

UNIVERSITÀ degli STUDI di CASSINO e del LAZIO MERIDIONALE
Dipartimento di Economia e Giurisprudenza

DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

Fascicolo speciale

**PANDEMIA, NORMAZIONE DELL'EMERGENZA
E MODELLI D'INTERVENTO
SOCIO-ECONOMICI**

a cura di Giancarlo Scalese



EDIZIONI UNIVERSITÀ DI CASSINO

2020

Copyright © 2020 – Edizioni Università di Cassino
Centro Editoriale di Ateneo
Palazzo degli Studi Località Folcara, Cassino (FR), Italia
e-ISSN 2610-9166

Il contenuto del presente volume può essere utilizzato in tutto o in parte purché se ne citi la fonte e non vengano modificati il senso ed il significato dei testi in esso contenuti. L'Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale non è in alcun modo responsabile dell'utilizzo che viene effettuato dei testi presenti nel volume, delle modificazioni ad essi apportate e delle conseguenze derivanti dal loro utilizzo.

I contributi sono stati sottoposti a referaggio anonimo in conformità ai criteri editoriali della rivista.



DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

Fascicolo speciale

**PANDEMIA, NORMAZIONE DELL'EMERGENZA
E MODELLI D'INTERVENTO
SOCIO-ECONOMICI**

a cura di Giancarlo Scalese

DEMOCRAZIA E DIRITTI SOCIALI

e-ISSN 2610-9166

Fascicolo speciale

PANDEMIA, NORMAZIONE DELL'EMERGENZA E MODELLI D'INTERVENTO SOCIO-ECONOMICI

Direttore scientifico e responsabile
LUIGI DI SANTO

Vicedirettore
GENNARO GIUSEPPE CURCIO

Comitato scientifico

GIUSEPPE ACOCELLA (*Università di Napoli Federico II*) - EDOARDO ALES (*Università di Napoli Parthenope*) - DANIELE CANANZI (*Università Mediterranea di Reggio Calabria*) - ANTIMO CESARO (*Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"*) - GENNARO GIUSEPPE CURCIO (*Istituto Internazionale Jacques Maritain - Roma*) - MARIA D'ARIENZO (*Università di Napoli Federico II*) - LUIGI DI SANTO (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - MAURIZIO ESPOSITO (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - ENRICO FERRI (*Università Niccolò Cusano*) - JOSÉ ANTONIO GARCÍA LÓPEZ (*Universidad de Jaén*) - NADER HAKIM (*Université de Bordeaux*) - JOSÉ ALBUCCÓ HENRÍQUEZ (*Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez*) - FLOR MARIA AVILA HERNANDEZ (*Universidad Católica de Colombia*) - MARGHERITA INTERLANDI (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - NATALIA KOCHKINA (*Taras Shevchenko National University of Kyiv*) - SEBASTIANO MAFFETTONE (*Università Luiss Guido Carli*) - FRANCESCO MANCUSO (*Università di Salerno*) - LAURA MOSCATI (*Sapienza Università di Roma*) - PASQUALE PASSALACQUA (*Università di Cassino e del Lazio Meridionale*) - JULIO EDMUNDO PLAZA (*Universidad Nacional de Tucumán*) - ANTONIO PUNZI (*Università Luiss Guido Carli*) - GIUSEPPE RECINTO (*Università di Napoli Federico II*) - RENATO RUA DE ALMEIDA (*Pontificia Universidade Católica de São Paulo*) - STEFANO ZAMAGNI (*Università di Bologna*)

Comitato di redazione

GIULIO DONZELLI (*Coordinatore editoriale*) - NAUSICA LUCIA GUGLIELMO (*Caporedattore*) - LETIZIA SCHIETROMA (*Segreteria di redazione*) - ANDREA AVERSANO - FRANCESCO CAVINATO - ALESSANDRO CONTI - ALESSANDRA GARGANO - MARIKA GIMINI - SARAH GRIECO - MICHELE IASELLI - RAFFAELE MAIONE - ROSSELLA PINELLI - PIER FRANCESCO SAVONA

INDICE

Editoriale	5
GIANCARLO SCALESE, <i>Presentazione</i>	7

PARTE I DIRITTO INTERNO E INTERNAZIONALE

CAMILLO VERDE, <i>Introduzione</i>	11
MARCO BADAGLIACCA, <i>Circostanze eccezionali, cancellazione del volo e diritti dei passeggeri</i>	13
CARLO BERSANI, <i>Eccezione, amministrazione, diritto coloniale in un “parere” di Santi Romano</i>	27
FRANCESCO BUONOMENNA, <i>L’identità della governance economica europea messa alla “prova” nelle misure anticrisi</i>	37
STEFANO CHERTI, <i>Gli effetti del “Coronavirus” sui contratti di locazione commerciale</i>	49
GIUSEPPE DELLA MONICA, <i>Il “distanziamento processuale”: misura dell’emergenza o prospettiva di riforma?</i>	65
LUIGI DI SANTO, <i>L’impatto del Covid-19 sullo stato dei diritti sociali</i>	81
MASSIMO LUIGI FERRANTE, <i>Responsabilità penale dei medici e pandemia</i>	97
MARIKA GIMINI, <i>Ordinamento sportivo e legislazione emergenziale</i>	109
MARÍA JOSÉ CARAZO LIÉBANA, <i>Limitación versus suspensión de derechos en el estado de alarma consecuencia de la Covid-19: el caso español</i>	121
FRANCESCO MAIELLO, <i>La possibile sospensione dei Trattati UE in conseguenza delle altre parti contraenti e l’inutilizzabilità del MES per far fronte alla pandemia da Covid-19</i>	151
RAFFAELE MAIONE, <i>Emergenza Covid-19: nota in margine alla pronuncia del Giudice di Pace di Frosinone sentenza n. 513/2020. Il ruolo chiave dell’invocata illegittimità dei provvedimenti del Governo</i>	175

JORGE LOZANO-MIRALLES, <i>Los mecanismos institucionales para la gestión de la pandemia Covid-19. El caso español</i>	191
FULVIO MARIA PALOMBINO, <i>Golden Power e Power to Regulate a fronte dell'emergenza sanitaria: due facce della stessa medaglia</i>	211
PASQUALE PASSALACQUA, <i>La tortuosa strada del "blocco" dei licenziamenti durante la Pandemia attraverso il susseguirsi dei decreti legge fino alla legge di bilancio per il 2021</i>	223
FULVIO PASTORE, <i>Alcune brevi considerazioni sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito dell'emergenza Covid-19</i>	255
MARIA PORCELLI, <i>Covid-19 e responsabilità contrattuale: brevi riflessioni a margine dell'art. 91 del decreto "Cura Italia"</i>	263
IMMACOLATA PRISCO, <i>I contratti turistici tra normativa dell'emergenza, regole di settore e disciplina generale del contratto</i>	273
STEFANO REALI, <i>Il contributo a fondo perduto dell'art. 25 del decreto legge n. 34 del 19 maggio 2020: la ratio legis, la natura e le (tante) criticità della sua disciplina sostanziale</i>	285
STEFANO RECCHIONI, <i>Il cigno nero della pandemia Covid-19 e il processo civile: in difesa della audientia</i>	301
TOMMASO ALESSIO SALEMME, <i>Il contributo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità nella gestione della crisi sanitaria</i>	313
GIANCARLO SCALESE, <i>Il destino della clausola rebus sic stantibus quale causa d'inefficacia dei trattati tra situazioni emergenziali e interpretazioni evolutive</i>	331
ALBERTO MATTIA SERAFIN, <i>«Straordinarietà» e «imprevedibilità» dell'evento pandemico ex artt. 1467 ss. cod. civ.</i>	359
ANNA LUCIA VALVO, <i>Il nuovo ordine mondiale e le nuove minacce non convenzionali alla sicurezza degli Stati</i>	379
ISABEL RAMOS VÁZQUEZ, <i>La epidemia de 1918-1919 y la acción del Estado en España</i>	387
CAMILLO VERDE, <i>La nomogenesi restrittiva dello status personae nel contesto emergenziale</i>	407

PARTE II
AREA SOCIO-ECONOMICA E FINANZIARIA

VINCENZO FORMISANO, <i>Introduzione</i>	423
SIMONA BALZANO, MARIO ROSARIO GUARRACINO, LUISA NATALE, GIOVANNI CAMILLO PORZIO, <i>Monitoraggio del rischio sanitario ed emergenza Covid-19: alcune note a margine del d.m. salute 30 aprile 2020</i>	425
MARCELLO DE ROSA, ALESSIA MALLOZZI, CARLO RUSSO, <i>La resilienza delle aziende agricole di fronte al Covid-19</i>	445
MAURIZIO ESPOSITO, ELENA ADDESSI, <i>Il servizio sociale in Italia al tempo della pandemia. Per una presa in carico globale delle fragilità sociali</i>	465
MARIA FEDELE, VINCENZO FORMISANO, <i>La pandemia da Covid-19: uno shock esogeno anche per le imprese. Lo stato dell'arte del dibattito scientifico in ottica manageriale</i>	477
FRANCESCO FERRANTE, FABIO D'ORLANDO, <i>Modelli di regolazione sociale post Covid-19</i>	501
ANDREA FONTANELLA, <i>La responsabilità professionale medica oggi: da eroi ad inquisiti</i>	521
MASSIMILIANO FREZZA, SERGIO BIANCHI, AUGUSTO PIANESE, <i>L'impatto della pandemia Covid-19 sull'efficienza dei mercati azionari</i>	527
MARCO LACCHINI, SIMONE MANFREDI, MATTEO PALMACCIO, FLORINDA PETRECCA, <i>L'impatto dell'emergenza Covid-19 sull'economicità delle aziende e i riflessi in tema di continuità aziendale</i>	545
FRANCESCO MINNETTI, <i>Le banche nel finanziamento alle imprese nell'era del Covid-19 fra la politica espansiva della BCE e le misure di sostegno finanziario attivate dal Governo italiano</i>	567
MARCELLO SANSONE, ROBERTO BRUNI, ANNARITA COLAMATTEO, MARIA ANNA PAGNANELLI, <i>Strategie responsabili emergenti post Covid-19: Insights dai consumatori</i>	601
FRANCESCO ZEZZA, GENNARO ZEZZA, <i>L'economia italiana ai tempi del Covid-19</i>	613

EDITORIALE

Quando il Professore Giancarlo Scalse ci ha proposto di pubblicare uno studio trasversale delle problematiche giuridiche, economico-finanziarie e sociali collegate al diffondersi del virus “SARS-COV-2” in un Numero speciale della nostra rivista *Democrazia e Diritti Sociali* ne abbiamo subito percepito il senso della responsabilità sul piano sociale e l’importanza della iniziativa sul piano scientifico. Raccogliere contributi così prestigiosi pensati da studiosi di diversa formazione, e non solo appartenenti al Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell’Università di Cassino e del Lazio Meridionale, ha arricchito enormemente la nostra rivista. Ringrazio tutti i colleghi che hanno contribuito con i loro lavori. La prospettiva dalla quale tutti i saggi sono partiti è quella di guardare alla pandemia nella direzione di una rottura all’interno della storia recente. Sicuramente la realtà che stiamo vivendo mette in primo piano la crisi di alcune delle diadi che hanno caratterizzato la nostra storia dal secondo dopoguerra ad oggi, a partire da quella tra salute e sicurezza. Si ridiscute di fasce vulnerabili, dei diritti fondamentali. Assume, la fragilità, un senso tutto nuovo rispetto al passato. Nel primo *lockdown* abbiamo riconsiderato termini che forse nella velocità informazionale, nello stordimento quotidiano, abbiamo dato per scontato. Parole come “preoccupazione”, “paura”, “rabbia”, “frustrazione”, “senso di colpa”, “impotenza” trovano sede in un tessuto sociale da un lato inaridito da stadi perversi di incoscienza, dall’altro si presentano in una prospettiva nuova, di rinascita, di resilienza, attraverso la quale si può e si deve riflettere sui meccanismi idonei ad una ripresa complessiva.

Partendo da questa considerazione siamo di fronte ad una doppia condizione: la pandemia che può fare due cose. Può rallentare il cambiamento dentro un tempo compresso ma può anche accelerare il cambiamento, lo può radicalizzare, lo può far diventare *novum*. La pandemia ha prodotto, nel sistema socioeconomico e politico, uno stato di shock che vuol dire “andare in diverse direzioni”, definibili in tre ambiti: le libertà, i diritti sociali, la struttura economico-industriale. Il primo punto è quello relativo all’interruzione della qualità della vita. La seconda cosa è la percezione del sentimento di pericolo comune che, a nostro modo di vedere, è stato generato anche da un’errata valutazione della responsabilità singola e collettiva. E poi c’è un livello, anche questo da tenere in conto, che è quello della sorte comune: probabilmente, per la prima volta, questa crisi ci porta a pensare che c’è una generazione oltre la nostra.

Quindi, anche senza accorgercene, abbiamo già avuto la sensazione che c'è stato un cambiamento nella nostra mentalità, nel suo modo di porre le questioni, anche involontariamente. È come se il virus fosse seduto accanto a noi, parlasse con noi e in qualche modo trasformasse non solo il dato biologico ma soprattutto il dato esistenziale. E questo significa che il cambiamento è già in atto. Sta a coloro i quali sono impegnati nella ricerca ancora una volta, come ha saggiamente affermato il Professore Scalese, curatore del Volume, nella sua *Presentazione*, sottolineare «il decisivo e non trascurabile ruolo che l'Accademia assolve nella trattazione di problematiche reali, a fronte di un concreto pericolo quale quello in atto, che affligge l'Umanità tutta».

LUIGI DI SANTO

PRESENTAZIONE

Il Volume nasce dall'iniziativa, intrapresa da un gruppo di studiosi afferenti al Dipartimento di Economia e Giurisprudenza dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale, di dar vita a uno studio trasversale delle problematiche giuridiche, economico-finanziarie e sociali collegate al diffondersi del virus "SARS-COV-2" su scala planetaria.

Il lavoro si è avvalso pure del prezioso contributo di autorevoli docenti delle Università "Kore" di Enna, di Napoli "Federico II", di Jaén (Spagna), e di Roma "Sapienza", nonché di illustri professionisti e di taluni giovani e valenti ricercatori.

L'opera, il cui intento è ben esplicitato dal suo titolo, si divide in due sezioni: una prima dedicata all'approfondimento delle delicate questioni giuridiche che la normazione dell'emergenza, adottata dai Governi per far fronte all'attuale stato di necessità, pone dal punto di vista del diritto interno e internazionale; una seconda dedicata all'analisi degli aspetti sociologici, economico-finanziari e aziendalistici, inerenti al radicarsi dello stato di pandemia *de quo* che, a tutt'oggi, coinvolge la maggior parte delle Nazioni del Mondo.

Ne è scaturito un rilevante affresco di contributi di assoluto rilievo e innovativi, di certo suscettibili di segnare l'evoluzione del pensiero scientifico nei vari campi d'indagine affrontati, dimostrando ancora una volta, semmai ce ne fosse bisogno, il decisivo e non trascurabile ruolo che l'Accademia assolve nella trattazione di problematiche reali, a fronte di un concreto pericolo quale quello in atto, che affligge l'Umanità tutta, in perfetta armonia, del resto, con il motto dell'Ateneo cassinate *sol per noctem*.

La realizzazione di questo volume – che, grazie all'omaggio del professore Luigi Di Santo nella sua qualità di Direttore della rivista *Democrazia e Diritti Sociali*, vede oggi la luce nella sua veste telematica, cui seguirà pure una pubblicazione cartacea – non sarebbe stata possibile senza l'insostituibile ausilio organizzativo di taluni valenti colleghi, quali i professori Fulvio Pastore, Camillo Verde e Vincenzo Formisano e la generosa attività di collaborazione dei dottori Giulio Donzelli e Mariateresa Fappiano.

A tutti i contributori va il mio più sincero ringraziamento per il considerevole impegno profuso.

Cassino, 21 dicembre 2020

GIANCARLO SCALESE

PARTE I
DIRITTO INTERNO E INTERNAZIONALE

INTRODUZIONE

«Tanto noi [giuristi, n.d.a.] quanto loro [medici, n.d.a.] operiamo sull'uomo; varia il punto di vista ché essi lo considerano in sé, come individuo e perciò come tutto, e noi in relazione con gli altri uomini, come cittadino e così come parte; ma la materia è sempre una: la divina umanità. Il giurista pratico, che ha almeno tre incarnazioni: legislatore, giurista e avvocato, taglia, come il medico, sulla carne viva; così anche quando, anziché di me o di te si tratta del mio o del tuo, poiché, a questo mondo, non v'è un coltello per separare l'essere dall'aver»¹.

Così esordiva Francesco Carnelutti in un celebre saggio del 1935, tracciando un fecondo parallelo tra la scienza medica e quella giuridica, al fine d'esortare la seconda ad indagare i fenomeni umani con quelle stesse *realità e concretezza* dalle quali la prima, evidentemente, non ha mai potuto prescindere. Gli echi del suggestivo paragone, e della conseguente sollecitazione, risuonano vivissimi ancora oggi, a fronte dell'evenienza pandemica da Covid-19, che, manifestatasi al principio dell'anno 2020, continua a propagare i suoi tragici effetti. Agli immani sforzi impiegati dal personale sanitario per far fronte all'emergenza, devono necessariamente combinarsi, senza che ciò appaia irriverente, le riflessioni dei giuristi, tanto italiani, quanto stranieri.

In questa prima parte del volume, valenti studiosi si confrontano, dunque, con alcune questioni giuridiche, invero variegata e complesse, emerse nella fase emergenziale. Molteplici le aree disciplinari rappresentate, ed altrettante le sensibilità emergenti negli scritti qui raccolti, i quali registrano una proiezione non solo interna, ma anche euro-unitaria e internazionale, in piena coerenza alla dimensione globale assunta dalla crisi – dapprima sanitaria, e poi economico-sociale – scatenata dalla pandemia.

Si susseguono quindi testimonianze volte ora ad inscrivere il «diritto dell'emergenza» entro una riflessione di taglio ampio, che non perda di vista né i principi generali del sistema ordinamentale, né le radici della storia, con significativi raffronti rispetto alle epidemie passate; ora, invece, a scandagliare i suoi profili più specifici, in particolare mediante l'analisi delle misure adottate dal legislatore nazionale ed europeo, sì da offrire agli operatori del diritto le coordinate ermeneutiche per risolvere agevolmente casi pratici. Nel loro insieme, i contributi restituiscono quindi al lettore un'immagine ricca, densa di sfumature, la cui poliedricità fa omaggio all'intrinseca «complessità» dell'esperienza giuridica.

CAMILLO VERDE

¹ F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1935, p. 169.

CIRCOSTANZE ECCEZIONALI, CANCELLAZIONE DEL VOLO E DIRITTI DEI PASSEGGERI

1. Premessa - 2. Impedimenti del vettore e cancellazione del volo - 3. Diritto al rimborso o all'imbarco su un volo alternativo - 4. Il diritto all'assistenza - 5. Il diritto alla compensazione pecuniaria e la nozione di circostanza eccezionale - 6. L'intervento legislativo italiano - 7. Alcune considerazioni

1. Premessa

Uno dei settori più colpiti dall'epidemia legata al coronavirus è stato senza dubbio quello dei trasporti. Al fine di limitare i contagi, infatti, tutti i Paesi hanno adottato misure per limitare i contatti tra le persone e, quindi, gli spostamenti.

In Italia, in data 23 febbraio 2020, è stato adottato il d.l. n. 6 recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19».

In forza dell'art. 3, che ha rimesso ad uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri l'attuazione delle misure di contenimento indicate negli art. 1 e 2, è stato emanato il DPCM 23 febbraio 2020, con cui, per la parte che qui interessa, venivano presi, *ex art. 1*, i seguenti provvedimenti: *lett. a)* divieto di allontanamento da alcuni comuni delle Regioni Lombardia e Veneto, da parte di tutti gli individui comunque presenti negli stessi; *b)* divieto di accesso in tali Comuni; *m)* sospensione dei servizi di trasporto di merci e di persone, terrestre, ferroviario, nelle acque interne e pubblico locale, anche non di linea.

Successivamente, con la l. 5 marzo 2020 n. 13 di conversione del d.l. n. 6/2020, le misure di cui alla *lett. m)* venivano applicate anche al trasporto aereo.

Con l'aggravarsi della situazione epidemiologica, i provvedimenti si estendevano, con il DPCM del 9 marzo 2020, all'intero territorio nazionale. Le restrizioni venivano successivamente e gradatamente ridotte¹.

