conversione, del c.d. «Ristori unificato») oppure rimedi contrattuali molto specifici (art. 216, c. 3, del c.d. decreto «Rilancio») – finiscono per orientare l'interprete verso una soluzione rimediale che, diversamente dalla sospensione dei pagamenti dovuti, presuppone l'esecuzione del contratto, seppur all'esito di un'eventuale revisione del canone.

In quest'ottica, come si è cercato più volte di sottolineare⁷³, sembra convincente la ricostruzione che – configurando l'applicazione delle varie misure di contenimento del contagio come fattispecie d'impossibilità temporanea e parziale della prestazione del locatore di mantener il bene in istato da servire all'uso convenuto (art. 1575, n. 2, cod. civ.) (e non soltanto, come rapidamente confutato dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario, di concedere in godimento il bene) – consente al conduttore di conseguire, ai sensi dell'art. 1256 e dell'art. 1464 cod. civ., una «corrispondente riduzione» dell'originario canone dei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto (di ramo) d'azienda. Tale riduzione sarà parametrata alla luce delle caratteristiche (più o meno restrittive) delle misure di contenimento e dell'intervallo temporale di loro applicazione nelle diverse zone del Paese, potendo

⁷³ Cfr., *supra*, §§ 3, 3.1. e, soprattutto, § 3.2.

peraltro il conduttore, laddove ne ricorrano i presupposti previsti dalla disciplina emergenziale, sfruttare la possibilità di avvalersi dello strumento (pubblicistico) del credito d'imposta (cedibile, come si è visto, anche allo stesso locatore e/o ad altri soggetti)⁷⁴.

Si tratta di una visione che – incentivando la rinegoziazione volontaria (che non può che rimanere, in ogni caso, lo strumento principe di soluzione convenzionale delle problematiche sollevate dall'attuale pandemia) – assicura un *iter* argomentativo ed una soluzione rimediale capaci di fornire, di volta in volta, una pronta risposta alle ricadute delle differenti misure di contenimento, adottate durante le diverse fasi (più o meno acute) della pandemia nelle varie aree del Paese, sui singoli rapporti contrattuali di locazione ad uso commerciale e di affitto (di ramo) d'azienda.

Non si tratta pertanto di metter in dubbio, nei contratti di locazione ad uso commerciale come di affitto (di ramo) d'azienda, l'opportunità di una riduzione del canone contemplato in accordi conclusi prima dell'avvento della pandemia da Covid-19 e dell'applicazione delle misure di contenimento del contagio: sicuramente i costi della crisi – “socializzati” a livello complessivo tramite strumenti non soltanto privatistici (si pensi, nell'ambito delle locazioni ad uso commerciale, alla previsione delle diverse misure fiscali approvate dal Governo con il via libera dell'UE) – devono essere sostenuti, almeno parzialmente, da *entrambi* i contraenti all'esito di una riduzione dell'originario canone di locazione e/o di affitto di ramo di azienda. Ciò che preme però sottolineare, ancora una volta, è la necessità di dedicare maggiore attenzione all'*iter* argomentativo che conduce alla revisione contrattuale per almeno due ordini di ragioni (peraltro strettamente legati fra loro).

Il primo suggerisce di preferire, ove possibile, ricostruzioni e regole operative con un aggancio normativo più solido rispetto alle regole di matrice prevalentemente giudiziale, derivanti dal ricorso, non mediato da disposizioni puntuali, a principi costituzionali e clausole generali. Ciò consente di prevedere maggiormente le conseguenze dell'intervento giudiziale, riducendo, per quanto possibile, l'incertezza fisiologica della risposta rimediale di fronte all'applicazione delle misure di contenimento del contagio da Covid-19.

⁷⁴ Cfr., *supra*, § 3.2.

Il secondo ordine di ragioni suggerisce di prediligere ricostruzioni rigorose, perchè fondate, come si è visto, su regole operative con un evidente riferimento normativo (codicistico ed emergenziale); ma anche foriere di soluzioni flessibili, perché capaci di valorizzare sempre la valutazione delle peculiarità delle singole fattispecie (dall'attività esercitata nei locali presi in locazione alle caratteristiche concrete delle specifiche misure adottate nelle diverse zone del Paese).

Soltanto così si può seriamente sperare di fugare finalmente le (troppe) ombre che ancora circondano il problema della revisione al tempo del Covid-19 del canone previsto nei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto (di ramo) d'azienda.

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 tedesco¹. 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

¹ 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 dottrina² – 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

² 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 costituzionali³, specie con quello di eguaglianza e con quello solidaristico, la cui efficacia è tradizionalmente riconosciuta non solo nei rapporti verticali, ma anche nella dimensione orizzontale⁴. 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,

³ 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.

⁴ 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.⁵

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.⁶ In tutti questi casi, i rapporti

⁵ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2009, 26 ss.

⁶ 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,⁷ 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,

⁷ In tema di rapporti di lavoro, v. P. PASCUCI, *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*⁸ 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;⁹ 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)¹⁰.

⁸ 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.

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

¹⁰ 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 originate¹¹.

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)¹² 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

¹¹ 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, 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.

¹² 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»¹³. 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 trattare¹⁴; 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

¹³ 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 *Giustiziavivile.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 *Giustiziavivile.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 *Giustiziavivile.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.

¹⁴ 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)¹⁵. 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 contrattuale¹⁶.

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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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)¹⁷. 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

¹⁷ 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 riduzione¹⁸ 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.¹⁹.

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

¹⁹ 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"²⁰, 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, 30 dicembre 2020.

²⁰ 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 pandemia²¹. 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

²¹ 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.²² 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.²³ 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 produttivo²⁴. In questo modo, la funzione dinamica dell'art. 2087 c.c. non solo è rimasta preservata, ma è stata

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 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,²⁵ 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

²⁵ 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 personale²⁶; 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 interpretato del bilanciamento tra beni costituzionali, assecondando implicitamente un aumento del contenzioso²⁷.

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.²⁸ 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

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ 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*)²⁹ 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,³⁰ 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 interpretative fondate sull’applicazione diretta della Costituzione

I rapporti interpretativi 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,

²⁹ Cfr. O. POLLICINO, G. DI GREGORIO, M. BASSINI, *Verso il Digital Services Act: problemi e prospettive*, in www.medialaws.eu, 23 novembre 2020.

³⁰ 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”³¹ 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 creditore³². 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

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

³² 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.³³

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 codicistica³⁴, 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 restituzione³⁵. Peraltro, ove anche non fosse invocabile l'impossibilità sopravvenuta, potrebbe pur sempre venire in rilievo la suaccennata affermazione di un obbligo di rinegoziazione del

³³ 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».

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

³⁵ 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 costituzionali³⁶.

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 costituzionale³⁷.

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 precauzione³⁸. 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 lavoro³⁹ – possa essere

³⁶ 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.

³⁷ 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.

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

³⁹ 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")⁴⁰.

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.

⁴⁰ 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.

Semplificazione amministrativa e rapporti tra privati

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Semplificazione amministrativa e sviluppo economico. – 3. La semplificazione in materia di contratti pubblici nel d.l. n. 76/2020. – 4. I riflessi sulla concorrenza. – 5. Brevi conclusioni

1. Premessa

Chi volesse individuare il minimo comun denominatore delle misure ascrivibili alla semplificazione amministrativa potrebbe forse rilevare che si tratta di un complesso di azioni del legislatore volte a migliorare il funzionamento degli apparati pubblici e a ridurre il peso sugli individui e sulla società¹.

La definizione rimane necessariamente generica perché, in realtà, sotto l'etichetta della semplificazione amministrativa si coagulano istituti giuridici differenti e non sempre riconducibili ad una categoria unitaria e omogenea al suo interno².

La semplificazione, infatti, può riguardare le fonti e la tecnica normativa (ad es., delegificazione, sfoltimento e razionalizzazione della normativa sull'amministrazione), gli apparati e le strutture organizzative anche in vista di risparmi di spesa (ad es., snellimento della struttura burocratica, riduzione dei livelli di governo territoriale), gli oneri a carico dei privati per lo svolgimento delle proprie attività, o può manifestarsi come semplificazione procedimentale in senso proprio (ad es., riduzione delle fasi del procedimento, disciplina della conferenza di servizi, attribuzione di significato provvedimentale all'inerzia dell'amministrazione, meccanismi di superamento degli stalli procedurali e del dissenso, sostituzione della documentazione amministrativa con autocertificazioni, etc.) ovvero come

¹ A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 652, individua l'obiettivo della semplificazione amministrativa nella "formazione di relazioni più semplici, chiare e più certe tra amministrazione cittadino".

² Cfr. N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, in *Diritto on line – Enciclopedia Treccani*, 2014, *ad vocem*.

semplificazione provvedimento (ad es., il provvedimento in forma semplificata).