A seguito di tali iniziative, nel settore aereo si è assistito da un lato alla cancellazione di voli da parte dei vettori, dall'altro all'impossibilità da parte dei passeggeri di usufruire del volo in quanto colpiti dai provvedimenti restrittivi sopra ricordati.

¹ Per la cronologia dei provvedimenti si rinvia al sito <http://www.governo.it/it/iorestoacasa-misure-governo>.

In entrambe le fattispecie, dunque, l'esecuzione di trasferimento non si è potuta realizzare per cause non imputabili alle parti contrattuali, venendosi così a configurare le ipotesi di c.d. impedimenti alla partenza, che trovano disciplina negli art. 945 e 947 del codice della navigazione.

Nel presente elaborato ci si soffermerà sulle previsioni dell'art. 945. cod. nav., non esaminando, per mere ragioni editoriali, l'aspetto legato all'impedimento alla partenza da parte del passeggero.

2. Impedimenti del vettore e cancellazione del volo

In particolare, l'art. 947 cod. nav., rubricato "Impedimenti del vettore", dispone che «in caso di negato imbarco, di soppressione o ritardo della partenza, di interruzione del viaggio, anche per cause di forza maggiore, il passeggero ha i diritti previsti dalla normativa comunitaria» (art. 947, comma 1). Il rinvio è da intendersi al regolamento n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato².

La fattispecie che interessa in questa sede è quella relativa alla cancellazione del volo (o soppressione per usare le parole dell'art. 947 cod. nav.), dovendosi intendere con tale espressione, ex art. 2, lett. J), del reg. (CE) 261/04, la mancata effettuazione di un volo originariamente previsto e sul quale sia stato prenotato almeno un posto.

La Corte di Giustizia, ha inoltre chiarito che «gli artt. 2, lett. J), 5 e 6 del reg. (CE) n. 261/04 devono essere interpretati nel senso che un volo ritardato, a prescindere dalla durata del ritardo e quand'anche essa sia stata significativa, non può essere considerato cancellato quando è realizzato in conformità della programmazione originariamente prevista dal vettore aereo»³.

² Per la bibliografia sul reg. (CE) 261/2004 nei suoi aspetti generali si vedano, tra i tanti, E. ROSAFIO, *Il negato imbarco, la cancellazione del volo e il ritardo nel trasporto aereo di persone: il regolamento n.261/2004/CE*, in *Giustizia civile*, 2004, p. 469; M. DEIANA (a cura di), *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, Cagliari, 2005; L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (CE) n. 261/2004*, in *Diritto dei trasporti*, 2009, p. 367; M. BRIGNARDELLO, *La tutela del passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, Torino, 2013. Per l'ambito di applicazione del Regolamento vedi l'art. 3, § 2. In giurisprudenza cfr. Corte di Giustizia UE, 10 luglio 2008, in causa C-173/07, Emirates Airlines c. Schenkel, in *Diritto dei trasporti*, 2009, p. 157, con nota di B. BIANCHINI, *Sull'ambito di applicazione del reg. (Ce) n. 261/2004 su negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*. Su tale sentenza vedi altresì le osservazioni di L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (CE) n. 261/2004*, cit., p. 367.

³ Corte di Giustizia UE, 19 novembre 2009, in causa C-402/07 e C-432/07, Sturgeon c. Air France, in *Diritto dei trasporti*, 2010, p. 113, con nota di V. CORONA, *La compensazione pecuniaria per il ritardo aereo tra diritto positivo e giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia*, in *Il Diritto marittimo*, 2011, p. 109, con nota di M.

3. Diritto al rimborso o all'imbarco su un volo alternativo

Così individuata la corretta nozione di cancellazione del volo, occorre ora soffermarsi su quali siano le tutele che il Regolamento accorda ai passeggeri.

Ai sensi della normativa comunitaria, il passeggero ha innanzi tutto diritto ad ottenere, *ex art. 5, paragrafo 1, lett. a)*, le forme di assistenza individuate nell'art. 8, che possono sintetizzarsi in una scelta tra:

- a) il rimborso entro sette giorni del prezzo pieno del biglietto;
- b) l'imbarco su un volo alternativo verso la destinazione finale non appena possibile; o
- c) l'imbarco su un volo alternativo verso la destinazione finale, ad una data successiva di suo gradimento, a seconda delle disponibilità di posti.

Appare inopinabile che la scelta tra il rimborso del prezzo del biglietto o l'imbarco su un volo successivo – non appena possibile o ad una data successiva di gradimento del passeggero – sia rimessa alla mera discrezionalità di quest'ultimo.

Né a diversa interpretazione si giunge a seguito della lettura della Comunicazione del 18 marzo 2020 resa dalla Commissione Europea⁴ ove si afferma semplicemente che «il rimborso del prezzo del biglietto oppure il servizio alternativo di trasporto in una data successiva “a discrezione del passeggero” potrebbe rappresentare un'opzione preferibile per il passeggero medesimo».

Per quanto attiene all'ulteriore aspetto, relativo alle modalità di erogazione del rimborso, l'art. 8, paragrafo 1, lett. a), afferma che al passeggero è offerta la possibilità di ottenere il rimborso «secondo quanto previsto nell'articolo 7, paragrafo 3»⁵. Si può pertanto affermare che anche per il pagamento del rimborso dovuto in ipotesi di cancellazione del volo possano essere scelte dal passeggero quelle modalità ivi indicate, tra cui assumono rilievo il rimborso per così dire *cash*, o il *voucher*, qualora accettato dal passeggero.

STUCCHI, *La Corte di Giustizia interviene nuovamente in tema di cancellazione del volo*. In forza di questa sentenza è stata, inoltre, parificata la posizione del passeggero vittima di un volo cancellato a quella di un volo ritardato per la durata uguale o maggiore di tre ore. In materia vedi anche J. BALFOUR, *Eu Regulation 261 and Compensation for Delay: the Advocate General's Opinion in the References re Sturgeon*, in *Air & Space Law*, 2012, p. 377; U. STEPLER, K.S. MEIGEL, *Compensation for Delay further to Sturgeon only if Delay occurs Cumulatively upon Departure and Arrival*, in *ASL*, 2012, p. 497.

⁴ Bruxelles, 18.3.2020 C (2020) 1830.

⁵ Art. 7, paragrafo 3, ai cui sensi «la compensazione pecuniaria di cui al paragrafo 1 è pagata in contanti, mediante trasferimento bancario elettronico, con versamenti o assegni bancari, o, previo accordo firmato dal passeggero, con buoni di viaggio e/o altri servizi».

Sulla questione è, peraltro, intervenuta anche l'Unione Europea, con una Raccomandazione del 13 maggio 2020⁶. In particolare, nel suo considerando numero 8, si legge che «il rimborso può essere effettuato in denaro o sotto forma di buono. Il rimborso mediante buono è possibile tuttavia solo se il passeggero accetta», rinviando a quanto previsto dall'articolo 7, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 261/2004.

Coerentemente, anche nell'art. 1 della Raccomandazione si argomenta in merito a buoni che i vettori possono proporre ai passeggeri, ferma restando la loro volontaria accettazione, come alternativa al rimborso in denaro in caso di cancellazione del volo, a partire dal 1° marzo 2020, per motivi legati alla pandemia di Covid-19, nel quadro dell'articolo 8, paragrafo 1, lett. a), in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 261/2004.

Così come, dunque, il passeggero ha il diritto di scegliere il tipo di tutela, tra rimborso, volo alternativo appena disponibile, o volo alternativo in una data di suo gradimento, ha altresì il diritto di scegliere la modalità del rimborso.

4. Il diritto all'assistenza

Tra gli ulteriori diritti che il Regolamento 261/04 riconosce in capo al passeggero rientra quello all'assistenza di cui all'art. 9, consistente in somministrazione di pasti e bevande, sistemazioni in albergo, telefonate gratuite, alle condizioni, termini e modi indicati nell'art. 5, paragrafo 1, lett. b), e nello stesso art. 9.

Tale diritto persiste in favore dei passeggeri fino al momento dell'imbarco sul volo alternativo, a prescindere dalla durata del tempo intercorso tra il volo cancellato e quello successivo appena possibile messo a disposizione dal vettore. La stessa Commissione ha precisato a tal proposito nella Comunicazione interpretativa⁷ come il fine della disposizione regolamentare sia quello di tutelare il passeggero che si trovi in attesa del volo alternativo, anche se dovesse intercorrere un lungo lasso temporale, a prescindere dal costo del biglietto aereo, tenendo in considerazione, al

⁶ Raccomandazione (UE) 2020/648 della Commissione del 13 maggio 2020.

⁷ Paragrafo 4.3 della Comunicazione «Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19».

fine di commisurare le forme di assistenza da erogare, solo l'esigenze del passeggero nelle circostanze del caso, quali ad esempio la durata del tempo di attesa⁸.

Né può assumere rilevanza, per esonerare il vettore dal dovere di provvedere a dette forme assistenziali, il fatto che la cancellazione del volo sia dipesa da circostanze eccezionali. Infatti, tale esonero, menzionato nell'art. 5, paragrafo 3, è posto in relazione unicamente al pagamento della compensazione pecuniaria di cui all'art. 7, che rappresenta l'ulteriore forma di tutela per il passeggero, diversa dal diritto all'assistenza di cui all'art. 9⁹.

In effetti, la struttura del Regolamento prevede l'obbligo dell'assistenza prescindendo dall'imputabilità in capo al vettore della causa che ha determinato la cancellazione e, quindi, dalla presenza o meno di una circostanza eccezionale, tanto che l'omessa assistenza nei confronti del passeggero legittima quest'ultimo ad ottenere il risarcimento del danno, come chiarito dalla Corte di Giustizia, secondo cui «quando un vettore viene meno agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 8 e 9, i passeggeri possono legittimamente far valere un diritto al risarcimento sulla base degli elementi di cui ai citati articoli»¹⁰, con la precisazione che le spese affrontate dai passeggeri devono essere necessarie, appropriate e ragionevoli¹¹.

Occorre, peraltro, ricordare che ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 69/2006 il vettore aereo che viola le disposizioni previste dall'articolo 5 del Regolamento, non rispettando le procedure ivi in-

⁸ Sul punto confronta in motivazione Corte di Giustizia UE, 31 gennaio 2013, in causa C-12/11, McDonagh c. Ryanair, in *Diritto dei trasporti*, 2015, p. 791, con nota di D. RAGAZZONI, *Assistenza illimitata in caso di cancellazione del volo dovuta a circostanze eccezionali: l'eruzione del vulcano Eyjafjallajökull*; in argomento vedi anche M. COMENALE PINTO, *Obblighi del vettore e diritti del passeggero nei casi di impossibilità del trasporto aereo, con specifico riferimento al caso delle ceneri vulcaniche del 2010*, in *Cuestiones actuales del derecho aéreo* (coordinato dal M.J. Guerrero Lebrón), Madrid, 2012, p. 219.

⁹ Ancora Corte di Giustizia UE, 31 gennaio 2013, in causa C-12/11, McDonagh c. Ryanair, cit., p. 791; in proposito vedi anche Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 2015, n. 12088, in *Diritto dei trasporti*, 2016, p. 831, con nota di A. CARDINALI, *La risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da inadempimento degli obblighi di assistenza del vettore aereo*. Vedi anche le osservazioni di R. GENOVESE, *Il concetto di "circostanza eccezionale" e i diritti dei passeggeri aerei*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2017, p. 554, anche in riferimento a quanto previsto dalla proposta di modifica del Regolamento 261/04 che prevede proprio delle disposizioni in favore del vettore in ordine alla somma da corrispondere al passeggero a titolo di assistenza per vitto e alloggio.

¹⁰ Corte di Giustizia UE, 13 ottobre 2011, in causa C-83/10, Rodriguez ed altri c. Air France, in *Diritto dei trasporti*, 2012, p. 193, con nota di V. CORONA, *Il risarcimento per l'inadempimento degli obblighi di assistenza del vettore aereo*. Sulla natura giuridica degli obblighi di assistenza si veda L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (ce) n. 261/2004*, cit., p. 368; V. CORONA, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, nota a Corte di Giustizia UE, 10 gennaio 2006, in causa C-344/04, IATA e altri c. Department of Transport, in *Diritto dei trasporti*, 2006, p. 851.

¹¹ Così la già citata Corte di Giustizia UE, 31 gennaio 2013, in causa C-12/11, McDonagh c. Ryanair, cit., p. 791.

dicate, che prevedono quindi anche le forme di assistenza di cui all'art. 9, è punito con la sanzione amministrativa da euro diecimila ad euro cinquantamila¹².

5. Il diritto alla compensazione pecuniaria e la nozione di circostanza eccezionale

Un'ulteriore tutela accordata al passeggero in caso di cancellazione del volo è individuata nell'art. 5, lett. c), e nell'art. 7, con la previsione del diritto ad una compensazione pecuniaria¹³ – sebbene subordinato ad alcuni inadempimenti agli obblighi di informazione cui avrebbe dovuto provvedere il vettore¹⁴ – il cui importo varia in relazione al chilometraggio della tratta del volo, da un minimo di 250,00 euro ad un massimo di 600,00 euro¹⁵, con la previsione di una riduzione del 50% dell'importo previsto al verificarsi di ulteriori condizioni¹⁶.

Senza soffermarsi sulla ipotesi in cui il vettore abbia rispettato i doveri di comunicazione di cui all'art. 5, paragrafo 1, lett. c), appare più interessante esaminare la seconda ipotesi di esonero dall'obbligo di corrispondere la compensazione: la dimostrazione che la cancellazione del volo sia dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso (art. 5, paragrafo 3).

In ragione dell'assenza di una definizione resa dal Regolamento, la Corte di Giustizia è stata interpellata più volte per chiarire se le fattispecie sottoposte di volta in volta alla sua attenzione rientrassero nel novero di tale espressione.

Se è vero, infatti, che alcuni esempi potrebbero ricavarsi dall'elencazione contenuta nel considerando n. 14 (che parla di instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili con l'effettuazione del volo in questione, rischi per la sicurezza, ecc.), occorre tuttavia sottolineare che

¹² Si fa riferimento al d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 69. In materia vedi V. CORONA, *L'(in)efficacia del reg. (CE) n. 261/2004 sui poteri degli organismi nazionali*, nota a Corte di Giustizia UE, 17 marzo 2016, in cause riunite C-145/15 e C-146/15, Ruijsenaars c. Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, in *Diritto dei trasporti*, 2016, p. 791.

¹³ Sulla natura giuridica di tale compensazione si vedano le riflessioni di L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (CE) n. 261/2004*, cit., p. 367.

¹⁴ Per i dettagli di tali obblighi informativi si rimanda alla lettura dell'art. 5.

¹⁵ Vedi in particolare l'art. 7, paragrafo 1. Per la corretta determinazione delle distanze si veda quanto deciso da Corte di Giustizia UE, 7 settembre 2017, in causa C-559/16, Bossen e altri c. Brussels Airlines, in *Diritto dei trasporti*, 2017, p. 991, con nota di A. CARDINALI, *Computo delle distanze ai fini della compensazione pecuniaria in caso di coincidenza di voli nel reg. (CE) n. 251/2004*.

¹⁶ Per le quali si rinvia a quanto disposto dall'art. 7, paragrafo 2.

detti accadimenti non possono essere interpretati di per sé come circostanze eccezionali, essendo in realtà solo una esemplificazione di avvenimenti in presenza dei quali esse potrebbero sorgere¹⁷.

Pertanto, al fine di comprendere se una emergenza sanitaria come il c.d. coronavirus possa rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 5, paragrafo 3, è preliminare la corretta determinazione dell'espressione impiegata dal legislatore comunitario.

Alcune indicazioni si possono trarre dalla stessa Corte di Giustizia, che, chiamata a pronunciarsi su tale nozione nell'ipotesi di un guasto tecnico al motore di un aeromobile, ha spiegato, nelle motivazioni, quali siano le modalità da seguire per comprendere se la fattispecie possa rientrare in una circostanza eccezionale¹⁸. Spiega la Corte che la determinazione del significato deve operarsi conformemente al senso abituale nel linguaggio corrente, tenendo conto al contempo del contesto in cui i termini sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte, dovendosi inoltre procedere con una interpretazione restrittiva nel caso in cui l'espressione ricorra in disposizioni che costituiscono una deroga a norme comunitarie dirette a tutelare i consumatori. Precisa, inoltre, la Corte, che il fine perseguito dalla normativa lo si rinviene nel preambolo dell'atto comunitario.

Seguendo l'*iter* argomentativo della Corte, gli obiettivi perseguiti dal Regolamento 261/04 si rinvergono nel primo e secondo considerando, ove si precisa che l'intervento comunitario in materia di trasporti mira ad assicurare un adeguato livello di protezione a favore del passeggero. A tal fine è stata prevista, al verificarsi di determinate condizioni, anche la compensazione pecuniaria, salva l'eventualità che la cancellazione del volo sia dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero potute comunque evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso¹⁹.

¹⁷ In tal senso cfr. in motivazione Corte di Giustizia UE, 22 dicembre 2008, in causa C-549/07, Wallentin-Hermann c. Alitalia, in *Diritto dei trasporti*, 2009, p. 801, con nota di V. CORONA, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*. Su tale sentenza vedi anche L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (CE) n. 261/2004*, cit., p. 367; C. DI PALMA, *Responsabilità del vettore aereo nel caso di cancellazione del volo: i problemi tecnici non sempre escludono il diritto al risarcimento del ritardo del passeggero*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 827; F. VALERINI, *La compagnia aerea risponde del ritardo dovuto a "problemi tecnici"*, in *Dottrina & Giurisprudenza*, 2009, p. 98. Rileva la problematicità sin dall'emanazione del Regolamento della nozione di circostanza eccezionale, R. GENOVESE, *Il concetto di "circostanza eccezionale" e i diritti dei passeggeri aerei*, cit., p. 554.

¹⁸ Il riferimento è a Corte di Giustizia UE, 22 dicembre 2008, in causa C-549/07, Wallentin-Hermann c. Alitalia, cit., p. 801.

¹⁹ Sulla nozione di "misure del caso" di cui all'art. 5, paragrafo 3, del Regolamento 261/04 che dovrebbero essere adottate per far fronte alle circostanze eccezionali vedi Corte di Giustizia UE, 12 maggio 2011, in causa C-294/10, Eglitis e Ratnieks c. Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija, cit. Sulla indeterminatezza di tale nozione vedi R. GENOVESE, *Il concetto di "circostanza eccezionale" e i diritti dei passeggeri aerei*, cit., p. 554.

Poiché, pertanto, tale esonero rappresenta una deroga alle norme dirette a tutelare il passeggero consumatore, ne consegue che tale espressione deve essere interpretata in modo restrittivo²⁰.

Ponendo alla base del suo ragionamento tali principi, la Corte²¹ giunge a statuire che «un problema tecnico occorso ad un aeromobile e che comporta la cancellazione di un volo non rientra nella nozione di circostanze eccezionali [...] a meno che detto problema non derivi da eventi che, per la loro natura o la loro origine, non siano inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo e sfuggano al suo effettivo controllo», quale sarebbe un vizio di fabbricazione nascosto che incide sulla sicurezza dei voli o danni causati agli aeromobili da atti di sabotaggio o di terrorismo.

Sembrirebbe potersi affermare, pertanto, che l'esonero di cui si discute sorga quando si sia in presenza di accadimenti che ordinariamente non si verificano e non si presentino nella quoti-

²⁰ Per alcuni rilievi critici in ordine all'interpretazione restrittiva proposta dalla Corte si veda V. CORONA, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*, cit., p. 801.