Buona prova della eterogeneità delle semplificazioni amministrative è offerta dal decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge n. 120/2020, denominato appunto “decreto semplificazioni”, il quale contiene “semplificazioni in materia di contratti pubblici ed edilizia” (Titolo I), “Semplificazioni procedimentali e responsabilità” (Titolo II), “Misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale” (Titolo III), “Semplificazioni in materia di attività di impresa, ambiente e green economy” (Titolo IV)³.

L’altro fattore che rende sfuggente la semplificazione amministrativa come concetto giuridico è che la stessa, oltre ad essere eterogenea al suo interno, è per definizione relativa all’assetto che la legislazione amministrativa esibisce in un preciso momento o periodo storico.

Infatti, ogni qual volta si interviene per semplificare l’amministrazione, lo si fa sempre rispetto ad un precedente assetto della stessa, che si assume eccessivamente complicato o ridondante. Quindi la semplificazione amministrativa procede per gradi: esiste la semplificazione, ma anche la semplificazione della semplificazione; e via di seguito....

La sequenza conosce un limite di carattere concettuale. Si parla di semplificazione fino al punto in cui la misura introdotta snellisce l’amministrazione, senza però realizzare un vero e proprio arretramento dei poteri amministrativi: senza arrivare al punto di sopprimere regimi autorizzatori o controlli pubblici di vario genere e natura, il che è proprio della liberalizzazione amministrativa. Quest’ultima presuppone la soppressione di un potere e di una competenza dell’amministrazione, mentre la semplificazione ne presuppone il mantenimento e,

³ Osserva A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, in *www.irpa.eu*, 2020, che col d.l. 76/2020, “sotto la ragione comune della semplificazione amministrativa, vengono introdotti interventi complessi in settori assai diversi, che, per diventare ordinamento vivo e vigente, dovranno divenire pratica operativa della nostra amministrazione”.

simultaneamente, lo snellimento degli apparati e delle procedure che sono strumentali al suo esercizio⁴.

2. Semplificazione e sviluppo economico

Tradizionalmente la semplificazione amministrativa viene presa in considerazione nella prospettiva del cittadino (o dell'impresa) che, per acquisire o esercitare un proprio diritto, è tenuto a interloquire con la pubblica amministrazione per ottenere un atto di assenso comunque denominato⁵. L'effetto positivo atteso dalla semplificazione riguarda, quindi, il rapporto tra il privato e l'amministrazione, non le relazioni tra privati.

Oggi, però, la semplificazione amministrativa è presentata anche come una condizione per lo sviluppo economico del Paese⁶. E ciò, considerato che in un sistema di libero mercato la crescita economica dipende primariamente dai rapporti commerciali tra i privati, presuppone il convincimento che i benefici derivanti dalla semplificazione amministrativa non riguardino soltanto la relazione amministrazione-cittadino, ma si proiettino anche in quelle tra privati.

Se gli oneri a carico del privato che vuole aprire una bottega vengono ridotti, ciò non è soltanto per garantire la sua libertà di iniziativa economica; ma è anche per consentirgli di abbassare i prezzi di vendita dei propri prodotti e, in questo modo, favorire lo scambio.

Del resto, è noto da tempo che l'economia di mercato presuppone istituzioni pubbliche efficienti in grado di abbassare i costi di

⁴ Per tutti, G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, *ad vocem*.

⁵ La gran parte (ma non tutte, come vedremo) delle disposizioni vigenti ascrivibili alla semplificazione amministrativa conservano tuttora, se considerate isolatamente, questa impostazione.

⁶ Cfr. il Rapporto 2015 di ITALIADECIDE, *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Il Mulino, Bologna, 2015; cfr. la ricerca pubblicata nel 2016 da ASPEN INSTITUTE ITALIA, *I maggiori vincoli amministrativi alle attività d'impresa: dai casi specifici alle soluzioni*, con il coordinamento scientifico di S. Cassese e la redazione scientifica di G. Mocavini; A. RALLO E A. SCOGNAMIGLIO (a cura di) *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

transazione, agevolare lo scambio di informazioni e creare fiducia tra gli agenti economici: esattamente quelle istituzioni che le politiche di semplificazione hanno, o dovrebbero avere, di mira⁷.

Sono le istituzioni – scrive un premio Nobel per l'economia – che “determinano i costi dello scambio”: e maggiori sono i costi, minore è il valore dei beni scambiati. La diversa qualità delle istituzioni spiega, a livello micro, la diversa efficienza delle transazioni e, a livello macro, il diverso grado di sviluppo economico delle aree geografiche del pianeta⁸.

Ad esempio, se le istituzioni aumentano la probabilità che le autorità locali modifichino i piani regolatori, o se non determinano con chiarezza il rischio di inadempienza contrattuale sopportato dal venditore, l'incertezza subita dall'acquirente cresce e si riduce il valore del bene.

L'esempio del trasferimento della proprietà immobiliare dimostra che gli effetti della semplificazione amministrativa nei rapporti tra privati si apprezzano essenzialmente dall'angolo visuale della valutazione dell'incidenza delle politiche pubbliche: non è la semplificazione come complesso di istituti giuridici ad essere cambiata rispetto alle origini, quando se ne coglievano gli effetti esclusivamente nel rapporto tra amministrazione e privato, ma il modo di accostarsi ad essa e di prenderla in considerazione per le sue conseguenze concrete nei rapporti economici tra privati.

⁷ Sui costi di transazione è classico il riferimento a R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, 1 ss. Sul peso delle istituzioni nello sviluppo economico v., tra gli economisti, D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, trad. it., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1994; più di recente D. ACEMOGLU – J. ROBINSON, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, New York, 2012, trad. it., *Perché le nazioni falliscono. Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano, 2013. Ma già M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it. *Economia e società*, vol. III, *Sociologia del diritto*, Milano, 1980, 189, *passim*, come noto, considerava che le regole prevedibili e sicure, garantite dallo Stato di diritto, sono condizione imprescindibile per lo sviluppo del capitalismo.

Nella dottrina amministrativistica, di recente, con ampi riferimenti alla letteratura economica, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss., e, anche nella prospettiva storica, S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 141 ss.

⁸ D. C. NORTH, *op. cit.*, 97 s.

3. *La semplificazione nella materia dei contratti pubblici nel d.l. n. 76/2020*

Quanto detto sin qui riguarda la semplificazione amministrativa in generale. Una particolare attenzione in questa sede deve essere riconosciuta a quelle disposizioni, ascritte alla semplificazione amministrativa, che, anche in una prospettiva più squisitamente giuridica, determinano effetti diretti nei rapporti tra privati.

Fin quando la semplificazione riguarda un procedimento per il rilascio di un'autorizzazione, è chiaro che i suoi effetti giuridici immediati si producono nell'ambito della relazione tra il richiedente e l'amministrazione competenza. Le cose cambiano, però, quando la semplificazione interviene su un procedimento nel quale l'amministrazione è chiamata a svolgere un ruolo arbitrale tra interessi privati, oppure il ruolo di dispensatore di una utilità⁹. In procedimenti di questo genere, semplificare l'azione amministrativa significa infatti modificare la regola di gestione del conflitto tra interessi privati.

L'esempio migliore di una semplificazione che incide direttamente su rapporti tra privati è offerto proprio da alcune disposizioni contenute nel d.l. 76/2020 in tema di "semplificazione in materia di contratti pubblici"; in particolare, quelle che stabiliscono regole derogatorie del d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici) in ordine alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici che saranno avviate entro il 31 dicembre 2021¹⁰.

Per i contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, riportata dall'art. 35 del d.lgs. 50/2016, la semplificazione consiste innanzitutto in una valorizzazione dell'affidamento diretto¹¹.

⁹ Cfr. G. CORSO, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Soc. dir.*, 1990, 109 ss.

¹⁰ L'attenzione è qui soffermata sulle disposizioni del d.l. 76/2020 che più da vicino incidono sui rapporti tra i privati. Va comunque ricordato che l'intervento del legislatore nella materia ha più ampio respiro e mira, complessivamente, ad accelerare l'aggiudicazione dei contratti e a rendere più stabile la medesima, anche tramite accorgimenti di carattere processuale. Per l'analisi di queste disposizioni A. COIANTE, *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020, 4 ss.

¹¹ Sull'affidamento dei contratti sotto-soglia v. G. FONDERICO, *Contratti sotto soglia* (art. 36), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, seconda edizione, Torino, 2019, 867 ss.

L'art. 36 del Codice consente di ricorrere a questo tipo di affidamento per i contratti di valore inferiore a 40.000 euro. In deroga a questa disposizione, l'art 1, comma 2, d.l. 76/2020, consente di affidare in via diretta i lavori pubblici fino a 150.000 euro, i servizi e le forniture fino a 75.000 euro.

Il decreto semplificazioni inoltre amplia la possibilità di far ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, disciplinata dall'art. 63 d.lgs. 50/2016. Il Codice consente di utilizzare questa procedura per gli affidamenti dei lavori tra 40.000 e 150.00 euro e delle forniture e dei servizi di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria indicate nell'art. 35¹². In deroga a questa disposizione, l'art. 1, comma 2, d.l. 76/2020, consente di ricorrere a alla procedura negoziata per l'affidamento di tutti gli appalti sotto-soglia, il che significa consentire la procedura negoziata senza bando per l'affidamento degli appalti di lavori e concessioni sino a 5.225.000 euro.

Inoltre, il Codice prevede che nella procedura negoziata occorre procedere alla “previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno comunque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”. Mentre il decreto semplificazioni si accontenta della consultazione di cinque operatori per l'affidamento di tutti i contratti di servizi e forniture sotto soglia e per gli appalti di lavori fino a 350, che diventano dieci per i lavori di importo inferiore a un milione e quindi per i lavori di importo fino a 5.225.000 euro.

Per quanto riguarda i contratti sopra soglia, il Codice prevede che il loro affidamento avvenga ordinariamente attraverso una procedura aperta o ristretta. Solo nei casi tassativi previsti dall'art. 59, comma 2, è ammesso il ricorso alla procedura competitiva con negoziazione; in particolare, quando le esigenze dell'amministrazione non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili, o implicano progettazione o soluzioni innovative, o ancora l'appalto richiede una preventiva negoziazione a causa di circostanze

¹² La soglia è di 135.000 eurp per gli appalti aggiudicati dalle autorità governative centrali, 209.000 euro per gli appalti aggiudicati da amministrazioni subcentrali, 750.000 euro per gli appalti di servizi sociali; soglie più alte sono previste per gli appalti nei settori speciali.

particolari inerenti alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica del suo oggetto o a causa dei rischi connessi, o infine perché le specifiche tecniche non possono essere stabile con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice¹³.

L'art. 2, d.l. 76/2020, amplia notevolmente la possibilità di utilizzare la procedura negoziata. Ad essa le amministrazioni possono far ricorso "nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possano essere rispettati".

Beneficiano della procedura negoziata anche i singoli operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa ai sensi dell'articolo 27 d.l. n. 83/2012, conv. con modificazioni dalla legge n. 134/2012, che, con riferimento a dette aree ed anteriormente alla dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria da Covid-19 del 31 gennaio 2020, abbiano stipulato con le pubbliche amministrazioni competenti un accordo di programma per la riconversione industriale di stini inquinati nazionali di preminente interesse pubblico, ai sensi dell'art. 252 bis d.lgs. N. 152/2006.

4. I riflessi sulla concorrenza

L'effetto di queste misure nei rapporti tra privati è chiarissimo sol che si consideri che le procedure di aggiudicazione riservate dal decreto semplificazioni ai contratti di maggior valore (procedure aperte e procedure ristrette), peraltro applicabili sempre che non vi siano ragioni d'urgenza per derogarvi, sono procedimenti amministrativi che il legislatore nazionale ha delineato, in attuazione delle direttive europee di settore, con l'obiettivo di assicurare la libera circolazione delle merci e dei capitali, la libertà di stabilimento delle imprese e, infine, la

¹³ Sulla procedura negoziata e sui suoi presupposti v. P. MILAZZO, *Le procedure di scelta del contraente* (artt. 59-63), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 475 ss.; C. BOSCIA, *Procedura di scelta del contraente* (artt. 59-65) e *partenariato pubblico e privato* (artt. 179-191), in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 356 ss.

massima concorrenza possibile tra coloro che hanno interesse ad acquisire una commessa dalla pubblica amministrazione¹⁴.

Nel suo nucleo originario e tuttora fondante, il diritto europeo dei contratti pubblici si occupa di disciplinare le procedure di affidamento dei contratti non tanto (o non solo) nell'interesse della pubblica amministrazione ad individuare il miglior aggiudicatario, ma soprattutto (o anche) nell'interesse delle imprese ad un confronto competitivo aperto¹⁵. Si tratta non di semplici regole sull'azione amministrativa, ma di regole che strutturano il confronto tra soggetti privati che concorrono per l'acquisizione di una utilità che spetta all'amministrazione dispensare.

Se si tiene conto di ciò, è chiaro le semplificazioni sinteticamente descritte incidono in via diretta sulle relazioni di mercato che sussistono tra le imprese: perché, sia pure in relazione a contratti di importo limitato oppure in situazioni eccezionali, esse consentono all'amministrazione di sostituire procedure di aggiudicazione che garantiscono un certo *standard* di tutela della concorrenza tra le imprese rispetto all'acquisizione di commesse pubbliche con procedure che garantiscono uno *standard* di tutela della concorrenza notevolmente inferiore, come l'affidamento diretto o la procedura negoziata senza bando.

¹⁴ M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016, 2. Per la ricostruzione del quadro delle fonti, si può vedere M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 827 ss.

¹⁵ Le ultime direttive di settore (Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE), recepite in Italia col d.lgs. n. 50/2016, inaugurano un approccio del diritto europeo più propenso a riconoscere alle amministrazioni un certo margine di flessibilità nella scelta delle procedure di aggiudicazione; il che dimostra con ogni probabilità un approccio meno “dogmatico” dell'Unione al tema della concorrenza e la maggiore disponibilità a contemperarlo con interessi e valori contrapposti (cfr. G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario*, cit., 3 ss.). Questo tuttavia lascia impregiudicato che l'obiettivo di fondo dell'intervento dell'Unione sulla materia sia, e rimanga, la tutela delle libertà economiche fondamentali; e che pertanto la promozione e la tutela della concorrenza costituiscano tuttora la chiave di lettura fondamentale del diritto dell'Unione nella materia dei contratti pubblici: v. E. FOLLIERI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Corso*, cit., 2.

5. Brevi conclusioni

I criteri di valutazione di una politica di semplificazione sono essenzialmente due: l'efficacia rispetto all'obiettivo; l'accettabilità del livello di compromissione di valori o interessi contrapposti.

Le semplificazioni introdotte nella materia dei contratti pubblici mirano, per dichiarazione dello stesso legislatore, a “incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici” nonché “a far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del Covid-19”¹⁶. L'obiettivo, in parole più semplici, è utilizzare il comparto dei contratti pubblici come motore per la ripartenza dell'economia.

La strategia messa in campo in vista di questo obiettivo consiste in una serie di accorgimenti volti ad accelerare le procedure per l'affidamento dei contratti, in modo da immettere liquidità nel mercato nel più breve tempo possibile. Tra questi accorgimenti, vi sono quelli, di cui s'è detto prima, che limitano la partecipazione dei privati alle procedure, con conseguente riduzione dello *standard* di concorrenza garantito tra le imprese.

Orbene, quanto ai tempi delle procedure di affidamento il legislatore ha probabilmente compiuto una valutazione realistica: è verosimile che le procedure che garantiscono la massima partecipazione, aperte o ristrette, abbiano raggiunto una complessità tale che, unita all'insufficienza delle competenze specialistiche delle stazioni appaltanti e al fenomeno della burocrazia difensiva, allunga i tempi per la loro conclusione.

La compressione che il valore della concorrenza subisce per effetto delle misure introdotte col decreto semplificazioni è tutto sommato limitata nell'ambito delle procedure per l'affidamento di contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, sebbene possa comunque suscitare qualche perplessità la scelta di consentire l'affidamento con procedura negoziata senza bando di lavori di valore fino a 5.225.000 euro.

Più delicata è la previsione che consente di ricorrere alla procedura negoziata per l'affidamento dei contratti sopra-soglia alla sola

¹⁶ Così gli articoli 1 e 2 del d.l. 76/2020.

condizione che gli effetti negativi della crisi non consentono di rispettare i tempi delle procedure ordinarie. Qui la deroga rispetto al Codice è notevole. Quest'ultimo consente di ricorrere alla procedura negoziata soltanto in presenza di fatti oggettivi relativi alla struttura del mercato, in particolare quando la domanda dell'amministrazione non trova un immediato riscontro in un contesto concorrenziale in grado automaticamente di soddisfarlo in quanto il bisogno sottostante ha caratteristiche particolari e non seriali¹⁷. La formula introdotta col decreto semplificazioni, invece, slega la scelta dell'amministrazione da presupposti di carattere obiettivo, sostituendovi una valutazione potenzialmente arbitraria sull'urgenza dell'affidamento: come tale, potrebbe non essere in condizione di evitare un abuso della procedura negoziata. Per questo è da auspicare che il giudice amministrativo svolga un controllo rigoroso sulla necessità di ricorrere alla procedura negoziata, senza limitarsi a prendere atto della apparente ragionevolezza della motivazione esibita dall'amministrazione nel provvedimento.