²¹ Corte di Giustizia UE, 22 dicembre 2008, in causa C-549/07, Wallentin-Hermann c. Alitalia, cit., p. 801. Sulla medesima sentenza vedi anche A. MILNER, *Regulation EC 261/2004 and "Extraordinary Circumstances"*, in *Air & Space Law*, 2009, p. 216; sulla nozione di circostanze eccezionali vedi anche M. CIMMINO, *Responsabilità del vettore aereo, esonero dall'obbligo della compensazione pecuniaria e nozione di circostanze eccezionali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, p. 304; M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., p. 57. Le sentenze rese sulla nozione di circostanze eccezionali sono molteplici: Corte di Giustizia UE, 27 settembre 2007, in causa C-396/06, Kramme c. SAS Scandinavian Airlines Danmark, con nota di M. STUCCHI, *Cancellazione del volo e diritto del passeggero*, in *Diritto del turismo*, 2008, p. 378; Corte di Giustizia UE, 19 novembre 2009, in causa C-402/07 e C-432/07, Sturgeon c. Air France, cit., p. 113; Corte di Giustizia UE, 12 maggio 2011, in causa C-294/10, Eglitis e Ratnieks c. Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, 2012, p. 15, con nota di E. ORRÙ, *La nozione di "circostanze eccezionali" nell'ambito del reg. (Ce) n. 261/2004*, ed in *Diritto dei trasporti*, 2012, p. 169, con nota di A. LIARDO, *Cancellazione del volo e compensation: l'obbligo di organizzazione del vettore in caso di circostanze eccezionali*; Corte di Giustizia UE, 4 ottobre 2012, in causa C-22/11, Finair Oyi c. T. Lassooy, in *Il Diritto marittimo*, 2013, p. 564, con nota di M. STUCCHI, *La Corte di giustizia interviene sulla nozione di negato imbarco e sulla correlazione tra questo e le "circostanze eccezionali"*, ed in *Dir. trasp.*, 2013, p. 471, con nota di L. ANCIS, *Negato imbarco, capacità di sintesi e rigore lessicale della Corte di giustizia UE*; Corte di Giustizia UE, 31 gennaio 2013, in causa C-12/11, McDonagh c. Ryanair, cit., p. 791; Corte di Giustizia UE, 14 novembre 2014, in causa C-394/14, Siewert c. Condor Flugdienst, in *Diritto dei trasporti*, 2016, p. 155, con nota di L. LEONE, *Ancora sulle circostanze eccezionali in caso di cancellazione del volo: una carente risposta per una circostanza riferita ad un volo precedente*; Corte di Giustizia UE, 17 settembre 2015, in causa C-257/14, van der Lans c. KLM, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2016, p. 253, con nota di G. ROSATO, *Una nuova pronuncia interpretativa della Corte di giustizia dell'Unione europea sugli artt. 3, §1, lett. b) e 5, § 3, del reg. Ce n. 261/2004*, in *Dottrina e Giurisprudenza*, 2015, p. 40, con nota di G. MILIZIA, *Il passeggero è indennizzato per il volo in ritardo o soppresso per problemi tecnici*, in *Diritto dei trasporti*, 2016, p. 175, con nota di V. CORONA, *Ancora sulla portata delle circostanze eccezionali*; S. VERNIZZI, *La non immediata nozione di "circostanza eccezionale" di cui al reg. (Ce) n. 261/04: conferme e puntualizzazioni della Corte lussemburghese*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, p. 137; Giudice di pace Gorizia, 24 marzo 2016, n. 101, in *Diritto dei trasporti*, 2017, p. 579, con nota di A. TURCO, *Lo sciopero del personale non sempre è "circostanza eccezionale" volta ad esimere il vettore aereo dal pagamento del compenso per la cancellazione del volo*; Corte di Giustizia UE, 4 maggio 2017, in causa C-315/15, Pesková e altri c. Travel Service a.s., in *Diritto dei trasporti*, 2017, p. 973, con nota di V. CORONA, *Il bird strike e le circostanze eccezionali*, con le osservazioni critiche dell'Autrice; Corte di Giustizia UE, 17 aprile 2018, in causa C-195/17, Krüsemann e altri c. Tuifly, in *Diritto dei trasporti*, 2018, p. 759, con nota di V. CORONA, *Lo sciopero selvaggio e le circostanze eccezionali*; Corte di Giustizia UE, 26 giugno 2019, causa C-159/18, Moens c. Ryanair, in *Diritto dei trasporti*, 2019, p. 877, con nota di V. CORONA, *Le circostanze eccezionali per «F.O.D.» (Foreign Object Damage) e «Fuel»*.

diana attività imprenditoriale svolta dal vettore aereo, ai quali questi non può far fronte, nonostante le proprie capacità imprenditoriali in termini finanziari, di personale a disposizione e di conoscenze tecnologiche, in quanto per la loro natura od origine, non sono proprie del normale esercizio dell'attività vettoriale sulle quali può essere esercitato un suo potere di controllo.

Si può dunque ritenere che la situazione emergenziale del coronavirus possa effettivamente rientrare nella nozione di circostanza eccezionale, non potendo il vettore esercitarvi alcuna forma di controllo. A conferma di ciò è sufficiente rilevare come il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato il Covid-19 una «emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale» e, successivamente, in data 11 marzo 2020 sia stata definita una pandemia²².

Appare, dunque, corretto affermare che la compensazione pecuniaria di cui agli articoli 5, lett. c), e 7 del Regolamento 261/04 non debba essere corrisposta, dovendo trovare applicazione l'esonero di cui all'art. 5, comma 3.

6. L'intervento legislativo italiano

Occorre ora esaminare quali siano le conseguenze determinate dall'entrata in vigore della l. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 di conversione del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, sull'assetto normativo delineato nei paragrafi precedenti.

Il Parlamento italiano, con l'emanazione dell'articolo 88-*bis*, comma 4, l. 27/2020, come modificato dalla l. 77/2020, sembra essere venuto incontro alle esigenze dei vettori. La norma, infatti, dispone che «in relazione ai contratti stipulati dai soggetti di cui al comma 1, [fra cui i contratti di trasporto aereo] il diritto di recesso può essere esercitato dal vettore, previa comunicazione tempestiva all'acquirente, 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. In tali casi il vettore ne dà tempestiva comunicazione all'acquirente e, entro i successivi trenta giorni, procede al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione», termine successivamente prorogato a 18 mesi dal comma 3-*bis* dell'art. 182 della l. 77/2020, anche per i *voucher medio tempore* emessi.

²² <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>.

Nel testo normativo non si compie, dunque, più alcun riferimento, contrariamente a quanto previsto dal Reg. 261/04, alla necessaria accettazione, da parte del passeggero, del *voucher* offerto dal vettore in luogo del rimborso in contanti.

Una lieve modifica della posizione originaria del Governo si è avuta solo a metà luglio 2020 con l'art. 182 della l. 77/2020, che, modificando l'art. 88-*bis*, nel ribadire al comma 12 che l'emissione dei *voucher* a seguito di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020 non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario, precisa nel comma 12-*bis*, che il rimborso del corrispettivo può essere richiesto decorsi dodici mesi dall'emissione e sarà corrisposto entro quattordici giorni dalla richiesta.

Dunque, il Parlamento, con la modifica estiva, si avvicina, ma non si conforma, al precetto comunitario.

In effetti, l'Unione europea, nella Raccomandazione sopra riportata, si è limitata ad incoraggiare lo strumento dei buoni²³, rimettendo, tuttavia, la decisione ultima al passeggero, con la previsione, peraltro, di diversi strumenti di protezione in suo favore nell'eventuale insolvenza del vettore, in parte previsti nella normativa italiana solo a seguito dell'intervento legislativo di metà luglio²⁴.

Ulteriore punto a favore dei vettori è quello relativo alla possibilità di cancellare i voli programmati fino al 30 settembre 2020 *ex art.* 88-*bis*, comma 11, e di concedere loro, nell'ipotesi in cui la cancellazione dovesse avvenire entro il 31 luglio 2020, per cause comunque riconducibili all'emergenza Covid-19, la possibilità di offrire il *voucher* senza necessità dell'accettazione da parte del passeggero. Sembra, pertanto, che in tal modo il Governo abbia voluto prorogare lo stato emergenziale nel campo del trasporto aereo alla data successiva a quella del 3 giugno 2020, a partire dalla quale sono stati nuovamente ammessi gli spostamenti nel territorio nazionale, Unione Europea e nell'area Schengen, oltre a Regno Unito e Irlanda del Nord²⁵.

Infatti, in tale materia, l'ENAC era già intervenuta il 18 e 22 giugno 2020 precisando, al contrario, che le cancellazioni dei voli successive alla data del 3 giugno 2020 dovessero considerarsi avulse dal contesto emergenziale coronavirus e dunque disciplinate dal reg. (CE) 261/04²⁶.

²³ Vedi a tal proposito i considerando n. 13 e 15 della Raccomandazione.

²⁴ Per il dettaglio delle misure si rinvia alla lettura del testo della Raccomandazione ed alla lettura degli art. 12 *ter* e *quater* dell'art. 88-*bis* come modificato dalla l. 77/20.

²⁵ Cfr. l'art. 6 del DPCM del 17 maggio 2020.

²⁶ Vedi i comunicati stampa dell'ENAC n. 32/20 e 31/20 rispettivamente del 22 giugno 2020 del 18 giugno 2020.

Peraltro, il comma 13 dell'art. 88-*bis*, non modificato dalla legge 77/20, dispone che «le disposizioni del presente articolo costituiscono norme di applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 17 della l. 31 maggio 1995, n. 218, e dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008»²⁷, ossia «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento» (art. 9, Reg. 593/2008)²⁸.

7. Alcune considerazioni

Così delineato il quadro normativo pre-Covid 19 e post-Covid 19, sembra, che, di fronte ad una situazione emergenziale che ha determinato gravi problemi ad un settore nevralgico delle economie nazionali, il Governo abbia tentato di farvi fronte forzando i dati normativi, come se le fonti tradizionali del diritto venissero accantonate e sostituite dagli interessi economici, che divengono produttrici di diritto.

È chiara la difficoltà in cui potrebbero venire a trovarsi i vettori se tutti i passeggeri, vittime di voli cancellati, chiedessero il rimborso in contanti ai sensi del Regolamento: l'impossibilità di volare a causa della pandemia ha infatti determinato l'assenza di liquidità nelle casse dei vettori, con il rischio dell'impossibilità di far fronte alle potenziali molteplici richieste di rimborso avanzate dai passeggeri.

Se sono comprensibili le ragioni economiche che hanno indotto il Governo prima, ed il Parlamento dopo in sede di conversione in legge, ad adottare le decisioni sopra riportate, è, tuttavia, agevole replicare che le medesime giustificazioni economiche possono essere impiegate in favore dei passeggeri, colpiti da perdite economiche, in molti casi ingenti.

²⁷ Per alcuni riferimenti sulle norme di applicazione necessaria, senza pretesa di completezza e rinviando alla letteratura specifica in argomento, si possono rinvenire utili spunti in G. BIAGIONI, *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 788; G. ZARRA, *Autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento "Roma I"*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, p. 229.

²⁸ Tale definizione è stata mutuata dalla c.d. sentenza *Arblade*: Sentenza della Corte di Giustizia UE, 23 novembre 1999, in causa C-369/96 e 376/96, *Arblade e altri c. Leloup e altri*, in *Raccolta*, 1999, I-8453.

La scelta del legislatore ha di fatto ribaltato il precetto del Regolamento, rimettendo l'opzione tra il rimborso e l'erogazione del *voucher* alla mera discrezionalità del vettore, ponendosi in tal modo in posizione antitetica a quella comunitaria.

A seguito dell'emanazione dell'art. 88-*bis*, segnatamente nella parte in cui si consente al vettore di liberarsi dall'obbligo di rimborso del prezzo del biglietto aereo in forza dell'emissione di un *voucher*, si è eliminato il diritto riconosciuto al passeggero dalla normativa vigente (il reg. 261/04) di poter scegliere tra il rimborso in contanti ed il *voucher*, collocando così il passeggero in una posizione peggiore rispetto a quella garantita dal reg. 261/04. In effetti, colui che ha beneficiato del disposto dell'art. 88-*bis*, appare essere il vettore, già contraente forte, che può imporre al contraente debole l'emissione del *voucher* come misura soddisfacente.

Se è verosimile che il fine del legislatore sia stato quello di evitare il rischio di insolvenza delle imprese vettrici di fronte alle molteplici domande di rimborso *cash* che si sarebbero potute verificare, è anche vero che in tal modo il "costo" di tale finalità è stato fatto ricadere interamente sulla parte debole del contratto, ossia sui passeggeri.

In effetti, l'Unione europea non ha tardato ad inviare, in data 2 luglio 2020, una lettera di costituzione in mora *ex art. 258 TFUE*, avuto riguardo alla non corretta applicazione del reg. 261/2004, aprendo la procedura numero 2020/2252.

Non appare superfluo ricordare che le norme poste a tutela degli interessi dei singoli – collocati nella posizione contrattuale più debole – come il reg. (CE) 261/04, possono rappresentare un utile strumento per tutelare l'organizzazione sociale ed economica del Paese, in quanto impiegate per ricomporre uno squilibrio contrattuale che si potrebbe determinare tra le parti, nel momento in cui una di queste non abbia la possibilità di discutere le condizioni contrattuali predisposte dall'altra e la sua autonomia negoziale si traduca in un mero potere di accettazione di quanto già deciso dall'altra, come accade nel trasporto aereo²⁹.

Invero, l'equilibrio sociale probabilmente perseguito dal Governo e dal Parlamento con la qualificazione dell'art. 88-*bis* di norma di applicazione necessaria, era esistente sulla base della normativa già in vigore, che rimette, come più volte già chiarito, il diritto di scelta della modalità

²⁹ Vedi S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010, p. 6; P. PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel Regolamento Roma I*, Milano, 2012, p. 11. Rileva l'esistenza di norme di applicazione necessaria che hanno la funzione di proteggere interessi non collettivi ma privatistici, come quelle dirette alla tutela dei lavoratori, consumatori, minori, G. BIAGIONI, *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, cit., p. 791.

del rimborso al passeggero: quest'ultimo avrebbe potuto dare, ove lo avesse liberamente desiderato, il proprio contributo solidaristico al vettore, scegliendo il *voucher*, nella consapevolezza che avrebbe potuto compiere successivamente quel viaggio cancellato a causa del Covid-19, od ottenere il rimborso *cash*. Imporre al contrario al passeggero l'accettazione del *voucher* appare stonare con le scelte legislative finalizzate ad eliminare le distorsioni tra le parti contrattuali.

MARCO BADAGLIACCA
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

ECCEZIONE, AMMINISTRAZIONE, DIRITTO COLONIALE IN UN “PARERE” DI SANTI ROMANO

1. Il “parere” - 2. Il contesto teorico

1. Il “parere”

Nel maggio 1937 il ministro delle colonie Alessandro Lessona, alludendo verosimilmente ad alcuni tentativi di apertura, peraltro niente affatto generalizzati, progettati nel quadro della politica di Balbo¹, formula una richiesta particolare al presidente del Consiglio di Stato Santi Romano²: poiché «le dichiarazioni e le manifestazioni politiche, cui ha dato luogo il recente viaggio del

¹ A. DEL BOCA, *Gli Italiani in Libia. Dal fascismo a Gheddafi*, Milano, 2000, p. 240; F. RENUCCI, *La strumentalizzazione del concetto di cittadinanza in Libia negli anni Trenta*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 33-34/2004-2005, pp. 319-342, pp. 324-326; R. PERGHER, *Mussolini's Nation-Empire*, Cambridge, 2018, pp. 192-193.

² Sulla figura di Santi Romano la bibliografia è ormai imponente. Qui ci si limita a rinviare a: M. BARBERIS, *Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2011, pp. 349-359; S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in *Le carte e la storia*, n. 1/2012, pp. 5-8; R. CAVALLO PERIN, G. COLOMBINI, F. MERUSI, A. POLICE, A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano: Pisa, 14-15 giugno 2018*, Napoli, 2019; M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986, pp. 311-346, anche in ID., *La scienza del diritto pubblico*, 1, Milano, 2001, pp. 405-449; ID., *Romano, Santi*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: storia e politica*, Roma, 2013, pp. 526-530; P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.1/2011, pp. 1-22; P. GROSSI, A. ROMANO, *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*; B. SORDI, *Il contrastato avvicinamento della storiografia giuridica alla pluralità degli ordinamenti*, cit., pp. 27-35; F. DE VANNA, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, cit., pp. 37-56; *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*. Atti del Convegno, Roma (6 febbraio 2003), Torino, 2004, in particolare, cfr. G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, cit., pp. 39-55; F. LANCHESTER, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011; S. LARICIA, *Santi Romano: l'ordinamento giuridico*, in *Ritorno al diritto*, n. 7/2008, pp. 82-109; F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 41/2012, pp. 329-397; A. MUSUMECI, *Santi Romano un giurista tra due secoli*, I. BIROCCHI, L. LO SCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, pp. 325-349; G. MELIS, *Santi Romano, Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia: le biografie dei magistrati (1861-1948)*, Milano, 2006, pp. 1518-1534; ID., *Romano, Santi*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 88, Roma, 2017, pp. 276-281; C. PINELLI, *La costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, pp. 1-26; A. OLIVARI, *Santi Romano on-tologo del diritto*, Milano, 2016; E. RIPEPE, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice*, Roma, 2012, pp. 475-481; A. ROMANO, *Santi Romano e la giuspubblicistica italiana. Temi e tendenze*, in P.L. BALLINI (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1925)*, Venezia, 2005, pp. 103-133; ID., *Santi Romano. Lo Stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2011, pp. 333-58; A. SANDULLI, *Santi Romano, Orlando, Ranalletti e Donati sull'“eclissi dello Stato” (sei scritti di inizio secolo XX)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1/2006, pp. 77-97; ID., *Santi Romano and the Perception Of The Public Law Complexity*, in

Duce in Libia, hanno fatto sorgere e diffondere voci di un probabile conferimento della cittadinanza metropolitana ai sudditi libici», Lessona rivolge a Romano la preghiera di «voler far oggetto del proprio studio» il tema della cosiddetta cittadinanza libica e, più in generale, quello della condizione dei sudditi coloniali.

Quello che ne deriva è un parere personale del presidente del Consiglio di Stato, che, sebbene sia richiesto in ragione della carica ricoperta da Romano, non può in alcun modo essere considerato espressione di tendenze in atto presso l'organo consultivo. Ciò non di meno, e qualsiasi fossero i motivi che spinsero Lessona a richiederlo, il parere di Romano può essere considerato un punto d'arrivo delle sue riflessioni in materia, che coprono così un arco temporale assai ampio.

Le norme da tenere in considerazione sono quelle dell'ordinamento organico per la Libia del 1934 (regio decreto-legge 3 dicembre 1934, n. 2012), per cui «i cittadini italiani libici conservano i propri statuti personale e successorio, se di religione mussulmana; e il proprio statuto personale, se di religione israelita», e godono di determinati diritti civili e politici (art. 40). Ma il quesito che Lessona pone al presidente del Consiglio di Stato in effetti è retorico, predisposto com'è in termini tali da anticipare la risposta. Precisa difatti Lessona: «Da notare: al cittadino italiano libico può essere concessa, su sua domanda, la cittadinanza metropolitana, purché egli si trovi in alcune condizioni, fra le quali il “non essere poligamo” (art. 37). Questa è l'unica condizione che tocchi lo statuto personale. Ma, pur disciplinato con siffatta larghezza, l'acquisto della cittadinanza metropolitana, non gradito agli stessi mussulmani, è oggi un fatto di mera eccezione: e tale è stato ed è ancora, per ovvie ragioni, fermamente ritenuto da noi. Ora si tratta di esaminare, precisamente, se questa che è l'eccezione possa o debba, come da qualche parte si vorrebbe, diventare la regola; se, cioè, vi siano motivi giuridici sufficienti e ragioni di convenienza politica perché venga agevolato e generalizzato il conferimento ai mussulmani libici della cittadinanza metropolitana; e se e quali conseguenze o ripercussioni, d'ordine giuridico e politico, potrebbero derivare da un'immissione su larga scala, nella grande famiglia degli Italiani, di cittadini di razza araba che, se pure possano adempiere alla condizione di “non essere poligami”, saranno sempre in buona parte retti da uno statuto personale quale quello derivante dal Corano; in quanto che essi considerano “apostasia” l'acquisto di una cittadinanza europea. I tre elementi – politico, religioso, giuridico – si fondono nell'islamismo in tal modo da porlo in netta antitesi, con quelli che sono i caratteri

Italian Journal of Public Law, n. I/2009, pp. 1-38; ID., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, 2009, specie pp. 156 ss.

della civiltà italiana. Impossibile è quindi l'assimilazione: proprio quella assimilazione, la quale – a parte il requisito formale del “non essere poligami” – dovrebbe essere a base del conferimento della cittadinanza. Impossibile e, se si guarda bene, contrastante con la stessa garanzia, che l'ordinamento organico solennemente concede, della conservazione dello statuto personale: garanzia veramente inconciliabile col proposito dell'assimilazione e del largo conferimento della cittadinanza metropolitana. [...] Quale ragione vi sarebbe, dunque, per modificare il sistema in vigore: il quale, mentre attribuisce ai nostri sudditi della Libia una speciale “cittadinanza italiana libica” che riconosce e garantisce il loro statuto personale, consente largamente ai migliori e più degni fra essi di chiedere ed ottenere, in determinate condizioni, la cittadinanza metropolitana? Sono queste in sostanza, brevemente riassunte, le questioni da esaminare e risolvere»³.