Sullo sfondo si stagliano dubbi di carattere più generale.

Innanzitutto, la durata delle procedure di affidamento è imputabile all'amministrazione o, a monte, alla disciplina delle procedure che essa è chiamata ad applicare; non alla presenza di un numero elevato di concorrenti in gara. Non è particolarmente razionale, dunque, far pagare il prezzo della semplificazione ai privati, in termini di riduzione del diritto alla partecipazione alle gare.

In secondo luogo, gli studi condotti sul mercato delle commesse pubbliche dimostrano che la patologia italiana in questo settore non riguarda tanto i tempi dell'affidamento, bensì i tempi della fase a monte (la progettazione) e a valle (l'esecuzione), sulla quale incidono negativamente l'instabilità del contratto e una poco razionale gestione dei pagamenti alle imprese¹⁸.

¹⁷ P. MILAZZO, *op. cit.*, 475 ss.

¹⁸ Cfr. i dati che emergono dal Paper della Banca D'Italia "Questioni di Economia e finanza. Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari", 19 ottobre 2019 n. 520, su cui A. COIANTE, *op. cit.*, 17. Anche A. PAJNO, *op. cit.*, ritiene "evidente che i momenti di maggior crisi riguardano la progettazione e l'esecuzione delle opere e che relativamente a tali fasi non sono presenti interventi sistematici" nel decreto semplificazioni.

Ma, se non sono i tempi delle procedure di affidamento il primo ostacolo a una spesa efficiente delle risorse pubbliche, perché rinunciare parzialmente a regole che potrebbero favorire una ripresa improntata alla competizione aperta tra le imprese (con quanto ne viene in termini di maggiore soddisfazione dell'interesse alla migliore aggiudicazione) in luogo di una ripresa "quale che sia"?

Il punto, in ogni caso, non è certo difendere procedure troppo complesse e articolate, dimenticando, in nome di una malintesa accezione della tutela della concorrenza o dell'anticorruzione, che l'interesse primario da perseguire è pur sempre quello a realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura¹⁹. Al contrario, ben venga una semplificazione delle procedure: che però non dovrebbe avere come proprio effetto la restrizione del diritto alla partecipazione alle gare, con la conseguente caduta del valore della concorrenza nel nostro ordinamento.

¹⁹ Sul punto cfr. F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, Rubettino, 2020, *passim*, che denuncia le derive della tutela della concorrenza nella disciplina delle gare complesse e propone un maggiore impiego delle procedure negoziate. In generale, per quanto attiene alle opere pubbliche, S. CASSESE, *op. cit.*, 154, osserva che "La disciplina dei contratti pubblici, costruita in funzione dei controlli e non dell'efficienza, ha finito per svolgere una funzione impeditiva, di frenare piuttosto che di accelerare l'affidamento e l'esecuzione di infrastrutture".

Emergenza Coronavirus: brevi riflessioni in punto di equità intergenerazionale ed intra-generazionale in ottica tributaria.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Crisi di liquidità ed effetti sulla dinamica tributaria nel breve periodo – 3. La dimensione tributaria nel prisma del principio di equità intergenerazionale: l'incremento del debito pubblico attuale e la correlazione con l'inasprimento della pressione fiscale futura – 4. Traslazione degli oneri finanziari in capo alle generazioni future e percorsi di 'fiscalità d'emergenza' in ottica di equità intergenerazionale – 5. La dimensione tributaria nel prisma del principio di equità intra-generazionale: la tendenziale inopportunità di forme di imposizione fiscale straordinaria di tipo 'tradizionale' – 6. Lo strumento della leva dei tassi d'interesse sui depositi bancari e la funzionalizzazione del risparmio 'liquido': un percorso di fiscalità *sui generis* – 7. Cenni conclusivi: quali misure di contenimento del debito pubblico in vista di una ripresa economica nel medio-lungo periodo a fronte di una pressione fiscale elevata?

1. Introduzione.

La drammatica esperienza che stiamo vivendo, originata dall'epidemia di coronavirus, pone tutti noi di fronte ad uno scenario radicalmente nuovo. Ci si domanda quali potranno essere i mutamenti di lungo periodo in termini di stile di vita, organizzazione economica e sociale, nella consapevolezza condivisa da più parti che la crisi cui stiamo assistendo implichi un vero e proprio mutamento di paradigma¹:

Testo della relazione svolta dall'Autore al webinar "Una visione poliprospectica sull'emergenza da coronavirus nei rapporti tra privati", organizzata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino e dall'Università degli Studi del Piemonte Orientale, che si è svolta l'8 ottobre 2020. Il testo costituisce altresì rielaborazione ed aggiornamento di un precedente scritto pubblicato in data 25 aprile 2020 in *Riv. dir. trib., Supplemento Online*.

¹ Si veda, per un inquadramento d'insieme in ordine agli effetti socio-economici della pandemia sulla società italiana, il 54° *Rapporto Censis sulla situazione italiana* del 4 dicembre 2020, in particolare il capitolo 'La società italiana al 2020', 1 ss., disponibile sul sito web www.censis.it. In una prospettiva globale si confrontino le considerazioni formulate nell'ambito del *World Economic Forum*, disponibili al sito web <https://www.weforum.org/agenda/2020/06/now-is-the-time-for-a-great-reset/>.

riflessioni ed ipotesi di lavoro ieri confinate al mondo della teoria diventano ora soluzioni realistiche e percorribili, mentre acquisizioni fino a ieri solide vengono rimesse in discussione².

Nella dinamica tributaria, in particolare, le sfide del tempo presente vengono al momento affrontate dagli Stati, ciascuno per sé, favorendo, quanto più possibile, misure di sostegno all'economia, volte ad attenuare il peso immediato della crisi³.

2. Crisi di liquidità ed effetti sulla dinamica tributaria nel breve periodo

Non si discute, per ora, di una vera e propria cancellazione dei debiti tributari maturati, anche se è difficile escludere che l'attuale sospensione dei pagamenti non si traduca in più casi in una perdita in conto capitale per l'Erario. D'altra parte, che soluzioni di questo tipo possano effettivamente concretizzarsi è già stato ricordato da Mario Draghi in un articolo pubblicato sul *Financial Times* all'inizio della crisi, in cui l'Autore ha sottolineato che tra le misure per superare la crisi economica si dovrebbe prendere in considerazione la cancellazione del debito privato e la sua socializzazione a carico del bilancio pubblico degli Stati⁴.

E non paiono neppure all'orizzonte misure di politica fiscale improntate a meccanismi di tipo 'condonistico'; ciò pare allo stato ragionevole considerato che i) l'attuale crisi è una crisi prima di tutto di liquidità; ii) l'aspettativa circa la futura possibile adozione di misure di

² Basti pensare al recente dibattito in tema di *fiscal policy*, come testimoniato dal *Discussion draft* di J. FURMAN, L. SUMMERS, *A reconsideration of fiscal policy in the era of low interest rates* del 30 novembre 2020, disponibile sul sito <https://www.brookings.edu/events/fiscal-policy-advice-for-joe-biden-and-congress/>.

³ Basti qui richiamare i numerosi interventi di sostegno all'economia posti in essere a partire dal mese di marzo 2020. Si veda, per una panoramica d'insieme con specifico riguardo ai profili tributari, l'area tematica dedicata all'emergenza Coronavirus, disponibile sul sito dell'Agenzia delle entrate al seguente indirizzo web <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/emergenza-coronavirus>.

⁴ M. DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *The Financial Times*, 25 marzo 2020. In tempi più recenti ulteriori considerazioni sul punto sono state formulate nel Report *'Reviving and Restructuring the Corporate Sector Post-Covid. Designing public policy interventions'* del Group of Thirty del dicembre 2020.

tal fatta fungerebbe da disincentivo alla *compliance* da parte di una ampia platea dei contribuenti, con l'effetto di deprimere ulteriormente il gettito atteso e necessario a garantire il funzionamento della macchina dello Stato in questa difficile congiuntura⁵.

Certo è, però, che un dibattito in tale senso pare ineludibile nel prossimo futuro, considerato che imprese ed operatori economici si troveranno in più casi di fronte alla scelta se adempiere ai propri debiti maturati nei confronti dell'Erario oppure garantire una continuità aziendale con mantenimento, per quanto possibile, dei livelli di occupazione attuali; scelte non dissimili, *mutatis mutandis*, toccheranno anche a molte famiglie.

3. *La dimensione tributaria nel prisma del principio di equità intergenerazionale: l'incremento del debito pubblico attuale e la correlazione con l'inasprimento della pressione fiscale futura*

Più in generale, vale la pena interrogarsi sul tipo di contributo che la dimensione del diritto tributario può offrire al dibattito relativo alla modulazione degli strumenti per affrontare l'attuale crisi economica, nel prisma dei principi di equità intra-generazionale ed intergenerazionale⁶.