Romano asseconda il desiderio di Lessona: già trasformare la «sudditanza» in «cittadinanza italiana libica», scrive, si è rivelata una riforma «eccessivamente e pericolosamente liberale». Quanto al conferimento ai libici della cittadinanza metropolitana, è regolato dall'art. 37 del regio decreto-legge 3 dicembre 1934 n. 2012⁴, che si informa a «criteri molto larghi», in contrapposizione «a quell'indirizzo, per cui, di solito, le condizioni che si richiedono per la naturalizzazione degli indigeni delle colonie sono maggiori e più gravi di quelle richieste per la naturalizzazione degli stranieri».

In generale, continua Romano, i sistemi per la «naturalizzazione da parte della metropoli dei cittadini o sudditi coloniali» sono tre: «1) mediante provvedimento governativo, che riguardi singole persone che si trovino in certe condizioni stabilite dalla legge; 2) mediante una disposizione legislativa generale, che consideri cittadini metropolitani tutti indistintamente gli appartenenti alla colonia; 3) mediante una norma anch'essa generale, che conceda la cittadinanza metropolita-

³ Datato Roma, 3 maggio 1937, in *Archivio Storico Diplomatico del Ministero degli Affari Esteri*, *Archivio Storico del Ministero Africa Italiana* (da qui ASDMAE, ASMAI) Affari politici, fasc. 291. Sulla vicenda, si veda cfr. R. PERGHER, *Mussolini's Nation-Empire*, cit., pp. 192-193; F. RENUCCI, *La strumentalizzazione*, cit., pp. 324-326 e n. 24. Sulla cittadinanza libica si veda anche G. BASSI, *Il diritto come strumento di politica coloniale nella Libia italiana (1911-1943)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 47/2018, pp. 207-255; si veda anche, per un quadro generale, cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4, Bari, 2001, pp. 282 ss.

⁴ «Al cittadino italiano libico può essere concessa, su sua domanda, la cittadinanza metropolitana, purché si trovi nelle condizioni seguenti: 1° aver compiuti 21 anni di età; 2° non essere poligamo; 3° non essere mai stato condannato per reato implicante la perdita dei diritti politici; 4° aver almeno superato l'esame di promozione dalla terza classe elementare italiana. Inoltre deve trovarsi in una almeno delle seguenti condizioni speciali: a) aver servito con fedeltà e con onore nel Regio esercito o nella Regia marina o nella Regia aeronautica o in altro corpo militare dello Stato; b) essere titolare di una funzione pubblica governativa o di una pensione corrisposta dallo Stato; c) essere insignito di una decorazione o di una distinzione onorifica concessa dal Governo; d) essere nato da un cittadino italiano libico divenuto cittadino metropolitano, quando il richiedente aveva già oltrepassato il 21 anno di età».

na a gruppi di popolazioni, che, per caratteri etnici, per la loro civiltà, per la religione professata, o per altri motivi, si creda possibile o opportuno distinguere dai rimanenti gruppi».

Per la Libia è stato adottato il primo di questi sistemi, e le condizioni previste dall'ordinamento del 1934 «sono così larghe che, qualora non si intenda rinunciare al sistema adottato per seguirne un altro del tutto diverso, difficilmente potrebbe sembrare conveniente modificarle in senso più favorevole alla concessione». L'art. 37 del regio decreto 3 dicembre 1934 «lascia saggiamente un ampio potere discrezionale all'autorità governativa, che può usarne variamente secondo le circostanze e le opportunità contingenti. In astratto, la disposizione dell'art. 37 permetterebbe il conferimento della cittadinanza metropolitana ad un numero grandissimo di libici; se ciò non avviene e se tale conferimento è oggi un fatto eccezionale, si ha la conferma pratica che le ragioni che ostacolano una più larga applicazione della disposizione vigente stanno fuori la disposizione stessa e consigliano di mantenere ad essa l'elasticità di cui è provvidamente dotata».

È poi chiara l'«impossibilità giuridica» di sostituire a questo sistema un altro di quelli indicati: considerare per legge cittadini metropolitani tutti gli appartenenti alla colonia «rappresenterebbe un'innovazione così profonda e così nuova nella storia della colonizzazione europea, che si potrebbe addirittura qualificare un vero sconvolgimento così dell'ordinamento metropolitano come di quello coloniale», oltre che una minaccia per «quell'unità ed omogeneità della nazione italiana, che si è sempre cercato di mantenere e di cementare».

Torna naturalmente anche l'argomento per cui i musulmani avvertirebbero come «apostasìa» l'acquisto della cittadinanza di uno Stato cristiano, così come quello della loro ostilità ad ogni fusione con la popolazione italiana; ma soprattutto la concessione ai Libici della cittadinanza del Regno «male si concilierebbe con l'osservanza, che noi ci siamo impegnati a garantire, dei loro statuti personali, delle consuetudini locali, di tutta una serie di ordinamenti particolari, che, del resto, sarebbe assolutamente impossibile non conservare. Che se poi si dovessero, come è necessario, mantenere i principi giuridici fondamentali da cui è regolata la vita di quelle popolazioni, la loro parificazione ai cittadini del Regno sarebbe svuotata d'ogni contenuto sostanziale e non solo non avrebbe senso, ma implicherebbe stridenti e insanabili contraddizioni».

La stessa Francia, la cui legislazione coloniale è, nel ragionamento di Romano, il modello del sistema dell'assimilazione, «non ha dettato in proposito norme più larghe [...] di quelle vigenti per la Libia», ma anzi «è stata indotta dall'esperienza a lasciare inapplicate o quasi anche queste norme; e, infine, come, ad esempio, pel Madagascar, ha dovuto prendere delle misure restrittive».

Infine adottare l'ultimo dei tre sistemi, per cui la cittadinanza del Regno sarebbe conferita non a tutti i libici, «ma soltanto ad alcune comunità di essi, cioè alle comunità non musulmane», appare a Romano semplicemente «inopportuno»: «a prescindere, infatti, da altre considerazioni, sulle quali non giova fermarci, è evidente che i libici musulmani, nonostante che non desiderino, come si è notato, di acquistare la cittadinanza metropolitana, non vedrebbero favorevolmente la concessione ai libici appartenenti ad altra razza e ad altra religione di una qualità che potrebbe essere fonte per questi ultimi di privilegi e di vantaggi da cui essi rimarrebbero esclusi». Il riferimento negativo è ancora una volta la Francia, poiché «non si deve dimenticare che il famoso decreto Crémieux del 24 Ottobre 1870 [di naturalizzazione degli Israeliti di Algeria] fu causa, sia pure non unica, della grave rivolta algerina dello stesso anno».

In conclusione, Romano esprime il suo avviso, «conforme a quello che si può dire comune a tutti gli studiosi della colonizzazione», per cui «più che a facilitare l'acquisto della cittadinanza metropolitana da parte degli indigeni delle colonie, si deve tendere ad ostacolare e a rendere del tutto eccezionale tale acquisto. [...] E per la Libia non c'è alcuna ragione di allontanarsi da questa che dev'essere una tendenza generale e costante»⁵.

Nonostante le contraddizioni che la politica coloniale fascista mostrava in tema di cittadinanze coloniali (soprattutto relativamente alla questione del meticciato⁶), se si guarda a qualche esempio autorevole la posizione del giurista siciliano sembra tutt'altro che isolata: nella terza edizione dei *Principi di diritto coloniale* di Umberto Borsi, del 1938, si può leggere che «le ragioni che inducono a distinguere la cittadinanza o sudditanza coloniale dalla cittadinanza metropolitana inducono altresì a vietare o a rendere poco agevole ai cittadini o sudditi coloniali di acquistare tale cittadinanza»⁷. Cittadinanza *pleno iure* e status di suddito coloniale costituiscono evidentemente

⁵ Romano in chiusura tiene comunque a precisare che questo tema è del tutto distinto dalla «questione se ed entro quali limiti convenga ammettere una rappresentanza delle popolazioni delle colonie più progredite in certi organi della metropoli, specialmente nelle camere parlamentari» (cfr. S. ROMANO, *Riservata. Personale a S.E. l'On. Alessandro Lessona Ministro per l'Africa Italiana, 30 giugno 1937*, in ASDMAE, ASMAI, Affari politici, fasc. 291).

⁶ G. BARRERA, *Patrilinearità, razza e identità: l'educazione degli italo-eritrei durante il colonialismo italiano (1885-1934)*, in *Quaderni Storici*, 109, 37, 1, 2002, pp. 21-53; L. CECI, *Separare e punire: il razzismo nell'Impero fascista*, in *The racist laws before and after the Shoah: models, practices and heritage*, Bologna, 2019, pp. 25-37; O. DE NAPOLI, *La prova della razza. Cultura giuridica e razzismo nell'Italia degli anni Trenta*, Firenze, 2009.

⁷ U. BORSI, *Principi di diritto coloniale*, Padova, 1938, p. 240. Borsi arrivava al punto di ritenere vietato l'acquisto della cittadinanza metropolitana per i sudditi coloniali: «non essendovi disposizioni circa l'acquisto della cittadinanza metropolitana da parte dei sudditi coloniali, è da ritenere che sia anche oggi, come in passato, vietato, sia perché, essendo invece ammesso e regolato per i cittadini libici, è applicabile il principio *qui de uno dicit, de altero negat*, sia per l'orientamento giustamente definito "antiassimilativo" della politica italiana in Africa orientale» (cfr. *ibid.*, p. 240, citato in O. DE NAPOLI, *La prova della razza*, cit., p. 23, cui si rimanda anche per le considerazioni dissimili di altri giuristi).

due condizioni e due sfere strutturalmente separate. Non tutti i giuristi che si occupavano di diritto coloniale condividevano su questo punto lo stesso avviso: altri riconducevano la strada d'accesso del suddito coloniale alla condizione di cittadino *pleno iure*, alle procedure di naturalizzazione generalmente previste per gli stranieri dalla legge sulla cittadinanza del 1912⁸; ma in questo modo la condizione di suddito coloniale appunto si avvicinava sempre più a quella dello straniero⁹; e il passaggio dall'una all'altra condizione si caratterizzava sostanzialmente come atto di concessione¹⁰, che non poteva non risentire fortemente di considerazioni discrezionali di opportunità.

2. Il contesto teorico

La riflessione di Santi Romano in materia di “cittadinanze” coloniali è tuttavia risalente: già nel *Diritto pubblico italiano*, databile al 1914¹¹, Romano tenta di fornire un quadro generale tale da consentire di ricondurvi le differenti forme che le diverse appartenenze coloniali possono prendere nel quadro ordinamentale dell'Italia liberale.

Qui il giurista siciliano parte dalla premessa che «i sudditi coloniali sono una categoria a sé di sudditi dello stato, distinti da tutti gli altri e specialmente dai cittadini»; e questo sebbene la qualità di suddito coloniale, non essendo determinata «con disposizioni identiche per tutte le colonie», non sia «una qualità unica»¹².

Nel testo del 1914, i sudditi coloniali si distinguono dai cittadini in quanto «non godono i diritti politici di questi ultimi, ma solo quelli che sono loro concessi dalle leggi che li riguardano e che concernono esclusivamente il Governo delle colonie; anche il loro stato personale e i loro rap-

⁸ Così, cfr. A. PARGIOLIO, *La nuova legge organica per l'Eritrea e la Somalia*, in *Rivista delle colonie italiane*, 5, pp. 349-361, citato in O. DE NAPOLI, *La prova della razza*, cit., p. 23.

⁹ Si è parlato di «soggettività sospesa, incerta tra il cittadino e lo straniero». Cfr. L. NUZZO, *Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del soggetto “indigeno”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 463-508, p. 490.

¹⁰ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, p. 145.

¹¹ Così nella cfr. *Presentazione*, A. ROMANO a S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, p. XVIII, dove si rileva come nel dattiloscritto originale manchino citazioni di testi successivi al 1914, «che, però, si trovano numerosissime in forma manoscritta, quindi chiaramente posteriori alla originaria stesura del testo».

¹² S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., p. 438. Si veda in proposito, cfr. I. ROSONI, *L'organizzazione politico-amministrativa della prima colonia eritrea (1880-1908)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 1039-1127, p. 1067.

porti di diritto privato, sono regolati da norme apposite, che in massima riconoscono efficacia alle consuetudini indigene»¹³.

Romano torna su questo tema nel suo *Corso di diritto coloniale*, pubblicato nel 1918¹⁴. Ancora una volta, la definizione del suddito coloniale appare, in sostanza, formulata in negativo¹⁵, «la distinzione tra cittadini e sudditi coloniali si trova in quasi tutti gli Stati che posseggono colonie» (sebbene possa talvolta macare); ma «diventa quasi indispensabile ogniqualvolta gli indigeni siano di razza diversa dagli abitanti della metropoli». Quindi «i cittadini si possono considerare *subditi optimo iure*; essi sono membri di quella collettività che è elemento costitutivo dello Stato. Invece, i sudditi coloniali non sono elementi costitutivi dello Stato, ma della colonia. Quindi essi non hanno la pienezza dei diritti politici, per quanto riguarda la vita pubblica della metropoli»¹⁶.

Naturalmente non è possibile trascurare i forti elementi di discontinuità, che separano le esperienze del colonialismo liberale da quelle del colonialismo fascista prima, imperiale poi. Tuttavia alcuni elementi sembrano tornare nel pensiero di Romano: a partire, naturalmente, dalla difficoltà di definire in positivo la figura del «suddito coloniale».

¹³ «In quanto non siano contrarie a quello speciale ordine pubblico che lo Stato italiano si propone di conservare in una determinata colonia». S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., p. 438. Quindi Romano precisa: in Eritrea (art. 2, regio decreto 2 luglio 1908, n. 325) e in Somalia (art. 2, regio decreto 8 giugno 1911, n. 937) è suddito coloniale chi, «non essendo cittadino italiano o cittadino di uno Stato straniero riconosciuto», sia o nato nella colonia, o «appartenga a tribù o stirpi di essa», o, infine, «appartenga ad altra popolazione africana e risieda da due anni nella colonia oppure presti o abbia prestato servizio stabile nella sua amministrazione pubblica»; per la Libia (regio decreto 6 aprile 1913, n. 315) si è adoperata l'espressione «sudditi italiani», «invece di quella più corretta "sudditi coloniali", ma non sembra che ciò abbia importanza sostanziale». Si tratta comunque di una qualità che spetta a chi – ancora una volta non essendo cittadino italiano o straniero – «a) sia nato nella Libia; b) o sia nato nel Regno, all'estero o in altre colonie italiane, da padre che sia suddito libico o (se questi è ignoto) da madre che sia suddita libica; c) o sia una donna straniera maritata a un suddito libico». Da rimarcare il fatto che, secondo Romano, queste ultime categorie b) e c) «corrispondono a quella che con formula più sintetica, è, per l'Eritrea e la Somalia, indicata con l'espressione "appartenenza a tribù o stirpi della colonia". [...] Per quanto poi concerne l'Eritrea e la Somalia, sono "assimilati" ai sudditi coloniali gli stranieri che appartengono a popolazioni che non hanno un grado di civiltà simile a quella europea» (cfr. *ibid.*, p. 439).

¹⁴ Su cui si veda G. BASCHERINI, *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul "Corso di diritto coloniale" di Santi Romano*, in *Giornale di storia costituzionale*, 25, I/2013, pp. 117-135.

¹⁵ Non si tratta di una specificità di Romano: con riferimento ai sudditi della colonia eritrea, è stato scritto che questi, «come lo spazio che determinava la sua esistenza istituzionale, era una soggettività sospesa, incerta tra il cittadino e lo straniero, che poteva essere individuata innanzitutto attraverso un'assenza: la mancanza oggettiva di uno status giuridicamente riconosciuto». L. NUZZO, *Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del soggetto "indigeno"*, cit., p. 490; come pure che «il termine *sudditi* ebbe in ambito coloniale un significato di rimozione della soggettività politica dei colonizzati, che erano "soggetti" nell'accezione esclusivamente negativa del termine, cioè solo in quanto assoggettati. Anche la colonizzazione italiana non lasciò alcun margine alla soggettività dei sudditi coloniali, per i quali non ci fu alcun riconoscimento giuridico nei termini dell'eguaglianza formale disegnata dai codici nazionali. L. MARTONE, *Il diritto coloniale*, in P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (a cura di), *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, pp. 542-549.

¹⁶ S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale impartito nel R. Istituto di scienze sociali C. Alfieri di Firenze*, 1, *Parte generale*, Roma, 1918, pp. 124-125.

La storiografia ha largamente sottolineato il carattere di «eccezione» dello spazio giuridico coloniale: così si è parlato della «costruzione in colonia di un ordinamento a geometrie variabili, segnato da una peculiare combinazione di regola ed eccezione»¹⁷, ed è stato scritto che «il mondo coloniale con le sue particolarità aveva offerto il campo alla sperimentazione di principi e costruzioni anacronistiche legate ad un sistema personale differenziato su basi razziali. Un regime di eccezione permanente e quindi un diritto speciale con vigenza non territoriale»¹⁸.

Tra i caratteri dominanti della legislazione coloniale è stata indicata «l'emarginazione del Parlamento nella produzione normativa per le colonie e il conseguente assolvimento di tale competenza da parte dell'esecutivo. [...] Fonte di ogni autorità per il territorio coloniale di fatto furono appunto l'esecutivo e soprattutto il ministro delle colonie e il governo coloniale rappresentato dal governatore. Il Parlamento per lo più si limitò ad approvare i bilanci coloniali»; così che il diritto coloniale nel suo complesso mostrava un «carattere arbitrario ampiamente affidato a provvedimenti normativi non adottati in Parlamento e a decisioni di natura discrezionale»¹⁹.

Tuttavia, proprio la centralità del potere discrezionale nella teoria e nella pratica degli ordinamenti coloniali può forse spingere a precisare l'effettiva natura del loro carattere di «eccezione»: se si prescinde dal riferimento al rapporto fra eccezione e sovranità, caro a certa teoria generale²⁰, proprio il percorso intellettuale di Santi Romano può suggerire un contenuto meglio definito.

A questo proposito, basta pensare al ruolo centrale che la riflessione sulla decretazione d'urgenza svolge nel suo pensiero, e nel complesso della sua visione dei poteri amministrativi²¹.

In effetti è questo, il punto che caratterizza la riflessione di Romano sulla sudditanza coloniale, in conformità con quanto si è sostenuto per gli ordinamenti dell'Italia coloniale nel loro complesso: lo spazio giuridico coloniale (che nel suo pensiero appare comunque argomento al-

¹⁷ G. BASCHERINI, *Cultura giuridica e vicenda coloniale*, in I. ROSONI-U. CHELATI DIRAR, *Votare con i piedi*, Macerata, 2012, pp. 49-83.

¹⁸ L. MARTONE, *Diritto d'oltremare*, Milano, 2008, p. 39. Si veda anche, cfr. I. ROSONI, *Cittadinanze e giustizie differenziali. La condizione giuridica degli eritrei*, in I. ROSONI, U. CHELATI DIRAR, *Votare con i piedi*, cit., pp. 85-101.

¹⁹ ID., *Il diritto coloniale*, cit., pp. 543-548.

²⁰ Per cui com'è noto, «souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet». C. SCHMITT, *Politische Theologie - Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München und Leipzig, 1934, p. 17.

²¹ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Reggio e Messina*, in *Rivista di diritto pubblico*, n. 5-6/1909, pp. 251-272, poi in ID., *Scritti minori*, Milano, 1950, I, pp. 287-310. In proposito, cfr. A. ROMANO, *Santi Romano, la giuspubblicistica italiana*, cit., pp. 31-34; A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1976, nonché ID., *La necessità come fondamento della dottrina romaniana*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1977, pp. 239-243; F. DE VANNA, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato*, cit., pp. 44 ss.

quanto marginale) appare da subito un luogo dominato dall'attività dei poteri amministrativi, quando non dalla loro attività discrezionale, fin dalla definizione dei soggetti che lo compongono (e dei rapporti fra loro).

Almeno fin dal saggio del 1898 su *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*²², Romano cerca il fondamento di questi stessi poteri disciplinari in un «potere discrezionale della pubblica amministrazione sempre più svincolato dal dominio della legge»²³; e, nei *Principii di diritto amministrativo* del 1901, «Romano si preoccupa, non già di conservare una posizione di preminenza alla legge, quanto di elaborare una teoria della potestà regolamentare della pubblica amministrazione come potestà fondata esclusivamente sul potere discrezionale della stessa autorità amministrativa»²⁴. In questo senso è stato scritto che «l'ordine istituzionistico di Santi Romano è il fondamento teorico del potere autocratico dell'amministrazione»²⁵.

In questi termini parrebbe che il concetto di «eccezione» applicato allo spazio coloniale si possa precisare. Ma, se si pensa alla parabola teorica di Santi Romano, quest'eccezione appare anche come uno specchio oscuro, in cui i tratti più profondi di una teoria e di una pratica possono mostrarsi.

CARLO BERSANI
Università degli Studi di Cassino e
del Lazio Meridionale

²² Cfr. ID., *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 1898, ora in ID., *Scritti minori*, Milano, 1950, II, pp. 75-121.

²³ M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo*, cit., p. 440.

²⁴ *Ibid.*, p. 420.

²⁵ *Ibid.*, p. 449.

L'IDENTITÀ DELLA GOVERNANCE ECONOMICA EUROPEA MESSA ALLA "PROVA" NELLE MISURE ANTICRISI

1. Crisi economica e debito "comune" europeo. Gli effetti delle misure di intervento post Covid-19 nelle "criticità" del rapporto tra Unione e Stati membri - 2. Crisi economico-finanziaria 2009 e crisi economica generata dal Covid-19. Antinomie e asimmetrie - 3. I limiti della politica economica monetaria nella struttura dell'Unione - 4. Misure di intervento dell'Unione europea - 5. Profili conclusivi

1. Crisi economica e debito "comune" europeo. Gli effetti delle misure di intervento post Covid-19 nelle "criticità" del rapporto tra Unione e Stati membri

A distanza di un decennio dalla crisi economico finanziaria che ha avuto corso a partire dal 2007-2009 si ripropongono tematiche di diritto dell'Unione europea in ordine alle misure economiche da intraprendere e ai limiti di intervento da parte dell'Unione europea a sostegno dell'economia degli Stati membri messa a dura prova dagli effetti del Covid-19.

La tematica assume una portata ben più ampia dell'individuazione e analisi delle stesse misure, considerato che si inserisce in un contesto articolato riconducibile ai rapporti tra Unione e Stati membri, sotto una prospettiva del tutto peculiare, che pur non essendo una costante segnalata delle problematiche dell'Unione assume una sua centralità in caso di crisi. Come è noto i rapporti tra Unione e Stati membri si pongono al centro di dibattiti, soprattutto quando vi sia l'esigenza di intervenire in settori in cui l'Unione non ha una competenza esclusiva e si rende necessario una cooperazione tra Unione e Stati membri. Costante ad esempio si pone l'analisi in ordine alla capacità dell'Unione europea di trovare soluzioni condivise in ordine alle politiche di asilo e di immigrazione. È di palmare evidenza che trattasi di settori in cui forte è l'emersione l'affermazione della sovranità statale fino al punto da mandare in "corto circuito" il modello prescelto di Unione europea ben distante da un'Unione Federale.

Non distante da tali valutazioni possono porsi considerazioni in ordine all'analisi delle misure economico finanziarie post Covid-19¹.

La scelta originaria dei Trattati di separare politica economica dalla politica monetaria rappresenta uno degli aspetti rilevanti del confronto tra scelte statali e orientamento dell'Unione².

¹ Cfr. in particolare L.F. PACE, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione*, in *Dibattito "Coronavirus e diritto dell'Unione"*, in *aisdue.eu*, 4 maggio n. 4/2020, pp. 18 ss.

² Cfr. E. PISTOIA, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES senza condizionalità*, in *aisdue.eu*, 28 aprile n. 6/2020, pp. 55 ss.

Come allo stesso tempo la limitata attenzione nei confronti una politica fiscale comune si pongono condizioni ineludibili per cogliere le “sfumature” delle problematiche sottese alle scelte delle misure di intervento. Di certo la crisi generata dalla pandemia ha prodotto una crisi economica sistemica producendo una sorta di “debito comune”, differenziandosi dalle precedenti crisi spesso generate da singoli Stati. A ciò corrisponde un doppio livello della natura della tipologia delle misure di intervento: da un lato quelle commisurate ad esigenze progettuali di rilancio di settori economici che hanno scontato l’effetto della crisi, dall’altro misure di intervento volte a rafforzare la stabilità finanziaria. È di facile intuizione che “a monte” della scelta di tali misure si rappresentano i livelli di “tensione” nel dialogo fra Unione e Stati membri. Ciò ha trovato significativi riferimenti nei diversi Vertici istituzionali a partire dal Consiglio europeo di marzo 2020, in ordine alle scelte da condividere.

Nel presente studio, pertanto, prima di analizzare le singole misure di intervento prospettabili al momento in cui si scrive, si rende opportuno evidenziare alcuni macro profili strutturali espressione di scelte compiute nei trattati e che incidono sull’efficacia delle scelte in caso di crisi. Allo stesso tempo, sembra altresì opportuno evidenziare preliminarmente le differenze strutturali tra la crisi economica del 2009 e quella del 2019, che hanno cause completamente diverse non indifferenti nell’incidenza delle soluzioni. La prima, come è ben noto ha affondato le sue radici negli squilibri monetari e di bilancio di alcuni Paesi, la seconda in una pandemia.

Ebbene, nel momento in cui la crisi economica del 2009 si è manifestata nei Paesi dell’eurozona, la prospettiva di intervento è stata ispirata ad una logica di valutazione dei bilanci statali; diversamente la crisi attuale coinvolge la valutazione del settore sanitario e di una politica sanitaria comune europea, che attualmente manca, per cui la prospettiva di intervento è incentrata a misure di solidarietà e non di austerità.

Il vero nodo da sciogliere sarà quello dell’esatto equilibrio dell’attuazione del principio di solidarietà e salvaguardia nel lungo periodo della costruzione economico finanziaria dell’Unione europea e dei suoi vincoli, in un contesto di interventi di politiche economiche dagli Stati già provato dal perseguimento del cd. pareggio di bilancio.

2. Crisi economico-finanziaria 2009 e crisi economica generata dal Covid-19. Antinomie e asimmetrie

Sembra opportuno in un contesto di valutazione delle misure di intervento post-crisi un parziale raffronto con la crisi economico finanziaria del 2009, sia nei suoi presupposti sia negli strumenti di intervento, alcuni dei quali direttamente o indirettamente ritornano ad operare come vincoli o condizioni anche nella fase attuale in una prospettiva a medio lungo termine.

La crescita molto accelerata e diffusa in tutto il mondo nei 10-15 anni precedenti la crisi del 2009 ha rappresentato il problema centrale della stessa. Gli ingenti squilibri verificatisi nelle bilance dei pagamenti con l'estero di diversi Paesi avrebbero richiesto, già da almeno un decennio prima della crisi, un coordinamento delle politiche economiche in sede multilaterale. Ebbene, a partire dal 2007 la stessa equazione, Paesi industrializzati eguali a Paesi solidi nelle loro politiche di bilancio e nei loro mercati finanziari, è stata messa in discussione, visto che la crisi globale ha avuto origine negli Stati Uniti, Paese tra i più sviluppati, addirittura azionista di maggioranza del FMI rivelando le lacune della *global economic governance*, e l'inadeguatezza degli strumenti esistenti complessivamente considerati³.

Com'è noto con particolare riferimento alla crisi del 2009, si sono manifestati diversi interventi a carattere emergenziale di origine sovranazionale, ad opera di Organizzazioni internazionali e sovranazionali e da parte di soggetti di natura diversa, quali gruppi internazionali di Stati. A partire da tali interventi di natura normativa, si è aperta un "nuova" fase di riflessione in ordine ai limiti volti a regolamentare e prevenire fenomeni di crisi internazionale⁴.

³ Il ruolo di finanziamento è svolto dal Fondo non solo in favore dei Paesi emergenti e di quelli in via di sviluppo, ma anche nei confronti di economie avanzate che, anche e soprattutto a causa degli squilibri di finanza pubblica, sono stati costretti a ricorrere a veri e propri pacchetti di salvataggio. Si è avviata così una riflessione in ordine all'intervento del FMI per quelle economie che nella concezione "classica" non facevano ricorso al credito potendo fare affidamento sulle proprie risorse. Per un approfondimento si veda M. VELLANO, *Verso il superamento del principio di parità formale degli Stati nel governo dell'economia mondiale*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, pp. 153 ss.; A. LIGUSTRO, *L'impatto dei Paesi emergenti sulla governance dell'economia mondiale*, in A.R. GUERRIERI, M. LORIZIO, C. NOVI (a cura di), *L'ascesa delle economie emergenti. Implicazioni economiche e giuridiche*, Milano, 2010, pp. 235 ss.

⁴ Collegato a tale interrogativo si è posto il ruolo di alcune istituzioni finanziarie internazionali nate nel cd. contesto di Bretton Woods e che avrebbero potuto esercitare un diverso ruolo nella gestione della crisi se avessero proceduto nei decenni precedenti ad interventi di riforma. Il Fondo monetario internazionale, l'azione del G20, nonché le regole di stabilità finanziaria dell'Unione europea, nonché quelle di vigilanza sui mercati da parte della stessa UE si sono posti al centro di un'ampia riflessione, sia di natura interna agli stessi organi sia esterna sul contributo degli stessi al superamento di crisi internazionali.

Nei profili di costruzione ed identificazione di *governance* economica internazionale un particolare ruolo ricoprono le scelte normative compiute in seno all'Unione europea, che ha vissuto a sua volta una ulteriore fase di crisi endogena dettata dalla situazione dei bilanci della Grecia.

Rispetto a tale quadro nella fase post crisi sono state adottate soluzioni "rigide" di contenimento della spesa pubblica dettate dalla rappresentazione dei rischi derivanti dai rilevanti debiti pubblici statali e dalla necessità di politiche miranti al cd. pareggio di bilancio, riscontrabili puntualmente anche nell'avvenuta modifica dell'art. 81 Cost. Italiana adottate in conformità del cd. *Fiscal Compact*. Inevitabile per tali scelte la forte incidenza sulla sovranità statale degli Stati che ha richiesto anche interventi correttivi di natura costituzionale, con non poche perplessità sollevate da alcune Corti costituzionali sull'ampiezza dei poteri acquisiti dall'Unione europea⁵.

Volgendo l'attenzione alle misure di intervento si segnala come le azioni intraprese abbiano mirato a delineare un'architettura delle politiche di bilancio dell'Unione europea in generale più vincolante per gli Stati membri, istituendo un quadro più rigido per il coordinamento e il controllo delle politiche di bilancio⁶. In tale scenario si inseriscono una serie di interventi adottati tra

⁵ Come è noto a partire dalla ben nota pronuncia del Tribunale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) del 30 giugno 2009 sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la legge fondamentale (*Grundgesetz* - GG) si sono succeduti una serie di pronunce costituzionali in ordine alla valutazione delle scelte successive intraprese dall'UE. Per un esame dei riflessi e scelte normative costituzionali specifiche nei diversi paesi dell'UE si rinvia a M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROCHE, *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2016. Per un'analisi delle decisioni costituzionali emesse in alcuni paesi dell'UE a seguito delle adozioni delle misure cd. di austerità si rinvia a L.F. PACE, *And indeed it was a (failed) nullification crisis: The OMT judgment of the German Federal Constitutional Court and the winners and losers of the final showdown in the OMT case*, 2016, in www.sidiblog.org; D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, pp. 10 ss.; G. BRONZINI, *Le misure di austerità e la giurisprudenza "multilivello". Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna*, in *Questione giustizia*, 2015.

⁶ Tra le prime azioni dell'UE si inserisce l'istituzione del Semestre europeo quale risposta ai limiti che erano scaturiti dalla cd. strategia di Lisbona (Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo del 2000). In effetti il cd. metodo aperto, basato sulla partecipazione volontaria senza irrogazioni di sanzioni al perseguimento degli obiettivi macroeconomici si è posto come la principale causa del fallimento della stessa strategia di Lisbona, in ordine al coordinamento delle politiche macroeconomiche comprensive del risanamento di bilancio, qualità e sostenibilità delle finanze pubbliche così come rappresentati. Da qui, anche, la soluzione con l'istituzione del Semestre europeo che trova un suo fondamento già nella comunicazione del 3.3.2010 della Commissione EUROPA 2020 ove si auspicava una "governance economica più forte" mediante la necessità di un coordinamento delle politiche economiche, incentrato non più su base volontaria, ma su un sistema strutturato (nota 51 punto 5 della Comunicazione della Commissione, Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva). Sulla "scia" di tale percorso viene istituito il Semestre europeo il 7 settembre 2010 in seguito ad una decisione del Consiglio dei ministri finanziari (ECOFIN), quale ciclo di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio nell'ambito dell'UE volto a coordinare al meglio gli obiettivi delle politiche nazionali in materia di bilancio, crescita ed occupazione estendendo procedure di sorveglianza a politiche macroeconomiche più ampie. Per un approfondimento si veda S. BORRAS, C.M. RADAELLI, *The transformation of EU Governance, the open method of Coordination and the Economic crisis*, in *The eurozone crisis and the transformation of EU Governance*, Ashgate, 2014, pp. 43 ss.

il maggio 2010 e il marzo 2012, circa dieci⁷ provvedimenti strutturali concernenti: l'istituzione del Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF); il Patto Euro Plus; il cd. *Six Pack*; la creazione del Meccanismo europeo di stabilità⁸; il cd. *Fiscal Compact*.

Come viene evidenziato in dottrina la natura dell'attuale crisi (tanto quella sanitaria che quella economica a lei conseguente) è diametralmente opposta alla precedente; la presente è infatti esogena e simmetrica. In altri termini, è esogena in quanto non è causata dalla responsabilità di singoli Stati membri ma è originata da una causa esterna alla propria responsabilità, cioè una pandemia che ha già interessato ad oggi oltre 115 paesi del mondo. È inoltre una crisi simmetrica, cioè essa colpisce ed interessa tutti gli Stati dell'Unione allo stesso modo, sebbene con effetti ed incidenza differente. Inoltre, riguardo alla dimensione della crisi, essa è al momento paragonabile per dimensioni a quella di *Wall Street* del 1929 e, sotto questo aspetto, essa supera per dimensione anche quella finanziaria mondiale del 2007⁹.

⁷ A ben vedere i provvedimenti sono ben oltre la decina se si considerano anche i provvedimenti propri del settore bancario di cui *infra* che hanno comportato l'istituzione dell'*European Banking Authority* (EBA) dell'*European Securities and Markets Authority* (ESMA), *European Insurance and Occupational Authority* (EIO-PA). Come è noto una delle problematiche ha riguardato la base giuridica, considerato che non tutti i provvedimenti richiamati hanno trovato un loro fondamento all'interno del diritto dell'Unione. Ad esclusione del cd. *Six Pack*, e dell'istituzione del MES e degli altri provvedimenti operanti nel settore bancario e finanziario, per gli altri provvedimenti, il fondamento giuridico non è stato ricondotto all'interno dell'Unione bensì nell'ambito del diritto internazionale.

⁸ Detto anche Fondo salva Stati è un accordo internazionale che si pone al di fuori dunque dell'ordinamento giuridico dell'Unione, firmato il 2 febbraio 2012, che trova un suo collegamento con l'Unione nella modifica dell'art. 136 TFUE, ai sensi della quale «gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme». La stessa previsione normativa subordina la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo «a una rigorosa condizionalità» consistente nell'approvazione dei programmi di sostegno dell'accesso ai programmi di assistenza subordinati al rispetto dei criteri e delle procedure elencate dall'art. 121 TFUE. Come è noto, la scelta di ricorrere ad uno strumento di diritto internazionale ha posto alcune problematiche sulla compatibilità con il sistema dell'Unione nonostante la modifica di cui all'art. 136. Tali profili hanno trovato una ricostruzione nella Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, si veda in particolare par. 69. Per un approfondimento si rinvia a F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, pp. 723 ss. Sempre in ordine all'operatività del MEF nell'ambito del diritto dell'Unione europea, per profili diversi si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8 a 10/15 P, *Ledra Advertising*; sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, cause riunite da C-105 a 109/15. Per un approfondimento e bibliografia sul tema si rinvia a M.F. CUCCHIARA, *Fiscal Compact e Meccanismo Europeo di Stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1/2015, pp. 91 ss.

⁹ Per un ampio inquadramento e analisi strutturale della crisi che si è generata a partire dal 2019, anche nella prospettiva di raffronto con la crisi del decennio precedente si veda L.F. PACE, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione*, cit., in particolare p. 19.

3. I limiti della politica economica monetaria nella struttura dell'Unione

È di pacifica constatazione che la crisi economica generata per contenere la pandemia da Covid-19 avrà ripercussioni non solo sul mercato interno ma anche, a medio-lungo termine, sull'Unione economica e monetaria e più ancora sull'Eurozona¹⁰.

Chiede porsi, non tanto del quasi “naturale” collegamento tra politica economica e politica monetaria, ma della scelta di tenere differenziate, per certi versi sin dalla loro configurazione la competenza esclusiva della politica monetaria in capo all'UE (art. 3 TFUE) dalla politica economica basata sul mero coordinamento tra gli Stati membri (art. 5 TFUE)¹¹.

Questa differenziazione apparentemente insignificante, diviene marcante nel momento in cui gli Stati si trovino a far fronte a crisi economiche internazionali o a fasi di recessione, subendone gli effetti sull'economia reale e non avendo gli strumenti per incidere in modo efficiente sulla portata inflazionistica.

La connessione funzionale tra le due politiche può provocare stagioni alternate di crisi di economia reale, allor quando agli interventi della Banca centrale europea di riduzione dei tassi di interesse, funzionali al rilancio dell'economia reale nell'area euro, non seguono misure di politica economica interne capaci contestualmente di ridurre l'indebitamento statale e allo stesso tempo di garantire sviluppo e crescita nel medio lungo periodo. L'assenza di un'unione fiscale europea rappresenta un limite di intervento correttivo, allor quando si verificano *gap* funzionali tra la politica economica e la politica monetaria¹².

Anche gli stessi parametri di Maastricht, richiamati più volte, in caso di crisi richiederebbero una loro riflessione così come stati concepiti, dettata dal fatto che il contesto economico inter-

¹⁰ Per un inquadramento analitico di tali ricadute si veda E. PISTOIA, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES*, cit., pp. 55 ss.

¹¹ Come è noto il dibattito dottrinario concernente la necessità o meno di una preventiva omogeneità economica per realizzare l'unione monetaria si è posto sin dal Piano Werner. Il Trattato di Maastricht, come il rapporto Delors che lo ha preceduto, ha sposato la tesi di compromesso del “parallelismo” tra unificazione monetaria ed economica. Così da ultimo cfr. S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, Milano, 2001, cit., p. 32. Il difficile equilibrio tra politica economica e monetaria, si pone come una riflessione costante anche nell'attuale dibattito riguardante le opzioni strutturali di un rinnovato processo di riforma dell'Unione. Sul punto cfr. *ex multis* G. ROSSOLILLO, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione Europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 1/2018, pp. 121 ss.; L.F. PACE, *Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, 2018; S. CAFARO, *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?*, Napoli, 2017.

¹² Tali profili sono stati messi ben in luce di recente da Mario Draghi, nell'intervista rilasciata il 29 settembre 2019 sul *Financial Times*. *Draghi backs calls for fiscal union to bolster eurozone*.

nazionale è ben diverso dalla fase storica in cui sono stati pensati, e che le stesse politiche di bilancio degli Stati membri pur se non raggiungono il pareggio di bilancio pieno, sono ispirati a principi di sostenibilità completamente diversi da quelli impiegati negli anni novanta.

L'equilibrio tra sovranità statale e scelte di intervento da parte dell'Unione ha subito ulteriori contraccolpi nell'adozione di misure post-crisi 2009 e non è scontato che tali contraccolpi non si verifichino anche a seguito della fase attuativa delle misure post Covid-19, incentrate su sovvenzioni e prestiti che vanno ad incidere sull'economia reale. Allo stato attuale, e non poteva essere diversamente, gli strumenti di intervento hanno carattere emergenziale, ma allo stesso tempo come si avrà modo di evidenziare nell'indicare le misure indicate a margine Consiglio europeo del 21 luglio 2020, hanno anche un'ambizione operativa nel medio-lungo termine, con ciò significando che gli aspetti segnalati e che hanno matrice strutturale possono "giocare" un ruolo fondamentale nelle politiche ed intervento correttivi nel medio-lungo termine.