Anche qui le parole di Mario Draghi possono aiutare ad inquadrare con maggiore nitidezza i termini del problema ed offrono coordinate minime per una prima riflessione in merito.

Se, come sta avvenendo, il finanziamento continuerà ad essere soddisfatto primariamente con il ricorso a strumenti di debito⁷, merita interrogarsi sugli effetti di tale scelta in chiave tributaria: tali misure, infatti, seppure non generino impatti fiscali immediati dal punto di vista

⁵ Sull'inopportunità di discutere in pubblico misure condonistiche prima della loro adozione cfr. V. TANZI, *Questione di tasse. La lezione dell'Argentina*, Egea, 2007, 222.

⁶ Cfr., per un ampio *excursus* in merito, A. CONTRINO, F. FARRI, *Emergenza Coronavirus e finanziamento della spesa pubblica: è possibile trarre indicazioni per la futura politica fiscale italiana?*, in *Riv. dir. trib., Supplemento online*, 28 marzo 2020.

⁷ Cfr. il Documento di Economia e Finanza – 2020. Nota di Aggiornamento dell'8 ottobre 2020 del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

dell'equità intra-generazionale, hanno ricadute importanti dal punto di vista dell'equità intergenerazionale.

Si sostiene infatti che un incremento della spesa attuale, alla quale far fronte con nuovo debito, implichi un inasprimento della pressione fiscale futura, nella consapevolezza, da un lato, che tali disavanzi dovranno essere ripianati prima o poi e, dall'altro lato, che gli investitori saranno nel tempo sempre meno disponibili a sottoscrivere nuove emissioni se non a fronte del riconoscimento di un più elevato tasso d'interesse, ritenendo il debito pubblico sempre meno sostenibile nel suo complesso.

Anche su tale aspetto le parole di Mario Draghi – in linea con le riflessioni di alcuni studiosi di macroeconomia e di scienza delle finanze⁸ – offrono spunti di riflessione per certi versi 'controcorrente' – che vanno letti a fronte di un auspicato sforzo per individuare possibili soluzioni per affrontare la presente crisi tramite il ricorso a strumenti innovativi per la copertura del fabbisogno finanziario degli Stati – in quanto mettono in luce come, nell'attuale congiuntura, considerati i livelli presenti e probabilmente futuri dei tassi d'interesse, un aumento del debito pubblico non dovrebbe andare a sommarsi ai suoi costi di gestione.

Si tratta di considerazioni importanti che non sono a ben vedere neutre in ottica tributaria.

4. Traslazione degli oneri finanziari in capo alle generazioni future e percorsi di 'fiscalità d'emergenza' in ottica di equità intergenerazionale

Non è dubbio, infatti, che minore è il tasso d'interesse, minore è il costo del servizio del debito, con sensibili vantaggi per le casse pubbliche e benefici anche in termini di un'ipotetica tassazione futura per onorarlo ed eventualmente rifinanziarlo.

E' però vero che una politica prolungata di tassi nominali bassi, addirittura negativi in termini reali, presenta effetti distorsivi, in quanto

⁸ Cfr. il *Discussion draft* di J. FURMAN, L. SUMMERS, *A reconsideration of fiscal policy in the era of low interest rates* del 30 novembre 2020, *op. cit.*

agisce, tra le altre cose, quale vera e propria forma occulta di tassazione sul risparmio⁹.

Al riguardo sono note le conseguenze pregiudizievoli per la sostenibilità del sistema pensionistico e per quelle tipologie di soggetti (quali, ad esempio gli enti previdenziali privati ed assicurativi) che, in base a ragioni di regolamentazione prudenziale, sono tenute ad investire parte importante della massa gestita in titoli di Stato: in assenza di rendimenti reali positivi, tale da accrescere il capitale versato, si pone a rischio la sostenibilità futura delle prestazioni future; inoltre, in caso di eventuale ripresa dell'inflazione nel lungo periodo, a tali problemi se ne aggiungerebbero di nuovi.

In questo senso, occorre allora realisticamente riconoscere che se pur è vero che l'adozione di meccanismi finanziari atti a facilitare l'emissione di nuova finanza pubblica a tassi più vantaggiosi di quelli 'di mercato' si renda necessaria ed imprescindibile, un tale risultato verrà conseguito anche grazie ad un ulteriore indebolimento del quadro di sostenibilità del sistema previdenziale latamente inteso, con conseguente ulteriore difficoltà di garantire i livelli adeguati delle prestazioni future.

A fronte di tale analisi, in cui il maggior debito pubblico presente determina comunque, in un modo o in un altro, la traslazione di un onere finanziario, financo implicito, in capo alle generazioni future¹⁰, ci si può domandare allora se non sussista la possibilità di valutare misure fiscali di equità intergenerazionale, in una logica di concorso al finanziamento delle pubbliche spese nel tempo da parte delle diverse generazioni.

Si tratta, certo, di valorizzare percorsi nuovi di fiscalità 'd'emergenza', anche in continuità con la via tracciata in alcuni importanti arresti della Corte costituzionale, in cui la cogenza del vincolo della sostenibilità del debito pubblico è stata valorizzata come

⁹ *Ex multis*, E. BRANCACCIO, *Draghi indica il futuro ma dribbla una domanda: chi pagherà questa crisi?*, in *Il Sole 24 Ore – Econopoly*, 29 marzo 2020.

¹⁰ *Ex multis*, G. GALLI, *La grande illusione del debito pubblico*, in AA.VV., *Noi e lo Stato. Siamo ancora sudditi*, a cura di S. SILEONI, Torino, 2019, 171 ss.; A. CONTRINO, F. FARRI, *Emergenza Coronavirus e finanziamento della spesa pubblica: è possibile trarre indicazioni per la futura politica fiscale italiana?*, *op. cit.*

limite alla traslazione degli oneri di risanamento sulle generazioni future proprio nel quadro del principio di equità intergenerazionale¹¹.

D'altra parte, si tratta di soluzioni che non costituirebbero un *novum* assoluto, considerato che esse hanno trovato applicazione, seppure sulla base di meccanismi non tributari, ancora in tempi recenti proprio nel quadro di misure emergenziali per contenere l'andamento del debito pubblico¹².

Anche a fronte di alcune caratteristiche che contraddistinguono l'emergenza sanitaria in corso, un rinnovato ragionamento circa la fattibilità di strumenti tributari improntati a criteri di equità intergenerazionale potrebbe allora rendersi quanto mai necessario.

5. La dimensione tributaria nel prisma del principio di equità intra-generazionale: la tendenziale inopportunità di forme di imposizione fiscale straordinaria di tipo 'tradizionale'

Ciò posto, il diritto tributario può offrire ulteriori elementi di riflessione, questa volta più prettamente nella dinamica dell'equità intra-generazionale.

Occorre di nuovo riprendere le considerazioni di Mario Draghi, quando ha richiamato l'attenzione sul fatto che l'applicazione di imposte straordinarie non possa costituire una via efficace per garantire le necessità finanziarie degli Stati in tempo di crisi ed evidenzia come il fulcro della risposta statale dovrà insistere sul ricorso al debito.

Tale soluzione risponde ad un dato di realtà: per assicurare la copertura delle esigenze di gettito necessarie per affrontare l'emergenza, l'eventuale imposizione straordinaria dovrebbe essere applicata con aliquote elevate e colpire una platea di contribuenti amplissima. Ciò con conseguenze particolarmente negative nella congiuntura attuale considerato: i) che già vi sono nel sistema tributario vigente una pluralità di forme di imposizioni di tipo patrimoniale sui principali indici di ricchezza dei contribuenti; ii) che la quota di liquidità che affluirebbe alle casse dello Stato sarebbe immediatamente sottratta all'impiego diretto da parte settore privato, così acuendo gli

¹¹ Si veda, per interessanti considerazioni al riguardo, la sentenza della Corte cost., n. 18/2019.

¹² Si pensi a tale riguardo alle misure di *spending-review* adottate dal governo Monti e contenute, in particolare, nei D.L. 52/2012 e 95/2012.

effetti negativi del quadro congiunturale e iii) che tale forma di imposizione dovrebbe essere mantenuta per un periodo non breve al fine di garantire il gettito necessario per coprire le esigenze finanziarie legate alla fase emergenziale¹³.

Con questo non si vuole sostenere che eventuali contributi di solidarietà improntati a principi di equità intra-generazionale non possano, a certe condizioni, essere adottati per tassare fasce di contribuenti con grandi patrimoni¹⁴, ma rimane il fatto che tali soluzioni non potrebbero, da sole, garantire il soddisfacimento del fabbisogno effettivo della cassa statale; al contrario, esse potrebbero avere effetti negativi superiori ai benefici attesi¹⁵.