In risposta alla crisi del 2009 a misure di flessibilità condizionata nella fase *post-crisi* che avrebbero offerto scenari diversi, sono state preferite ed imposte da parte dell'Unione europea soluzioni "rigide" di contenimento della spesa pubblica dettate dalla rappresentazione dei rischi derivanti dai rilevanti debiti pubblici statali e dalla necessità di politiche miranti al cd. pareggio di bilancio, riscontrabili puntualmente anche nell'avvenuta modifica dell'art. 81 Cost., adottata in conformità del Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'unione economica e monetaria cd. *Fiscal Compact*. Inevitabili le ricadute di tali scelte sui diritti economico-sociali e sulle politiche di intervento statale a garanzia di tali diritti.

Ad essere interessati non sono stati infatti solo i diritti economici, ma anche quelli della persona¹³. A conferma di ciò si rinviene l'indirizzo giurisprudenziale maturato sul cd. costo dei diritti¹⁴.

¹³ Così R. CAFARI PANICO, *L'affievolimento dei diritti nella crisi economica e politica dell'Unione europea*, in *Rivista dell'integrazione europea*, n. 2/2017, p. 290. L'approfondimento delle incidenze sui diritti fondamentali derivanti dalle misure di intervento adottate in ambito UE si è posto negli ultimi anni come tema di particolare interesse. Sul punto si veda *ex multis* A. DI STASI, *Diritti fondamentali e processo di (dis)integrazione europea: una relazione complessa*, in M.C. BARUFFI, M. ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, 2018, pp. 25 ss.; M. CONDINANZI, *Unione economica e monetaria e politica sociale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dei Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, pp. 241 ss.; G.L. CECCHINI, *I diritti sociali nel quadro del diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica internazionale*, 2016, pp. 45 ss.; N. BRUUN, *Social Policy and Labour Law during Austerity in the European Union*, in *European Policy Analysis*, n. 2/2015; P. DE PASQUALE, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, pp. 265 ss.; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 79 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 2013, pp. 1643 ss.; E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011; R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, pp. 319 ss.

In questi anni la politica dell'Unione volta al contenimento dei bilanci statali in una prospettiva statica ed estremamente "ragionieristica" ha visto una crescita del prodotto interno lordo pressoché inesistente nella media europea dei Paesi membri, ciò evidenziando che il modello fin ad ora prefigurato non è funzionale alla crescita e sviluppo e benessere dei popoli, obiettivi quest'ultimi ritenuti fondamentali del percorso europeo e consacrati a partire da Preambolo del Trattato di Roma del 1957. Se tali valutazioni si presentavano fondate prima della pandemia a maggior ragione diventano attuali nella fase di post Covid-19 dove inevitabilmente si genereranno dei *gap* di intervento tra misure economiche e necessità di correttivi monetari.

4. Misure di intervento dell'Unione europea

Al momento in cui si scrive sembra essersi delineato il perimetro di intervento da parte dell'Unione sulla base degli strumenti ed obiettivi concordati nel Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, e confermati nel Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020. Il percorso di adozione e soprattutto di individuazione delle misure non è stato affatto scontato, come non si presenta al quanto facile la nuova fase attuativa, che prenderà il via dopo l'approvazione dei piani definitivi dei progetti di rilancio degli Stati membri. È pur vero, però, che l'Unione europea in modo tempestivo al manifestarsi della pandemia ha posto l'attenzione sulla necessità di intervenire a sostegno degli Stati dell'Unione. Com'è noto all'inizio della pandemia solo pochi Stati risultavano particolarmente coinvolti, ma nonostante ciò, sin da subito la "chiave di lettura" è stata quella di individuare delle misure ispirate al principio di solidarietà. Esso costituisce un valore fondamentale dell'ordinamento dell'Unione (art. 2 TUE) ed è richiamato con frequenza nei Trattati come principio interpretativo (considerando 6, artt. 3, 21, 24, 31 TUE, artt. 67, 80, 194 TFUE). Poche sono però le norme che lo richiamano al fine di definire le misure normative in risposta a specifiche situazioni (art. 122 TFUE, con riferimento alla politica economica; art. 222 TFUE, con riferimento alle conseguenze di attacchi terroristici). L'art. 122 TFUE richiama, con un riferimento di grande significato che va al di là del solo diritto, che le misure di risposta ad una specifica situa-

¹⁴ Come riassuntive del mutamento di indirizzo in ordine alla ridefinizione delle condizioni di esercizio delle libertà fondamentali tra gli Stati dell'UE si veda sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*; sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2016, causa C-308/14, *Regno Unito*.

zione economica devono essere emanate «in uno spirito di solidarietà tra Stati membri» (art. 122, comma 1, TFUE)¹⁵.

Se è stato chiaro sin da subito che il principio di solidarietà doveva trovare una sua attuazione, non può dirsi dello stesso in ordine alle misure a cui ricorrere. L'unico strumento giuridico prontamente operativo nato a margine della crisi del precedente decennio, era rappresentato dal MES. Si apre così nel mese di marzo 2020 un'intensa attività di analisi delle proposte, rispetto alle quali è mancato uno specifico accordo, come emerge dalla stessa Dichiarazione comune del Consiglio europeo del 26 marzo¹⁶. Se nel Consiglio europeo di marzo non si è giunti ad un accordo specifico, a diverse conclusioni deve giungersi per quanto riguarda l'azione della BCE, considerato che il 24 marzo il Consiglio direttivo della stessa ha deliberato una misura di cd. allentamento monetario, *quantitative easing*, di 750 miliardi, nell'ambito del cd. *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), al fine di incentivare la ripresa economica anche in una prospettiva di riduzione dell'inflazione.

A partire da tale data si sono susseguiti una serie di proposte. Già il 9 aprile 2020 l'Eurogruppo ha reso noto un *Report on the comprehensive economic policy response to the Covid-19 pandemic* in cui, oltre a passare in rassegna tutte le iniziative, ha rappresentato una speciale assistenza finanziaria del MES agli Stati dell'Eurozona denominata *Pandemic Crisis Support*. Nel Consiglio europeo del 23 aprile le proposte assumono una loro consistenza sia nelle cifre che nei tempi di intervento, lasciando aperto un dibattito che trova una sua sintesi nel richiamato e successivo Consiglio Europeo di luglio¹⁷. Nelle diverse valutazioni, che si sono susseguite e che hanno riguardato ad es. il ricorso esclusivo o meno agli *Eurobond* quale meccanismo solidale dei Paesi facenti parte dell'eurozona, di certo una costante ha riguardato la valutazione dell'utilizzo del MES giungendo nell'Eurogruppo a configurare una linea di credito pari al 2% del PIL dello Stato richiedente con l'unica condizione rafforzata (*Enhanced Conditions Credit Line* - ECCL) di impiegare le risorse ottenute per coprire spese sanitarie legate all'emergenza del Covid-19.

¹⁵ Sotto questo aspetto l'art. 122 TFUE costituisce una rilevante (ed unica) deroga al principio dell'esclusiva responsabilità degli Stati per la propria situazione economica (combinato disposto degli articoli 122 e 125 TFUE). Così da ultimo ed in richiamo L.F. PACE, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione*, cit., p. 21.

¹⁶ Tale misura ha avuto come obiettivo la riduzione del costo dei tassi di interesse garantendo una maggiore liquidità nell'Eurozona. Per un approfondimento si veda C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria*, in *aisdue.eu*, n. 5, 16 aprile 2020, pp. 39 ss.

¹⁷ Va precisato che nel Consiglio europeo del 23 aprile 2020 è stato deciso di varare un piano di 540 miliardi di euro per rafforzare le reti di sicurezza per sostenere i lavoratori, imprese e i paesi. Per una ricostruzione analitica delle fasi e delle misure proposte, antecedenti al Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 si veda E. PISTOIA, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES senza condizionalità*, cit., in particolare pp. 56 ss.

La condizionalità dell'assistenza finanziaria erogata dal MES è prevista non solo dal relativo trattato istitutivo e, per quanto specificamente concerne l'assistenza finanziaria precauzionale, dalle linee guida pertinenti, ma anche dal TFUE. L'art. 136, par. 3, TFUE, non lascia spazio a deroghe imponendo una "rigorosa condizionalità" a *qualsiasi* assistenza finanziaria erogata nel quadro del meccanismo¹⁸.

Certamente una svolta significativa si è avuta a conclusione del Consiglio europeo del 21 luglio, ove i leader dell'UE hanno concordato un intervento di importo complessivo di 1824 miliardi di EUR per il periodo 2021-2027¹⁹.

Il pacchetto riunisce il quadro finanziario pluriennale oltre 1000 miliardi e lo strumento cd. *Next Generation* di 750 miliardi, volto a sostenere gli investimenti nelle transizioni verde e digitale e per far fronte alla crisi con individuazione di settori strategici. Con particolare riferimento allo strumento *Next Generation* al fine di reperire le risorse la Commissione è stata autorizzata a contrarre prestiti, per conto dell'Unione, sui mercati dei capitali fino a 750 miliardi di EUR a prezzi 2018. Gli importi così reperiti dovranno essere impiegati per erogare prestiti, fino a concorrenza di 360 miliardi di euro, e per spese, fino a concorrenza di 390 miliardi di euro a prezzi 2018.

Si è delineato così un piano di finanziamento ripartito tra gli Stati secondo i criteri indicati nell'atto finale del Consiglio europeo che ha individuato anche le scadenze di rimborso per la parte individuata prestito e non sovvenzione. Sulla base di tali determinazioni i governi nazionali sono chiamati a presentare i piani dettagliati dei progetti per cui è richiesto il finanziamento, prevedendo altresì delle politiche normative di supporto. I singoli piani nazionali dovranno essere approvati dal Consiglio a maggioranza qualificata, e dovranno ispirarsi alle linee guida fornite dalla Commissione. A partire da tale verifica, si apre fino al 2026 una stagione di attento monitoraggio da parte dell'Unione europea in ordine all'attuazione degli obiettivi da raggiungersi, prevedendo altresì, una procedura di sospensione dell'erogazione dei fondi cd. procedura di emergenza, nel caso in cui non vengano rispettate le singole fasi attuative.

Al di là delle somme destinate a titolo di sovvenzione, restano aperti interrogativi su quella parte di somme di cui beneficiano gli Stati e che dovranno restituire anche se con una scadenza

¹⁸ L'art. 12, par. 1, TMES contiene indicazioni concrete sui possibili contenuti di tale condizionalità, facendo menzione di una sorta di soglia minima e di soglia massima: se la seconda consiste in un programma di correzioni macroeconomiche, la prima riguarda il rispetto costante di condizioni di ammissibilità predefinite. Così, da ultimo ed in richiamo E. PISTOIA, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES senza condizionalità*, cit., pp. 59 e 63.

¹⁹ Per gli atti preparatori e per il testo della Dichiarazione finale del Consiglio del 17-21 luglio 2020 si veda www.consilium.europa.eu/it/meetings/european-council/2020/07/17-21/.

programmata al 2058. Gli interrogativi come si è avuto modo di rappresentare concernono le cd. coperture strutturali che involgono direttamente gli Stati membri ma allo stesso tempo l'Unione europea, nell'ipotesi in cui occorran manovre correttive di natura monetaria, considerato che gli interventi per far fronte alla crisi del decennio precedente hanno già "saturato" il margine minimo del costo dell'euro sulla base dei tassi di interesse.

5. Profili conclusivi

La fase attuale avvolta dall'incognita della pandemia indubbiamente si presenta preoccupante per gli effetti economici, non solo nel breve, ma anche nel medio e lungo periodo. Come si è detto si tratta di una crisi che prescinde dai singoli Stati e che rischia di travolgere l'intera economia globale. Rispetto a ciò, la partecipazione degli Stati in Organizzazioni internazionali, come l'Unione europea si pone come una solida premessa per far fronte alla stessa crisi, soprattutto quando il principio solidarietà trova una completa e sostanziale attuazione.

Non si tratta però di una condizione sufficiente per uscire dalla stessa crisi, considerato che si renderanno opportune riflessioni volte a rafforzare il rapporto tra Unioni e Stati membri. Nell'ultimo decennio il rapporto fra Unione e Stati membri è stato messo alla prova più volte e su diversi ambiti. La scelta del modello "ibrido" di Unione si "colora" delle sue problematiche proprio di fronte ad ambiti in cui la sovranità statale è chiamata a porre scelte autonome, nella cornice degli obiettivi prefigurati dall'Unione. Ebbene, non sarà esente da tale raffigurazione la "nuova" stagione di *governance* economica che dovrà far fronte alla crisi, considerato che le misure messe in campo dall'Unione richiedono necessariamente un percorso "parallelo", tra Unione e Stati membri di misure ed interventi anche di natura strutturale.

FRANCESCO BUONOMENNA
Università degli Studi di Salerno

GLI EFFETTI DEL “CORONAVIRUS” SUI CONTRATTI DI LOCAZIONE COMMERCIALE

1. Il “Paziente 1” nel campo delle locazioni commerciali. Il primo caso di mancato versamento del canone a seguito del “Coronavirus” - 2. Dal “fatto” al “diritto”: il quadro normativo tra codice civile e legislazione speciale - 3. Il mancato godimento del bene e la posizione del conduttore (debitore del canone) - 4. La decretazione d’urgenza e le misure adottate per i contratti di locazione commerciale - 5. L’esigenza di una nuova disciplina di “parte generale” per fronteggiare le sopravvenienze

1. Il “Paziente 1” nel campo delle locazioni commerciali. Il primo caso di mancato versamento del canone a seguito del “Coronavirus”

Se è vero che il diritto vive nella fattualità, allora per valutare l’impatto del “Coronavirus” nel settore delle locazioni commerciali è bene partire dall’esame di uno dei primi casi esaminati dalla giurisprudenza. La circostanza poi, che a sole poche settimane dall’esplosione della pandemia, si sia già arrivati ad un pronunciamento giudiziale rende la cifra dell’impatto della pandemia nel settore degli affitti. Non è certamente compito di un giurista spiegare il ciclo economico che sovrintende il settore, vero è che nella grande maggioranza dei casi il canone è pagato dal conduttore grazie ai proventi dell’attività che si esercita nel bene locato, di modo che se l’attività si dovesse interrompere assai difficilmente la parte riuscirà a far fronte con regolarità al pagamento del canone mensile per come originariamente pattuito. Nella misura in cui l’attività posta in essere all’interno dell’immobile genera liquidità si riusciranno ad adempiere le obbligazioni inerenti all’attività imprenditoriale del conduttore (di cui il pagamento del canone rappresenta una quota significativa degli incassi mensili).

Il Tribunale di Venezia (I sez. civile, giudice Dott.ssa D.B., provvedimento del 14 aprile 2020)¹ – ha ordinato ad un primario istituto di credito nazionale di non azionare la fideiussione a garanzia di un contratto di affitto di locali destinati alla vendita di articoli di pelletteria nella città lagunare. La decisione adottata dal giudice in sede di ricorso *ex art. 700 cod. proc. civ.* – cioè come provvedimento di urgenza – ha preso atto della sospensione dei termini di tutti i procedimenti disposta dalle norme emergenziali ma, per evitare il rischio di danneggiare ulteriormente la posizione (il diritto) del negoziante, ha comunque ordinato “lo stop” alla banca chiamata in causa per

¹ Cfr. *Il Sole 24 Ore*, ed. di giovedì 23 aprile 2020, p. 23 (ma la notizia per la sua importanza è stata ripresa anche da molte altre testate giornalistiche).

garantire il credito nascente dal contratto. La vicenda negoziale portata in giudizio è particolarmente sfortunata, considerato che, come emerge dagli atti di causa, poche settimane dopo la conclusione del contratto (per il controvalore di 4.500,00 euro mensili di canone), Venezia finì sotto “l’acqua alta” record degli ultimi cinquant’anni (187 cm), evento iniziato il 13 novembre e cristallizzato nella dichiarazione di calamità del 14 novembre 2019, delibera del Consiglio dei Ministri con validità di 12 mesi. Il 23 febbraio 2020, poi, praticamente senza soluzione di continuità, Venezia veniva qualificata come “zona rossa” per il Covid-19 in quello che è stato, di fatto, solo il primo di una serie di decreti emergenziali. Nella sostanza, secondo il legale dell’esercente J.M., il conduttore si è trovato così in una situazione di impossibilità definitiva ad adempiere per causa a lui non imputabile, tale da giustificare il recesso unilaterale dal contratto. Soluzione, questa, non gradita al proprietario delle mura del negozio che, dopo la restituzione delle chiavi avvenuta il 10 marzo 2020 (e accettata) aveva contestato il mancato preavviso di sei mesi ed aveva contestualmente avviato, il 1° aprile 2020, l’escussione della fideiussione accesa presso la Banca convenuta ed estensibile fino a 19.500,00 euro.

Per il legale dell’inquilina però, «la deducente è in ginocchio e non è assolutamente in grado – né ha più interesse, non per fatto proprio – di fare fronte alla stessa attività aziendale (e tanto meno al pagamento del canone di locazione). L’attività verrebbe svolta in perdita e comunque *inutiliter*». Alla luce di questi accadimenti, il provvedimento d’urgenza del giudice Dott.ssa D.B. ha provvisoriamente bloccato l’escussione della fideiussione bancaria, ma ha rimesso al proseguo della stessa fase cautelare il contraddittorio, concedendo alle parti il termine fino al 22 maggio 2020 per presentare memorie sull’istanza cautelare di parte attrice e riservandosi comunque di stabilire le modalità e la tempistica per il proseguo del giudizio. Com’è facile immaginare a questo primo caso ne sono seguiti (e ne seguiranno) altri (molti).

Meritano sicuramente di essere segnalate, anche perché edite, due ulteriori pronunce di poco più recenti. Un primo caso ha riguardato un contratto di affitto di azienda di una struttura alberghiera², che, a causa della pandemia e delle misure adottate dal Governo, ha chiuso non riuscendo ad incassare alcunché (di qui la difficoltà per l’affittuario di corrispondere i canoni di affitto nei modi e nei termini concordati). Inoltre, ad aggravare il quadro fattuale la circostanza che al momento della conclusione del contratto, l’affittuario aveva consegnato al locatore degli assegni (tuttavia, privi di data), a garanzia dei futuri adempimenti. Il conduttore, temendo che la propria

² Cfr. Trib. Rimini, 25 maggio 2020, dal sito www.eclegal.it, edizione di martedì 9 giugno 2020.

controparte potesse portare gli assegni all’incasso, ha proposto ricorso d’urgenza, ai sensi dell’art. 700 cod. proc. civ., domandando al giudice una pronuncia volta ad inibire l’incasso dei suddetti titoli. Il Tribunale, valutate tutte le circostanze del caso, e in particolare le misure di contenimento imposte dal Governo che hanno fortemente limitato l’attività economica nel settore alberghiero, ha vietato al locatore di portare gli assegni all’incasso.

In un secondo precedente³, sempre relativo ad un affitto di azienda avente ad oggetto un negozio sito in un centro commerciale della Capitale, era stato previsto un canone mensile di 6.600,00 euro. Anche in questo caso, a seguito delle misure di contenimento adottate, il negozio è rimasto chiuso per un periodo di poco più di due mesi (e precisamente dall’11 marzo 2020 al 18 maggio 2020); il conduttore, non avendo ricevuto alcun introito dalla propria attività, ha lamentato una seria difficoltà ad onorare il contratto. In verità, come emerge dagli atti di causa, il conduttore era già moroso per altri importi rispetto ai quali era intervenuto un accordo transattivo, che prevedeva il pagamento “a saldo e stralcio” della somma di circa 49.000,00 euro. Tuttavia, proprio in conseguenza della chiusura, il soggetto è ancora più esposto e non in grado di adempiere le due obbligazioni, di modo che ricorre, sempre *ex art. 700 cod. proc. civ.*, chiedendo che il giudice lo esoneri dall’effettuare i due versamenti (quello per il canone e quello generato dal piano di rientro). In questo caso il Tribunale ritiene che le misure di contenimento rendano parzialmente impossibile la prestazione del conduttore, con conseguente riduzione del canone di affitto; tuttavia, rigetta la domanda cautelare proposta dal conduttore, non potendosi configurare alcun *periculum in mora*, poiché la somma che la parte è tenuta a versare per il canone ridotto durante il periodo di sospensione è modesta (soprattutto rispetto a quanto originariamente pattuito), e il suo pagamento non è in grado di produrre alcun pregiudizio imminente e irreparabile. Il conduttore, infatti, è comunque già debitore di altre, e molto maggiori, somme nei confronti della parte locatrice.

2. Dal “fatto” al “diritto”: il quadro normativo tra codice civile e legislazione speciale

Com’è facile rilevare, i contratti di durata, fra questi sicuramente le locazioni⁴, sono fisiologicamente esposti alle sopravvenienze che intervengono nel corso del rapporto⁵; sopravvenienze

³ Cfr. Trib. di Roma, 29 maggio 2020, dal sito www.eclegal.it, edizione di martedì 14 luglio 2020.

⁴ All’interno dell’ampia letteratura che si è andata sviluppando sul tema cfr. A. TABET, *Locazione (in generale) (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto*, 1968, IX, pp. 996 ss.; G.S. LOCO, *Locazione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1974, XXIV, pp. 918 ss.; P. ZANNINI, *Locazione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche (sez. civ.)*, 1994,

che, andando ad incidere sulle prestazioni di una (o entrambe le parti) incidono sul sinallagma contrattuale, modificando l'assetto di interessi avuto di mira dai contraenti al tempo della formazione del vincolo. Il tempo (la cristallizzazione del vincolo), come dimostrano i casi appena esaminati, può essere di pochi mesi antecedente il verificarsi dell'evento traumatico, come pure, stante il carattere "di durata" della locazione anche di molto successivo alla sua conclusione; ma gli effetti sulla struttura del negozio sono i medesimi. Dal punto di vista normativo, il canone riequilibra la posizione dei soggetti remunerando in denaro e in maniera costante (ad es., mese per mese) il mancato godimento che il titolare del bene sarebbe legittimato ad ottenere qualora potesse disporre del bene stesso; il locatario non avendo più la disponibilità della cosa ne percepisce mensilmente delle utilità sotto forma appunto di canone.

Inoltre, non si può non ricordare come i contratti di locazione ad uso commerciale hanno una durata prestabilita dalla legge e, nel caso in cui i contraenti ne concordino una diversa, la locazione s'intende comunque stabilita per il termine fissato dalla normativa (il legislatore commina addirittura la nullità per la clausola che dovesse prevedere una durata inferiore a quella legale). In particolare, è il legislatore stesso a indicare che la durata minima della locazione dipende dall'uso a cui è adibito l'immobile: sei anni per i beni impiegati ad uso industriale, commerciale, artigianale, professionale, turistico; ovvero nove anni per quelli destinati ad uso alberghiero⁶. Inoltre, proprio dal novero delle regole che governano il contratto di locazione emerge che la locazione è un contratto tipicamente oneroso, ossia che il godimento viene concesso, giusto quanto disposto dall'art. 1571 cod. civ., «verso un determinato corrispettivo». L'art. 1578 cod. civ. consente una riduzione del corrispettivo, ma solo se la cosa locata presenta dei vizi, e un'epidemia non rappresenta certo un vizio della cosa. Un'ulteriore ipotesi di possibile riduzione del corrispettivo si ha nel caso di riparazioni della cosa locata (cfr. art. 1584 cod. civ.), ma, com'è ovvio, l'epidemia non rientra nemmeno in questa fattispecie. A rafforzare l'onerosità del negozio, il legislatore prevede fra le obbligazioni principali del conduttore quella di versare il corrispettivo nei termini convenuti⁷; la

XI, pp. 94 ss.; F. TRIFONE, *Locazione VI) Locazioni ad uso non abitativo*, in *Enciclopedia Giuridica*, 2001, XIX, pp. 1 ss.

⁵ In via di prima approssimazione può senz'altro concludersi nel senso che le sopravvenienze sono quegli eventi sopravvenuti rispetto alla stipulazione del contratto, che incidono sullo stesso e la cui verifica prescinde dalla volontà delle parti. È evidente che la chiusura di tutte le attività commerciali disposta *ex lege* dal Governo rappresenta a pieno titolo una sopravvenienza che crea uno squilibrio tra le prestazioni per come originariamente concordate.

⁶ Invece, la durata è liberamente determinabile dalle parti per gli immobili di carattere transitorio per natura.

⁷ Infatti, «l'omesso pagamento del canone legittima il locatore ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore» (cfr. Cass. 12 febbraio 2019, n. 3971, in *Immobili e Proprietà*, 2019, pp. 189 ss.); e,

parte, proprio perché ha la disponibilità di un bene, non solo deve «dare il corrispettivo», ma questo deve essere versato «nei termini convenuti» (cfr. n. 2 dell’art. 1587 cod. civ.) e, nella stragrande maggioranza delle locazioni commerciali, il termine convenuto è mensile⁸.

Se dal codice civile si passa alla disciplina delle locazioni commerciali contenuta nella l. n. 392 del 1978 la prospettiva non cambia⁹: anche in questa normativa non si rinviene alcuna disposizione *ad hoc* che liberi il conduttore (magari al verificarsi di determinate circostanze) dall’obbligo di pagare il canone nel termine pattuito. Anzi, ai sensi dell’art. 5 «il mancato pagamento del canone decorsi venti giorni dalla scadenza prevista [...] costituisce motivo di risoluzione, ai sensi dell’articolo 1455 del codice civile»; non v’è dubbio, quindi, che nella locazione proprio il puntuale versamento del canone costituisce uno dei pilastri su cui si regge la struttura del negozio, venendo meno il quale si verifica già per volontà del legislatore una situazione di grave inadempimento che legittima lo scioglimento del vincolo¹⁰.

Alla luce di queste sommarie indicazioni, non resta che constatare come dei rimedi efficaci per il conduttore in difficoltà economico-finanziaria per la serrata che si è venuta a creare a seguito dei provvedimenti governativi volti ad impedire il diffondersi dei contagi non si ritrovino né nella disciplina speciale, né in quella più generale sulle locazioni contenuta nel codice¹¹. Soluzioni più o meno puntuali possono allora essere ricercate solo volgendo lo sguardo alle regole generali (*rectius* ai principi) su cui poggia l’intera parte generale delle obbligazioni e dei contratti.

ancora, il conduttore non può astenersi dal versamento del canone, né può ridurlo unilateralmente, nel caso in cui si verifichi una riduzione o una diminuzione nel godimento del bene, anche quando assume che detto evento sia ricollegabile al fatto del locatore (cfr. Trib. Potenza 25 luglio 2019).

⁸Di fatto, solo nei negozi di mutuo o di leasing tra imprenditori (cd. contratti *B to B*) si rinvergono pagamenti della rata o del canone con cadenza trimestrale, semestrale, ovvero annuale.

⁹ Cfr. infatti legge 27 luglio 1978, n. 392, recante «Disciplina delle locazioni di immobili urbani», in G.U. n. 211 del 29 luglio 1978.

¹⁰ Può essere utile ricordare che per quanto riguarda il giudizio sull’importanza dell’inadempimento, il contratto deve essere considerato nella sua unitarietà e l’art. 1455 cod. civ. non distingue tra mancata esecuzione di un’obbligazione principale o mancata esecuzione di un’obbligazione secondaria o accessoria: anche un inadempimento iniziale di scarso rilievo (mancato pagamento di uno o due canoni) può rivestire i caratteri della serietà e della gravità di cui all’art. 1455 cod. civ. se si protrae nel tempo e se persiste malgrado il ricorso alle vie giudiziali (sul punto cfr. pure S. CHERTI, *Risoluzione e gravità dell’inadempimento nel contratto di transazione*, nota a Cass. 20 febbraio 2018, n. 4022, in *Corriere giuridico*, 2019, pp. 186 ss.).

¹¹ La sera del 9 marzo 2020 il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha emanato il d.P.C.M. recante «Nuove misure per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19 sull’intero territorio nazionale» (il provvedimento ha esteso le misure di cui all’art. 1 del d.P.C.M. 8 marzo 2020 a tutto il territorio nazionale, vietando ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico). Proprio con la firma del d.P.C.M. 9 marzo 2020 cd. “Decreto #IoRestoaCasa” è iniziato su tutto il territorio nazionale il periodo di *lockdown* protrattosi, nella sua forma più rigorosa per 69 giorni (con forti limitazioni agli spostamenti delle persone dal proprio comune di residenza) e conclusosi il 18 maggio 2020.

3. Il mancato godimento del bene e la posizione del conduttore (debitore del canone)

Come da più parti osservato all'indomani del cd. *lockdown*, il conduttore per mitigare gli effetti sfavorevoli della pandemia avrebbe potuto invocare la disciplina dell'impossibilità della prestazione ai sensi dell'art. 1256 cod. civ. che estingue l'obbligazione. La norma distingue fra impossibilità "definitiva" e "temporanea"; tuttavia, l'obbligazione del conduttore che consiste nella dazione di una somma di danaro non può certo dirsi divenuta impossibile per il solo fatto che i locali commerciali sono dovuti rimanere chiusi in virtù dei divieti imposti dal Governo per fronteggiare l'emergenza sanitaria. L'assunto può trovare una qualche giustificazione solamente dal punto di vista fattuale, facendo riferimento all'*id quod plerumque accidit*, e proprio i casi ricordati in apertura ne sono una felice testimonianza, ma non ha alcun appiglio normativo. Non va dimenticato che in maniera granitica la giurisprudenza ritiene che un'obbligazione pecuniaria non venga meno semplicemente perché il debitore si sia venuto a trovare in una situazione di incapacità di pagare.

Rispetto alla situazione di fatto venutasi a creare, più pertinente appare il richiamo all'art. 1464 cod. civ. che concerne l'impossibilità parziale nei contratti a prestazioni corrispettive: la norma prevede che «quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale». Com'è evidente, la prospettiva muta e quella che viene in rilievo non è l'obbligazione del conduttore, bensì quella (tipica) del locatore di assicurare il godimento dell'immobile. Infatti, in virtù dell'art. 1575 cod. civ. il locatore deve garantire il pacifico godimento durante tutta la durata del contratto. L'epidemia e la situazione che complessivamente si è venuta a creare hanno inciso proprio sul pacifico godimento, o meglio, i provvedimenti del Governo che hanno imposto la chiusura degli esercizi commerciali hanno reso impossibile al locatore di poter assicurare alla controparte di trarre quelle utilità dal bene che avrebbero verosimilmente consentito il regolare pagamento del canone. Si tratta di un'impossibilità parziale perché il vincolo di indisponibilità è stato di volta in volta fissato da provvedimenti governativi aventi tutti un termine (di fatto, la serrata ha riguardato buona parte del mese di marzo e i mesi di aprile e maggio 2020). Dunque, se è impossibile la prestazione del locatore l'art. 1464 cod. civ. dovrebbe consentire al conduttore di chiedere

una corrispondente riduzione della controprestazione, che ovviamente coincide con le mensilità di canone del periodo di chiusura.

In questo quadro, giova ricordare un caso che, proprio in materia locatizia, ha legato la violazione delle pattuizioni contrattuali al diritto ad una riduzione del corrispettivo¹². Secondo i Giudici di legittimità nell'ipotesi in cui l'immobile locato si venga a trovare, anche se non per colpa del locatore, in condizioni tali da non consentire il normale godimento del bene in relazione alla sua destinazione contrattuale¹³, il conduttore, convenuto in giudizio per il pagamento dell'intero canone, ha il diritto ad ottenere una riduzione del canone stesso, proporzionale alla riduzione dell'utilità, a causa dei limiti esistenti al pieno godimento del bene per come individuato nel contratto. Se ben riguardata, la fattispecie presenta forti analogie con i casi di mancato godimento del bene locato a causa dell'emergenza “Coronavirus”. Tra i punti di contatto, rilevanti per la soluzione del problema, vanno enucleati la riduzione, in un tempo successivo la conclusione del contratto, della possibilità di godere pienamente del bene, l'esistenza di pattuizioni che nel contratto stesso dettagliano il tipo di utilità che il conduttore è legittimato ad aspettarsi dall'immobile e la loro accettazione da parte del locatore e, infine, il fatto che l'impossibilità di godere del bene non dipende né del locatore né dal conduttore, bensì da un terzo (ad esempio, la cattiva manutenzione operata dal condominio in cui si trova l'immobile).

Come osservato, nell'emergenza epidemiologica che ha messo in crisi il mercato delle locazioni, la circostanza che impedisce l'apertura dei negozi è il cd. *factum principis*, ossia un provvedimento che proviene da un'entità terza rispetto ai contraenti, e che vieta una determinata condotta. La normativa emanata nel periodo febbraio-giugno 2020 ha avuto un effetto diretto sul contratto andando ad incidere (modificandolo) sull'assetto di interessi originariamente pattuito. I provvedimenti adottati sono equiparabili ad eventi di forza maggiore (come nell'esempio appena ricordato le infiltrazioni di umidità). Se si seguisse la *ratio* già adottata, la conseguenza diretta dell'impossibilità di godere appieno del bene locato è il diritto del conduttore di ottenere una riduzione del canone in proporzione alla perdita di realmente subita. Una riduzione di tal fatta avrebbe il merito di riequilibrare *ex post* il sinallagma contrattuale, compensando la perdita effettivamente subita dal conduttore: la parte, non potendo godere del bene per come originariamente pattuito (e sperato) non è più tenuta a pagare i canoni nella loro consistenza originaria. Così po-

¹² Cfr. Cass. 27 febbraio 2004, n. 3991, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, 2004, p. 370.

¹³ Nel caso di specie si trattava di infiltrazioni di umidità derivanti dal cattivo stato di manutenzione delle tubature condominiali che avevano reso l'immobile parzialmente inagibile.

sta, la soluzione appena prospettata potrebbe essere di ausilio in tutti quei casi in cui i conduttori, pur non potendo godere dell'immobile a seguito della normativa emergenziale, si sono visti richiedere il pagamento, per intero, di tutti i canoni dovuti.

Per continuare nel solco appena tracciato, si può ricordare un altro interessante precedente¹⁴: subito dopo la conclusione di un contratto di locazione commerciale, l'immobile fu sottoposto a sequestro penale. Il conduttore per rimanere indenne dalle conseguenze negative prodottesi, agì in giudizio contro il locatore, che venne condannato al risarcimento dei danni. In questo caso, il principio di diritto enunciato che si può enucleare è che, perché l'impossibilità della prestazione costituisca causa di esonero del debitore da responsabilità, deve essere offerta la prova della non imputabilità dell'evento impeditivo, non essendo rilevante – in mancanza – la configurabilità o meno del *factum principis*. Dunque, secondo la giurisprudenza è necessario ricostruire le cause che hanno reso impossibile il godimento del bene; se sono ascrivibili al conduttore (se dipendono da una qualche sua colpa), questi non può andare esente da responsabilità, anche se la causa immediata del mancato godimento è, come nel caso concreto, un sequestro penale. Ancora una volta, applicando le *rationes* agli effetti dei provvedimenti del Governo di chiusura degli esercizi commerciali a seguito dell'epidemia da Covid-19, emerge come ai conduttori non possa essere mosso alcun rilievo, né possa rivenirsi alcuna responsabilità. Dunque, nel quadro delle condizioni venutesi a creare a seguito del "Coronavirus" l'impossibilità di poter godere dell'immobile dovrebbe poter rappresentare una buona ragione per contestare il diritto all'integrale pagamento del canone.

I precedenti appena richiamati come pure la normativa in vigore mostrano comunque una forte inadeguatezza dell'ordinamento a fronteggiare la situazione del tutto nuova e improvvisa causata dall'epidemia. Alla strada di lunghi e costosi contenziosi tra locatori e conduttori sarebbe preferibile, proprio perché ci si muove su un terreno dove è maggiore il ruolo dell'autonomia privata, la ricerca di accordi modificativi e integrativi di quanto originariamente pattuito. In linea teorica, e limitandosi alle vicende del canone che sono quelle che si sono dimostrate più stringenti ed attuali, si possono prevedere quattro diversi scenari¹⁵. Infatti, le parti possono prevedere o una semplice sospensione dei canoni, che saranno corrisposti dal conduttore solo alla fine

¹⁴ Cfr. Cass. 25 maggio 2017, n. 13142, in *Immobili e Proprietà*, 2017, p. 531.

¹⁵ L'ottica è quella del mantenimento del vincolo. La strada dello scioglimento consensuale, ovvero quella della risoluzione per inadempimento rimangono comunque percorribili, ma proprio perché comportano il venir meno del vincolo, che è il *titulus* su cui poggia la pretesa del locatore, sono le meno rilevanti ai fini della ricerca di risposte efficaci all'epidemia.

dell'epidemia; o la riduzione dei canoni stessi per tutto il periodo dell'emergenza (periodo che potrà essere individuato in via negoziale, oppure servendosi delle scadenze indicati nei diversi decreti) o, ancora, l'azzeramento dei canoni per il periodo di maggiore criticità o, da ultimo, una loro riduzione sia durante che dopo il periodo dell'epidemia.

Com'è ovvio, ognuna delle soluzioni appena tratteggiate presenta vantaggi e svantaggi. In primo luogo, la semplice sospensione dei canoni, se da un lato permette al conduttore una dilazione degli impegni economici, dall'altro potrebbe non essere sufficiente, posto che, terminata la moratoria, il soggetto sarà comunque tenuto al versamento di quanto originariamente pattuito. Con i dati provenienti dai principali indicatori economici è facile prevedere che il calo di fatturato determinato dall'epidemia farà sentire i suoi effetti anche in futuro. Posto che nelle locazioni commerciali la misura del canone è connessa ai profitti generati dall'attività, è evidente che oltre all'azzeramento del fatturato in seguito ai provvedimenti governativi non si potrà non tener conto della contrazione dei consumi (e dei guadagni) una volta terminata la fase emergenziale. In pratica, la parte oltre a non aver incassato alcunché nei mesi di chiusura totale, nei mesi successivi si troverà a percepire di meno di quanto avveniva prima dell'epidemia: difficile immaginare come, alla cessazione della moratoria convenuta, il conduttore possa corrispondere senza ulteriore indugio sia i canoni sospesi, sia quelli nuovi.

La riduzione dei canoni durante l'epidemia (si immagini nella misura del 50% rispetto a quanto originariamente convenuto) è una soluzione più che plausibile, perché contempera gli interessi del locatore e del conduttore. Il presupposto è, tuttavia, che il conduttore abbia un minimo di liquidità per continuare ad affrontare i pagamenti in un periodo in cui vengono meno gli incassi. Invece, per quanto riguarda il locatore un primo problema potrebbe essere rappresentato dalla garanzia rappresentata dalla *lex contractus*: il programma negoziale, che è legge tra le parti, non può essere disatteso. Ulteriori considerazioni riguardano il piano più squisitamente pratico; infatti, come stanno dimostrando i dati provenienti dai principali operatori economici, il mercato delle locazioni commerciali ha subito una forte contrazione dovuta al fatto che diverse attività non riapriranno (magari perché ormai determinati acquisti ci si è abituati a farli negli *store on line* piuttosto che nei negozi fisici) e, comunque, tra gli effetti della crisi economica prodottasi a seguito della pandemia non potrà che esserci una forte contrazione della domanda di beni e servizi¹⁶. In

¹⁶ «L'Istat rivede al ribasso le stime sull'andamento dell'economia italiana durante la fase più acuta della pandemia, quando il *lockdown* ha fermato il Paese. Secondo l'Istituto di statistica, il calo del Pil nel secondo trimestre

una situazione come quella creatasi il locatore, pur di non perdere il rapporto contrattuale con il conduttore (ed esporsi al rischio di non trovare in tempi rapidi una nuova controparte) potrebbe acconsentire ad una riduzione del canone. Inoltre, un canone ridotto potrebbe comunque essere il “nuovo canone”, quello più rispondente ai nuovi valori di mercato. I cambiamenti intercorsi sono infatti così profondi da scoraggiare, almeno nell'immediato, riferimenti ai valori antecedenti la crisi. Un ulteriore aspetto che il locatore non può non considerare sono i costi dell'immobile: un bene sfitto produce ugualmente dei costi (*in primis* quelli di natura fiscale), quindi la riduzione sarà valutata positivamente tutte le volte in cui la rideterminazione consenta al proprietario di restare indenne dai costi e dalle spese di gestione (soprattutto straordinaria)¹⁷ del bene.