Peraltro, va sottolineata la problematicità di alcuni presupposti teorici a fondamento delle proposte favorevoli all'introduzione di ulteriori tipologie di imposizione patrimoniale sulle attività finanziarie¹⁶. I fautori di tali proposte hanno osservato, infatti, che nuovi tributi patrimoniali sulle ricchezze finanziarie sarebbero giustificati, specie in questa fase, a cagione dell'accresciuto livello di disuguaglianza tra contribuenti determinato dalla pandemia; la crisi sanitaria avrebbe infatti acuito il divario tra 'ricchi' e 'poveri', accrescendo il patrimonio finanziario dei primi, impoverendo i secondi e concentrando ulteriormente la ricchezza nelle mani di pochi¹⁷.

¹³ Sotto tale ultimo profilo si vedano le considerazioni formulate da V. TANZI, *Questione di tasse. La lezione dell'Argentina*, op. cit., 40-41, in cui si sottolinea l'insostenibilità del mantenimento di forme di imposizione straordinaria nel lungo periodo.

¹⁴ Sulla cui legittimità in chiave strettamente giuridica non dovrebbero porsi dubbi: cfr. G. FALSITTA, *Lo scippo del Governo Amato salvato dalla Consulta*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, II, 476 ss.

¹⁵ Cfr. P. SAVONA, *La lettera del prof. Savona agli amici tedeschi e italiani*, in *Formiche.net*, 25 ottobre 2012.

¹⁶ Né paiono, peraltro, facilmente configurabili forme di imposizione sui sovraprofitto speculativi eventualmente ritratti da alcuni contribuenti nell'attuale fase di volatilità del mercato; al di là della probabile esiguità del gettito che si potrebbe così generare, un tale genere di imposizione fiscale potrebbe anche essere sotto alcuni aspetti persino 'punitiva', posto che, in una fase di così elevata volatilità dei mercati finanziari, momentanee plusvalenze teoriche possono venire vanificate in breve tempo e nulla impedisce che a prese di profitto su alcuni prodotti si accompagnino contestuali minusvalenze su altre tipologie di investimenti finanziari.

¹⁷ Si richiamano, in particolare, le proposte formulate da G. ZUCMAN, E. SAEZ, contenute nel libro *The Triumph of Injustice: How the Rich Dodge Taxes and How to*

Non è qui certo possibile interrogarsi in maniera approfondita sugli effetti, in termini di equità intra-generazione, messi in moto dalla pandemia; si intende però osservare che, in una certa misura, lo ‘scollamento’ tra situazione dell’economia reale – in Italia, ad esempio, in forte recessione – e corsi delle attività finanziarie a livello globale – che si collocano in territorio positivo – trova anche origine nelle scelte di politica monetaria ed economica delle principali banche centrali dei Paesi sviluppati.

E’ noto, infatti, in forza del meccanismo del tasso di attualizzazione, che in corrispondenza di tassi di interesse bassi, quando non negativi, le attività finanziarie tendono ad apprezzarsi: in tale situazione, in altre parole, il valore presente degli utili futuri si eleva in maniera significativa, facendo sì che i titoli azionari quotino con multipli più elevati rispetto alle medie storiche¹⁸.

Ciò può aiutare a comprendere che, se si assiste alla crescita del patrimonio finanziario, tale risultato è, a ben vedere, anche conseguenza di precise scelte ‘distorsive’ di *policy* adottate dalle banche centrali negli ultimi anni¹⁹, che hanno, tra le altre cose, costretto i risparmiatori

Make Them Pay, New York, 2019. Si veda anche l’intervista ad E. SAEZ in *Il Fatto Quotidiano.it*, 24 novembre 2020.

¹⁸ Cfr., per un’approfondita disamina in merito, R.J. SCHILLER, L. BLACK, F. JIVRAJ, *Making Sense of Sky-High Stock Prices*, in *Project Syndicate*, 30 novembre 2020. Si veda anche B. CŒURÉ, *Le conseguenze economiche di tassi di interesse bassi*, Intervento pubblico di BENOÎT CŒURÉ, Membro del Comitato esecutivo della BCE, presso l’International Center for Monetary and Banking Studies, Ginevra, 9 ottobre 2013.

¹⁹ Con ciò non si intende disconoscere che l’intervento delle principali banche centrali dei Paesi industrializzati sia maturato come ‘risposta’ a fronte delle dinamiche dei tassi degli ultimi decenni, che hanno portato – seppure per ragioni che non sono state del tutto chiarite (*Discussion draft* di J. FURMAN, L. SUMMERS, *A reconsideration of fiscal policy in the era of low interest rates* del 30 novembre 2020, *op. cit.*; B.S. BERNANKE, *The global saving glut and the U.S. current account deficit*, Remarks by Governor B.S. Bernanke at the Sandridge Lecture, Virginia Association of Economists, Richmond, Virginia, 10 marzo 2005) – alla progressiva riduzione del tasso d’interesse ‘naturale’ che, a sua volta, ha influito sui tassi d’interesse nominale e reale (cfr. A. GERALI, S. NERI, *Natural rates across the Atlantic*, in *Temi di discussione (Working papers)*, Banca d’Italia, n. 1140, settembre 2017; L. RACHEL, L.H. SUMMERS, *On Falling Neutral Real Rates, Fiscal Policy, and the Risk of Secular Stagnation*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, 4 marzo 2019). In questo senso non è quindi dubbio che il perseguimento di condizioni monetarie molto accomodanti, primariamente conseguite tramite la riduzione dei tassi d’interesse ed i

a ricercare forme di investimento alternative alle obbligazioni che offrano rendimenti positivi (quali i titoli azionari), seppure al prezzo dell'accettazione di un gradiente più elevato di rischio.

Se tali considerazioni si rivelassero corrette, si dovrebbe concludere che la percezione di accresciuta disuguaglianza sia, in una certa misura, anche frutto di scelte strategiche da parte dei regolatori, in quanto il valore elevato degli attivi finanziari sarebbe non solo giustificato dalle aspettative degli operatori sull'andamento dei titoli nel lungo periodo, ma sarebbe anche – e prima di tutto – l'effetto di precise decisioni di politica monetaria delle banche centrali in ordine alla fissazione dei tassi di interesse.

In questo caso, l'imposizione di un tributo patrimoniale pare discutibile per più ragioni. Al di là del fatto che non può che lasciare perplessi la circostanza che si vogliano introdurre misure di tassazione patrimoniale sugli attivi finanziari che hanno l'effetto di 'annullare', o comunque mitigare, il dispiegarsi di scelte di *policy* delle banche centrali, una tale occorrenza determinerebbe un 'duplice' danno nei confronti del risparmiatore-contribuente. Questi si vedrebbe, prima, costretto a prescegliere strumenti più rischiosi – quali i titoli azionari – a fronte della repressione dei rendimenti di lungo periodo sui titoli obbligazionari ad opera delle banche centrali per trovarsi, in un secondo momento, assoggettato ad imposizione patrimoniale sui valori 'teorici' elevati degli attivi finanziari che rispondono, più che a valutazioni sui

programmi di acquisto di titoli pubblici e privati da parte delle banche centrali, sia stato finalizzato proprio a contrastare le spinte deflazionistiche in essere (oltre che a scongiurare i rischi di depressione economica, specie a partire dalla crisi finanziaria del 2008; cfr. B. CŒURÉ, *Le conseguenze economiche di tassi di interesse bassi*, Intervento pubblico di BENOÎT CŒURÉ, *op. cit.*). Rimane però il fatto che, almeno nel contesto dell'area euro, nel cui ambito tali obiettivi di *policy* sono state perseguiti con sforzi di intensità crescente, a fronte di una sensibile riduzione dei rendimenti nominali sulle obbligazioni, specie governative, anche a lungo termine, e dell'adozione di una politica dei tassi da parte della BCE molto accomodante, rimangono fino ad oggi incerti i risultati in termini di stabilità dei prezzi (secondo cui il tasso d'inflazione 'ottimale' dovrebbe collocarsi su livelli inferiori ma prossimi al 2 per cento) nonché gli stessi auspicati benefici in ordine alla crescita dell'economia reale (mentre da più parti si è osservato criticamente che tali misure della Banca Centrale Europea hanno probabilmente contribuito a generare alcune crisi, quali le 'bolle immobiliari' verificatesi in Spagna, Grecia ed Irlanda; cfr. J.B. TAYLOR, *First principles. Five keys to restoring America's prosperity*, New York-Londra, 2013, 200).

fondamentali dei titoli, a sollecitazioni originate dalla manipolazione dei tassi d'interesse da parte delle banche centrali stesse.

6. Lo strumento della leva dei tassi d'interesse sui depositi bancari e la funzionalizzazione del risparmio 'liquido': un percorso di fiscalità sui generis

Tali considerazioni non implicano, tuttavia, l'impossibilità di perseguire strade finalizzate a veicolare il risparmio privato in un'ottica di migliore utilizzo al risanamento ed alla ripresa dell'economia italiana²⁰, seppure nella consapevolezza che strumenti di tale genere non potranno costituire l'unica (e neanche la principale) risposta di breve periodo alla crisi attuale, che dovrà insistere su corposi interventi di finanziamento in deficit da parte dello Stato italiano.

Un tale concezione trova conferme in quelle posizioni dottrinali che sostengono l'opportunità di un rinnovato coinvolgimento dei contribuenti italiani nella dinamica del prelievo, tramite strumenti fiscali che favoriscano il finanziamento delle spese pubbliche a mezzo di tributi commutativi, in cui è più forte il collegamento con il principio del beneficio.

Nella gravità dell'emergenza presente si auspica altresì che le fasce dei contribuenti più abbienti mettano in atto, in spirito di solidarietà, forme di contribuzione volontaria per finanziare una parte delle spese necessarie per soddisfare i fabbisogni della collettività; ciò nella consapevolezza che un tale slancio di solidarietà qualora accolto da parte significativa della popolazione benestante potrebbe permettere di conseguire un gettito importante, forse non così dissimile, o addirittura superiore, a quello realizzabile tramite meccanismi di 'prelievo coattivo'²¹.

Tale dibattito potrebbe poi essere arricchito, sempre in ottica tributaria, valorizzando la relazione che insiste tra tassi negativi praticata dalla BCE e funzionalizzazione del risparmio privato alla ripresa economica.

²⁰ Si veda in merito l'intervista di A. GRECO a C. MESSINA in *La Repubblica*, 7 aprile 2020.

²¹ Cfr. A. CONTRINO, F. FARRI, *Emergenza Coronavirus e finanziamento della spesa pubblica: è possibile trarre indicazioni per la futura politica fiscale italiana?*, op. cit.

E' noto al riguardo che la leva del tasso d'interesse sui depositi bancari costituisce un classico strumento di politica monetaria che negli ultimi anni è stato portato dalla BCE in territorio negativo. Per l'effetto, il deposito presso la BCE della liquidità in eccesso rispetto all'obbligo di riserva è assoggettato ad una vera e propria forma di imposizione 'implicita', il cui 'costo' cumulato in capo al sistema bancario europeo è ormai pari a svariati miliardi di euro²².

L'effetto di tale strumento di politica monetaria era primariamente quello di favorire una politica dei prestiti più attiva da parte delle banche, disincentivandole dal mantenere la liquidità a disposizione 'ferma' (e remunerata) presso la Bce.

Nulla impedisce, però, che gli oneri derivanti dall'applicazione dei tassi negativi vengano assorbiti direttamente dai titolari ultimi della liquidità inutilizzata, cioè i correntisti; circostanza, questa, che già si stava verificando prima della crisi sanitaria, in più Paesi del nord Europa – i cui istituti bancari avevano iniziato a traslare, in parte o in toto, tali oneri in capo ai propri correntisti – e che è oggi occorrenza sempre più frequente, se si esamina l'aumento generalizzato dei costi che le banche tradizionali addebitano ai clienti in relazione ai principali servizi e funzionalità collegate alla tenuta del conto corrente bancario²³.

Si tratta, come evidente, di uno strumento di un certo interesse anche nella dimensione tributaria attuale, che pur non potendo, da solo, certo garantire il soddisfacimento del fabbisogno effettivo della cassa statale, si differenzerebbe concettualmente da prelievi forzosi sui conti correnti o da altre tipologie di imposizione straordinaria di tipo patrimoniale, già ben noti ai contribuenti italiani. Prima di tutto, tale tipologia di strumento opererebbe, in tesi, solo su una parte del patrimonio liquido – i depositi a vista – senza colpire forme di ricchezza, immobiliare o mobiliare, che, per ragioni diverse, oggi potrebbe non essere possibile smobilizzare, se non a fronte di perdite in conto capitale rilevanti e con effetti depressivi in danno del già compromesso quadro congiunturale.

In secondo luogo, tale meccanismo dovrebbe esentare le realtà imprenditoriali, nella ragionevole aspettativa che le giacenze liquide

²² L. DAVI, *I depositi Bce costano alle banche 21 milioni al giorno*, in *Il Sole 24 ore*, 7 giugno 2019.

²³ Cfr. C. DEVEREUX, C. WELLS, S. SPEZZATI, *When Money Is Free, Lenders Start Charging for Everything Else*, in *Bloomberg Wealth*, 23 dicembre 2020.

nella disponibilità delle imprese saranno necessariamente ‘messe in gioco’ nel contesto del percorso di ‘ricostruzione’ e ripresa economica²⁴. Allo stesso modo, sarebbe opportuno individuare una soglia di giacenza liquida al di sotto della quale non sia applicato alcun onere sul correntista persona fisica, con l’obiettivo di tutelare le fasce meno abbienti della popolazione che non dispongono di altre forme di ricchezza ‘patrimoniale’, quali immobili ed attività finanziarie, oltre alle giacenze liquide su conto corrente.

In terzo luogo, una tale forma di imposizione ‘indiretta’ tramite l’applicazione di tassi negativi sui depositi a vista avrebbe il pregio di non determinare la diretta ‘spoliazione’ di risorse a vantaggio delle casse dello Stato, ma implicherebbe una scelta attiva ed in una certa misura condivisa, da parte di ciascun singolo contribuente, circa la possibilità di un migliore impiego delle proprie risorse finanziarie inutilizzate.

Egli potrebbe così valutare se internalizzare tale onere oppure destinare, in tutto o in parte, proprie risorse liquide all’investimento, ad esempio ricapitalizzando o rafforzando la propria attività d’impresa oppure decidendo di sottoscrivere titoli specifici, quali, ad esempio, inedite tipologie di Piani individuali di risparmio – c.d. ‘PIR’ –, finalizzati a veicolare il risparmio verso i bisogni della piccola, media e grande società italiana²⁵.

In questo starebbe in sostanza la cifra distintiva rispetto a meccanismi di prelievo forzato sui conti correnti, che invece avrebbero effetti negativi anche sui meccanismi di trasmissione degli strumenti di politica monetaria ostacolando direttamente la funzione di intermediazione del settore bancario nell’allocazione delle risorse derivanti dal risparmio privato (nella forma dei depositi a vista) a vantaggio delle esigenze finanziarie delle imprese tramite la concessione di finanziamenti e prestiti²⁶.

²⁴ Come anche suggerito, in ottica di politica criminale, da F. GRECO, G. MELILLO, *Ecco perché il Decreto credito è pericoloso*, in *La Repubblica*, 10 aprile 2020.

²⁵ Cfr. l’intervista di A. GRAZIANI a F. GIANNI in *Il Sole 24 ore*, 9 aprile 2020.

²⁶ Peraltro, si permetta di aggiungere, la fattibilità ed efficacia di un tale meccanismo potrebbe aumentare grandemente qualora venissero portati a conclusione quei progetti di ‘valuta digitale di Stato’, sui quali le più importanti autorità di regolamentazione bancaria e prudenziale a livello globale discutono con sempre maggiore insistenza (cfr. Bank for International Settlements, *Central bank digital currencies: foundational*

Si potrebbe obiettare che un tale modulo avrebbe l'effetto di 'attrarre a tassazione' risorse finanziarie – i depositi a vista – già improduttive di reddito; una tale osservazione dimentica, tuttavia, il rilievo della dinamica erosiva dell'inflazione, la quale, seppure a livelli storicamente bassi, costituisce una forma di imposizione occulta cui le disponibilità liquide sono soggette già oggi²⁷.

D'altra parte ed in ultimo, la fattibilità di meccanismi, volti alla funzionalizzazione del risparmio privato alla ripresa economica, seppure non basati su moduli di tipo tributario, trova riscontro in prese di posizioni autorevoli, le quali sostengono l'esigenza di mettere in campo innovativi strumenti di debito pubblico garantiti da beni dello Stato, alla cui sottoscrizione dovrebbe essere convogliato il risparmio privato degli italiani – *in primis* parte delle giacenze liquide – in una logica di tipo non forzoso²⁸.

7. Cenni conclusivi: quali misure di contenimento del debito pubblico in vista di una ripresa economica nel medio-lungo periodo a fronte di una pressione fiscale elevata?

Al termine di queste brevi riflessioni 'a caldo' si rende opportuno formulare brevi cenni conclusivi. Come già si intravede con una certa nitidezza, per mitigare gli effetti della crisi, così come per preparare il terreno per una ripresa economica, l'inasprimento della pressione fiscale quale modalità di finanziamento del fabbisogno di cassa non potrà costituire una soluzione percorribile.

Al contrario, ci si può legittimamente domandare se si possa realmente parlare di una possibile ripresa economica a fronte di un

principles and core features, Joint report by The Bank of Canada, European Central Bank, Bank of Japan, Sveriges Riksbank, Swiss National Bank, Bank of England, Board of Governors of the Federal Reserve and Bank for International Settlements, 9 ottobre 2020).

²⁷ Cfr. F. DE BORTOLI, *Ora serve un prestito Italia (solidale) per far ripartire il paese*, in *Il Corriere della Sera*, 11 marzo 2020; A. GENNAI, *Conti correnti, la 'tassa occulta' da 10 miliardi sui risparmi degli italiani*, in *Il Sole 24 ore*, 10 giugno 2019.

²⁸ Cfr. A. CAZZULLO, *Intervista a G. Bazoli*, in *Il Corriere della Sera*, 4 aprile 2020; G. TREMONTI, *Lettera al Direttore del Corriere della Sera*, in *Il Corriere della Sera*, 30 marzo 2020; R. CASCIOLI, *Intervista a G. Sapelli*, in *La Nuova Bussola Quotidiana*, 11 aprile 2020; F. DE BORTOLI, *Ora serve un prestito Italia (solidale) per far ripartire il paese*, in *Il Corriere della Sera*, 11 marzo 2020.

livello di imposizione pari a quello vigente già prima della crisi sanitaria. Il ricorso al debito potrà, auspicabilmente, coniugare il reperimento di risorse adeguate al fine di contrastare l'emergenza epidemiologica con il mantenimento dei livelli di occupazione attuale nel breve periodo, ma certo non gettare le basi per una duratura ripresa economica.

Rimangono sullo sfondo problemi 'classici' dell'Italia degli ultimi anni, che presumibilmente saranno acuiti nel lungo periodo a causa degli strascichi della crisi sanitaria da cui si spera di uscire nei prossimi mesi.

D'altra parte, non si può escludere che conclusasi la parentesi dell'emergenza sanitaria più immediata non ritornino pressanti le richieste di consolidamento finanziario da parte delle istituzioni dell'Unione europea, a cui salvaguardia si pone peraltro anche il novellato art. 81 Cost. Né, peraltro, si potrà pensare che le costanti pressioni dei mercati finanziari sul debito pubblico possano essere contrastate dalla BCE senza un progressivo rafforzamento di forme di condizionalità, ancorché implicite.

A fronte di ciò, e nella sostanziale impossibilità di una monetizzazione immediata del debito pubblico, rimane la consapevolezza di come gli elevati livelli di debito pubblico si pongano in contrasto con le esigenze di ripresa economica se non, addirittura, di mantenimento degli standard di welfare pubblico nel medio-lungo periodo; ciò, è bene ricordarlo, malgrado un perdurante quadro di elevata imposizione fiscale.

Se è così forse meriterà valutare se la modalità di contenimento del peso del debito pubblico, in vista di una prospettiva di crescita economica del Paese, possano passare da strumenti diversi rispetto a quelli favoriti dai Governi degli ultimi anni, che, come ben noto, hanno insistito esclusivamente su misure di contrazione della spesa pubblica in rapporto sinergico con meccanismi di imposizione fiscale aggiuntiva²⁹.

²⁹ Cr., per un percorso critico in merito, anche in prospettiva storica, S. STORM, *Lost in deflation: Why Italy's woes are a warning to the whole Eurozone*, Institute for New Economic Thinking, WP n. 94, 5 aprile 2019. Si veda anche L. GUTTENBERG, *If the ESM is to stay relevant, it should be reinvented inside the EU*, Policy Brief, Hertie School – Jacques Delors Centre, 12 novembre 2020.

Occorrerebbe in primo luogo domandarsi quale possa essere il contributo del diritto tributario, questa volta non tanto in una logica di maggiore equità, ma quale strumento di carattere incentivante, specie se rivolto a favore delle realtà imprenditoriali, nella consapevolezza che un approccio fiscale anticiclico costituisce un elemento fondamentale per superare con più celerità una fase di grave difficoltà economica.

A questo proposito la crisi attuale potrebbe aprire inediti spazi di manovra per configurare misure fiscali incentivanti di tipo settoriale, considerato il progressivo alleggerimento del quadro della disciplina degli aiuti di stato in materia tributaria³⁰.

Soprattutto, dovrebbe promuoversi un dibattito circa l'opportunità di configurare misure di 'rientro dei capitali' e, più in generale, di 'rimpatrio' delle *holding* estere riconducibili a gruppi imprenditoriali italiani³¹; ciò anche per evitare che a pagare gli effetti della crisi sia (di nuovo) soprattutto la classe media della popolazione italiana, la quale già contribuisce moltissimo in termini 'equità', atteso l'elevato carico fiscale cui è assoggettata e l'esiguità dei trasferimenti redistributivi a suo favore derivanti dalle politiche statali³².

E' evidente che in tale scenario l'individuazione di un quadro fiscale idoneo a favorire, con approccio pragmatico, tale processo di 'rimpatrio' costituirà un elemento chiave per assicurare il successo di una simile iniziativa; si tratterebbe, peraltro, di seguire strade che negli ultimi anni sono state percorse, *mutatis mutandis*, da alcune Paesi sviluppati proprio con l'obiettivo di rafforzare la competitività dell'economia domestica – si pensi alla riforma fiscale statunitense '*Tax Cuts and Jobs Act*' del 2017 –, i cui principi di fondo potrebbero essere presi a modello, in una certa misura, anche dal legislatore italiano, specie in un contesto emergenziale.

In secondo luogo, come ricordato da Mario Draghi, non è possibile 'contare' – almeno nel breve periodo – su una spinta inflazionistica che contribuisca ad alleggerire il peso in termini reali del debito pubblico; si tratta, tuttavia, di uno scenario che non può essere escluso a priori in

³⁰ Cfr. il *Temporary Framework to support the economy in the context of the coronavirus outbreak* della Commissione europea.

³¹ Cfr. l'intervista di A. GRECO a C. MESSINA sul quotidiano *La Repubblica* del 7 aprile 2020.

³² Cfr. Istat, *Rapporto annuale 2019. La situazione del Paese*, 2019, 239-241.

una prospettiva di medio-periodo³³. Ad ogni modo, una dinamica inflazionistica andrebbe vista con favore, considerati il livello dei tassi attuali e le esigenze di politica monetaria tese a conseguire, se necessario forse anche a mezzo di strumenti non convenzionali³⁴, gli obiettivi di stabilità dei prezzi su un orizzonte di medio periodo.

In terzo luogo, occorrerebbe porre le basi per un dibattito in ordine alla configurabilità di operazioni di ristrutturazione, parziali e selettive, del debito stesso³⁵. Pur nella consapevolezza dei rischi e delle indubbie complessità applicative che queste misure comportano specie per un Paese avanzato come l'Italia in cui parte significativa del debito è detenuta in ultima istanza da risparmiatori domestici³⁶, i tempi per una riflessione in merito paiono forse maturi, come dimostra la vivacità del dibattito sul tema a livello internazionale³⁷.

Rimane, in ultimo, da segnalare la difficoltà di comprendere con una certa nitidezza quale sia la posizione del Governo italiano di fronte alla crisi. Il Governo ha certo preso la strada del ricorso al debito; resta tuttavia da domandarsi se, al netto delle iniziative – certo lodevoli e necessarie – di supporto ed alleviamento degli effetti dell'emergenza immediata, siano in fase di avanzato studio misure di ampio respiro che possano facilitare un percorso di ripresa economica. Ciò nella consapevolezza, condivisa dagli stessi sostenitori di scelte di politica di bilancio espansive di tipo keynesiano, che la qualità della spesa pubblica finanziata in deficit costituisce un fattore cruciale, atteso che solo un debito utilizzato per fini 'produttivi' può portare ad una crescita economica sostenuta e, così, rendere sostenibile nel medio-lungo periodo il debito pubblico.

³³ O. BLANCHARD, J. PISANI-FERRY, *Monetisation: do not panic*, in *Vox-EU*, 10 aprile 2020.

³⁴ Cfr. F. VILLEROY DE GALHAU, *De l'urgence d'aujourd'hui aux premières réflexions pour demain*, in *Le Monde*, 8 aprile 2020.

³⁵ Cfr. l'intervista a D. SASSOLI del 15 novembre 2020 sul quotidiano *La Repubblica*.

³⁶ Cfr. G. GALLI, *La grande illusione del debito pubblico*, in AA.VV., *Noi e lo Stato. Siamo ancora sudditi*, a cura di S. SILEONI, Torino, 2019, 181.

³⁷ Cfr. C.M. REINHART, K. ROGOFF, *The Coronavirus debt threat*, in *The Wall Street Journal*, 26 marzo 2020; L. BUCHHEIT, S. HAGAN, *From Coronavirus crisis to sovereign debt crisis*, in *Alphaville - Financial Times*, 26 marzo 2020.