L'azzeramento dei canoni durante i “mesi di stop” imposti dalla pandemia è una soluzione *tranchant* che sicuramente incontra i favori del conduttore, ma che finisce col comprimere in maniera significativa la posizione del locatore, il quale perde tutte le utilità astrattamente ricavabili dall'immobile, con la conseguenza, al limite, di non riuscire a far fronte ai costi comunque generati dal bene.

L'ultima soluzione ipotizzabile, quella che prevede una riduzione del canone in via definitiva (sia durante che dopo l'epidemia) potrebbe essere la soluzione da preferire, specialmente laddove le parti considerino favorevolmente la prosecuzione del rapporto. Da un lato, il conduttore anche in presenza di forti contrazioni potrebbe riuscire a far fronte alle proprie obbligazioni, dall'altro, il locatore, pur rinunciando da subito ad una parte dei guadagni, si assicura la prosecuzione del rapporto. Come osservato, la locazione è un contratto di durata, dunque la questione più delicata è assicurare il regolare versamento del canone durante tutto il corso del rapporto.

4. La decretazione d'urgenza e le misure adottate per i contratti di locazione commerciale

Come accennato, tra i provvedimenti adottati dal Governo, per tentare di mitigare gli effetti della situazione emergenziale determinata dall'epidemia e dalle diverse scelte imposte per cercare di contenerla, alcune disposizioni hanno riguardato i contratti di locazione commerciale, venendo così ad integrare la disciplina che nel codice e nelle leggi complementari si occupa di tali

dell'anno (da aprile a giugno) è stato pari al 12,8% rispetto al trimestre precedente e al 17,7% rispetto all'anno precedente», dal sito www.repubblica.it/economia/2020/08/31/news, del 31 agosto 2020.

¹⁷ Di norma, nei contratti di locazione le spese per la gestione ordinaria del bene sono a carico del conduttore, mentre restano in capo al proprietario quelle per la gestione straordinaria.

negozi. In particolare, l’art. 65 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha previsto in favore dei conduttori di botteghe e negozi un credito d’imposta pari al 60% del canone del mese di marzo¹⁸. La norma incide solo indirettamente sul contratto di locazione: non interviene sulle prestazioni tipiche né sulla ripartizione di diritti ed obblighi in capo ai soggetti, tuttavia, consente al conduttore di recuperare parte del corrispettivo dovuto. Già da una prima lettura, non sfugge come la norma si collochi ed esaurisca i propri effetti sul piano del diritto tributario, piuttosto che su quello strettamente civilistico. Quello del Governo è uno strumento che si muove nella direzione di mitigare le conseguenze sfavorevoli in capo ai conduttori, ma che poter operare presuppone l’effettivo adempimento dell’obbligazione relativa al versamento del canone (è un *quid* tutto esterno alle dinamiche del contratto e si rivolge ad una particolare cerchia di conduttori).

Più nel dettaglio, l’agevolazione in parola riguarda quei soggetti esercenti attività di impresa che conducono in locazione un immobile rientrante nella categoria C/1 (negozi e botteghe). A tutti questi è riconosciuto per l’anno 2020 un credito d’imposta nella misura del 60% dell’ammontare del canone di locazione relativo al mese di marzo 2020¹⁹. Dunque, il beneficio si applica ai soggetti che esercitano quelle attività di impresa identificate negli allegati 1 e 2 del d.P.C.M. dell’11 marzo 2020 e che hanno potuto – e possono – continuare ad operare, mantenendo i propri negozi aperti.

Com’è facile ricavare, la misura, piuttosto che riguardare il contratto, si muove sul piano tributaristico: il credito di imposta è un beneficio fiscale (un credito) che il contribuente vanta nei confronti dello Stato; il credito derivante dall’art. 65 del “Cura Italia” può essere adoperato solamente per compensare debiti con lo Stato ovvero pagare le imposte dovute, ma non può essere richiesto sotto forma di rimborso, *pro quota*, dell’importo.

Inoltre, la norma prende ad oggetto unicamente i locali (di qualsiasi metratura essi siano) a cui è attribuita la categoria catastale C/1. Tale categoria si riferisce ai negozi e alle botteghe: in pratica, si tratta di locali utilizzati per il commercio diretto e per la vendita al pubblico. Rimango-

¹⁸ Come precisato in sede di conversione del decreto, il credito d’imposta non concorre alla formazione del reddito ai fini delle imposte sui redditi e sull’Irap e, inoltre, non influisce sul *pro rata* di deducibilità degli interessi passivi di cui agli articoli 61 e 109, comma 5 del T.U.I.R.

¹⁹ La misura del credito d’imposta per le locazioni, a seguito della continuazione dello stato di emergenza sanitaria, e delle sempre maggiori difficoltà di liquidità per le imprese, è stata prorogata e nel contempo modificata con il cd. “Decreto Rilancio” (cfr. in particolare d.l. 34 del 19 maggio 2020, convertito con l. n. 77 del 17 luglio 2020); l’art. 28 del nuovo decreto è rubricato per l’appunto «Credito d’imposta per i canoni di locazione degli immobili a uso non abitativo e affitto d’azienda».

no esclusi da questa disposizione i locali ad uso magazzino, nonché i locali accatastati D/8²⁰. Con riferimento a quest'ultima categoria catastale non si può non rilevare come vi sono numerosi esercizi commerciali, sia nelle zone centrali della città sia, soprattutto, nei centri commerciali, che sono accatastati in tale categoria e che rimangono esclusi dal campo di applicazione della normativa.

Giova ricordare che le modifiche introdotte col “Decreto Rilancio”, pur non intaccando l'architettura del sussidio, hanno ampliato i soggetti che possono usufruire dell'agevolazione. La misura si estende ora a tutti gli esercenti un'attività di impresa, arte o professione, a fronte del pagamento dei canoni di locazione, leasing o concessione di immobili a uso non abitativo destinati allo svolgimento di un'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico ovvero all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo. Dunque, rispetto alla norma prevista dal “Cura Italia” aumentano le tipologie di canoni di immobili e di attività che possono godere del *bonus* (in particolare, sono inclusi tra i beneficiari anche gli studi professionali, prima esclusi). Il credito di imposta è esteso anche agli enti non commerciali, compresi gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti, in relazione ai canoni relativi agli immobili destinati allo svolgimento dell'attività istituzionale.

Come precisato dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 8/E del 3 aprile 2020, sebbene la disposizione faccia riferimento, genericamente, al 60% dell'ammontare del canone, essa ha la finalità di ristorare l'esercente dal costo effettivamente sostenuto per il canone; pertanto, il credito di imposta maturerà soltanto a seguito dell'avvenuto pagamento.

5. L'esigenza di una nuova disciplina di “parte generale” per fronteggiare le sopravvenienze

La particolare “straordinarietà” e “imprevedibilità” degli eventi che si sono succeduti nel corso del 2020, che hanno determinato l'altrettanto inimmaginabile produzione normativa recante restrizioni e divieti incidenti direttamente sulle diverse attività economiche commerciali e professionali, hanno messo a nudo tutti i limiti dell'attuale apparato di regole disposte dal diritto dei contratti per rispondere alle sopravvenienze. Proprio partendo dall'esperienza maturata è necessario ripensare il novero dei rimedi agli squilibri economici aventi un'incidenza immediata sul sinalgma contrattuale. E questo sia nei casi di impossibilità (in ipotesi temporanea), sia in quelli di

²⁰ Si tratta dei fabbricati costruiti o adattati per le speciali esigenze di un'attività commerciale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazioni.

onerosità della prestazione. La disciplina vigente a tutela del contraente che viene a trovarsi in condizioni di difficoltà, anche soltanto temporaneamente (come dimostra l’evolversi dell’epidemia da Covid-19), non è certamente favorevole alla conservazione del contratto e quindi alla prosecuzione degli scambi. Come osservato, nel diritto dei contratti gli effetti delle sopravvenienze sono trattate come ipotesi di risoluzione del contratto; e in particolare l’impossibilità comporta l’estinzione dell’obbligazione ai sensi dell’art. 1256 cod. civ. (rappresentando la risoluzione la conseguenza dell’effetto estintivo dell’obbligazione nei negozi a prestazioni corrispettive).

Sullo sfondo (specialmente dal punto di vista delle effettive riposte che l’ordinamento giuridico può offrire), ci sono tutte quelle ipotesi in cui le prestazioni di per sé non divenute formalmente impossibili, e neppure formalmente più onerose, sono certamente incise di riflesso dal *factum principis*, o anche dal rallentamento generale dell’economia dovuto all’emergenza. In questo folto gruppo rientrano anche le vicende del pagamento dei corrispettivi di locazioni, forniture, servizi e quant’altro, cui le imprese continuano ad essere tenute, quand’anche la loro attività rientri tra quelle temporaneamente inibite dalle misure di contenimento, nonostante il fatto che dette imprese non possano al momento fruirne utilmente ed appieno, e scontando la difficoltà derivante dall’interruzione dei flussi di cassa. Allo stato, è molto dubbio che per queste prestazioni la difficoltà sia riconducibile nell’alveo di fattispecie di impossibilità o onerosità, stante il fatto che si tratta di obbligazioni pecuniarie, e che il loro valore, non solo nominale, è rimasto invariato e non è inciso dalla pandemia. Ma la crisi dell’impresa che quella difficoltà può innescare, e comunque il rischio di estinzione (per inadempimento dei corrispettivi) dei relativi contratti, necessitano di nuovi e più appropriati rimedi.

Il codice del ’42 è tutto incentrato sulla rilevanza delle sole sopravvenienze costituenti impossibilità o eccessiva onerosità (e sul loro effetto estintivo); tuttavia se ci si muove nella diversa prospettiva di conservazione degli scambi (e si rileggono sotto questa luce le vicende del rapporto contrattuale) occorrono soluzioni che consentano di preservare i rapporti di scambio anche a fronte di sopravvenienze che li pregiudicano. Si tratta cioè di conservare la ragione di scambio per come originariamente pattuita adattandola al mutato contesto: i conflitti d’interesse suscitati dalle sopravvenienze dovrebbero poter essere gestiti all’interno di una logica diversa da quella tradizionale che ha guidato la redazione delle norme sulla risoluzione del contratto, una logica diametralmente opposta che, di fronte ad eventi imprevedibili e straordinari, consenta l’*adeguamento*, la *correzione* di quanto originariamente pattuito.

D'altronde, di fronte ad un turbamento del sinallagma l'ordinamento già conosce il rimedio della *reductio ad aequitatem*, che tuttavia ha sempre avuto un ruolo marginale, forse proprio perché, fortunatamente, dal '42 ad oggi situazioni di tal fatta non si sono mai verificate, e la cui operatività è affidata all'iniziativa della parte contro la quale viene invocata la soluzione estintiva (cfr. terzo comma dell'art. 1467 cod. civ., con una logica che ricorre anche nell'art. 1450 cod. civ. in tema di rescissione). Appare chiaro che nello schema del legislatore il meccanismo conservativo opera in via del tutto eventuale e comunque in seconda battuta, ossia soltanto dopo che sia stata richiesta la risoluzione.

Di converso, quello che si dovrebbe prevedere è un rimedio che, di fronte ad eventi straordinari e imprevedibili tali da non rientrare nell'alea normale del contratto, legittimi la parte che abbia interesse alla conservazione del rapporto a chiedere di rinegoziare le condizioni contrattuali, al fine di ripristinare la proporzione fra le prestazioni originariamente convenute (un rimedio alternativo, ma non susseguente alla risoluzione)²¹. Dunque, la parte la cui prestazione sia divenuta significativamente più onerosa avrebbe diritto a presentare una seria e motivata proposta di modificazione delle condizioni contrattuali cui la controparte può aderire (rendendo irrevocabile il nuovo assetto di interessi), ovvero può formulare una controproposta, innescando così un meccanismo di scambio di proposta e accettazione in vista del raggiungimento di un diverso accordo.

In questo quadro giocherebbe un ruolo fondamentale la regola della buona fede nell'esecuzione dei contratti: per la parte danneggiata dalla sopravvenienza si tratterebbe di non speculare sul rimedio, domandando modificazioni pretestuose e non giustificate da eventi effettivamente straordinari e imprevedibili (ma rientranti nell'alea normale del contratto); per l'altro contraente che si vede domandata la rinegoziazione, è necessario che qualora non accetti la proposta, in un tempo ragionevole secondo le circostanze, debba indicare sia le ragioni che ostano all'accoglimento della proposta, sia formularne una nuova²².

In quest'ottica, uno spunto può essere ricercato nella recente modifica del diritto delle obbligazioni in Francia con l'introduzione dell'art. 1195 *Code civil* che prevede espressamente che il

²¹ Un rimedio primario, per usare una terminologia cara al legislatore europeo, che si affianca a quello risolutorio (cfr. per tutti il meccanismo della gerarchizzazione dei rimedi già operante dopo l'emanazione della Direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo).

²² Si potrebbe anche ipotizzare che in caso di inerzia o di ingiustificato rifiuto il contraente che dimostri di aver subito un danno (ingiusto a causa della nuova previsione normativa) abbia diritto al ristoro di quanto patito.

contraente onerato «*peutdemander une renégociation du contrat à son cocontractant*»²³. In questo modo la parte, in presenza di circostanze imprevedibili che rendano eccessivamente onerosa l'esecuzione del contratto, può domandare all'altra di rinegoziarne i termini e, soprattutto, in caso di mancato accordo, chiedere congiuntamente che sia il giudice a rideterminare tali condizioni oppure ancora, anche a richiesta di una sola parte, chiedere al giudice di rivedere o risolvere il contratto stabilendone termini e condizioni.

Con una tale modifica il diritto francese si è allineato ai più moderni ordinamenti, e alle prassi già invalse nella redazione dei contratti del commercio internazionale²⁴, che da tempo hanno elaborato temperamenti al principio di immodificabilità dei contratti e al principio *pacta sunt servanda*.

Per chi conosce il modo d'operare e di relazionarsi tra loro dei diversi formanti dell'ordinamento (civile, penale, tributario, amministrativo, ecc.) è evidente che il credito d'imposta voluto dal Governo, che opera sul versante fiscale, non offre alcuna soluzione ai quesiti circa la ripartizione tra le parti delle conseguenze e dei costi della pandemia. Nel conflitto tra ragioni della proprietà (quelle del titolare del negozio)²⁵, e ragioni dell'impresa (quelle del commerciante che ha preso in locazione il bene)²⁶, si è scelto di non intervenire. Allo stesso modo, è evidente che soluzioni di modifica del codice richiedono tempo e comunque non inciderebbero, quand'anche introdotte, sulle situazioni di disagio già verificatesi. E, allora, come spesso accade nel nostro ordinamento, saranno i giudici a dover fornire la risposta nel singolo caso, partendo da quanto concretamente pattuito (dove potrebbero rinvenirsi pattuizioni *ad hoc*), e coniugando di volta in volta la regola sulla ripartizione del rischio (contrattuale) tra le parti.

²³ In data 11 febbraio 2016 è stata pubblicata nel *Journal Officiel* della Repubblica Francese l'*Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant forme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* con la quale il Governo francese ha dato esecuzione alla *Loi n. 2015-177 del 16 febbraio 2015* che gli delegava il compito di modernizzare e semplificare il diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni.

²⁴ Cfr. ad esempio la teoria dell'*hardship* elaborata negli ordinamenti dei *common law*, ovvero quella dell'*hardship clause* introdotta nel 2003 dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC) per venire incontro alle esigenze delle imprese operanti a livello internazionale facilitando, per l'appunto, la rinegoziazione dei contratti (il termine *hardship* viene tradotto come “disagio”, “avversità”, per tal motivo nelle negoziazioni internazionali sta ad indicare una situazione sopravvenuta o sconosciuta al momento della conclusione dell'accordo). La *ratio* è quella di consentire alle parti di rinegoziare le condizioni pattuite in modo tale che si adegui al nuovo stato di fatto e ciò, o tramite l'intervento di un terzo, o mediante apposito negoziato tra le stesse (e soltanto ove non venga raggiunto un nuovo accordo è possibile procedere con lo scioglimento del vincolo).

²⁵ Ai sensi dell'art. 42 Cost., la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento ed i limiti; la proprietà stessa può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata (anche per circoscritti periodi di tempo) per motivi di interesse generale.

²⁶ Ai sensi dell'art. 41 Cost., l'iniziativa economica privata è libera ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza.

Ad oggi, di fronte al vuoto normativo non c'è una soluzione univoca, posto che sia la proprietà, che l'impresa hanno tutela costituzionale e, dunque, non possono essere sacrificate a priori senza una ragionevole motivazione e senza una regola chiara da parte del legislatore.

STEFANO CHERTI
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

IL “DISTANZIAMENTO PROCESSUALE”: MISURA DELL’EMERGENZA O PROSPETTIVA DI RIFORMA?

1. La contestuale presenza in aula di udienza degli attori del processo come condizione di operatività dei «principi naturali del giudizio» - 2. Le deroghe «sistematiche» alla regola della compresenza fisica: l’esame a distanza dell’imputato di reato connesso, del collaborante di giustizia e del testimone protetto - 3. La partecipazione a distanza dell’imputato detenuto - 4. La disciplina eccezionale ispirata a ragioni epidemiologiche: la fase dell’emergenza acuta - 5. La fase intermedia di attenuazione del rischio epidemiologico - 6. La fase della nuova recrudescenza emergenziale - 7. La carica eversiva della partecipazione a distanza alle udienze penali, strumento straordinario, giustificato in tempi emergenziali, divenuto ordinario

1. La contestuale presenza in aula di udienza degli attori del processo come condizione di operatività dei “principi naturali del giudizio”

Il codice di procedura penale del 1988 riflette – quanto meno nelle originarie intenzioni dei *conditores* – la scelta di ridefinire l’equilibrio dei rapporti tra autorità e libertà in senso più favorevole per la persona sottoposta al procedimento, scelta attuata precipuamente attraverso la valorizzazione dei caratteri del modello processuale accusatorio¹.

In tale prospettiva, hanno assunto il ruolo di pilastri dell’intero sistema i cd. « principi naturali del giudizio », secondo cui la definizione della regiudicanda penale deve avvenire all’esito di un processo in cui siano garantiti “pubblicità”, “oralità”, “immediatezza” e “contraddittorio”: l’accertamento, attuato nella massima trasparenza, deve essere fondato su elementi di giudizio pervenuti, senza filtri, alla cognizione di un giudice terzo ed imparziale, superando il vaglio del contraddittorio tra parti antagoniste, poste su un piano di assoluta parità.

La compiuta attuazione dei principi naturali del giudizio non può prescindere, per diverse ragioni, dalla compresenza – nel medesimo spazio fisico – del giudice, delle parti, dei difensori e delle fonti di prova personali: come autorevolmente osservato, soltanto attraverso la «comunicazione dialettica contestuale» nell’aula di udienza è possibile svolgere «la funzione di liturgia alla quale la democrazia costituzionale dei diritti affida il compito di celebrare – anche sul piano simbolico – il primato della ragione discorsiva»².

¹ Cfr., al riguardo, per tutti, A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2013, pp. 603 s.

² Così V. MAIELLO, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, in *Archivio penale*, 2020, n. 1, p. 2.

Appare, del resto, intuitivo che la formazione e la valutazione del dato probatorio non possa prescindere dalla contrapposizione dialettica tra parti che interagiscono nel medesimo contesto spaziale, dalla assenza di filtri tra fonti di prova, giudice e parti e dalla trasmissione orale del sapere processuale: il solo contraddittorio orale e immediato – estrinsecatosi, cioè, dinanzi al giudice, senza alcuna intermediazione – consente di raggiungere l’obiettivo di un accertamento affidabile ed efficace e di garantire appieno la possibilità delle parti di incidere sul contenuto della decisione.

Tale forma di contraddittorio – pieno ed effettivo, proprio in quanto corroborato dalle altre garanzie – assume, come da tempo acquisito dalla dottrina processualistica³, la duplice dimensione di diritto individuale, fondamentale ed inalienabile, della persona sottoposta a procedimento e di metodo oggettivo di accertamento della devianza penale.

La valenza del contraddittorio orale, pubblico e immediato – è opportuno precisarlo – trova la sua massima espressione con riferimento alle udienze dibattimentali e, in particolare, a quelle deputate all’assunzione dei mezzi di prova orali, nelle quali ogni deviazione dal modello del giusto processo rischia di determinare conseguenze irreversibili sugli esiti del giudizio.

Non va, però, sottovalutata la valenza dei principi naturali anche con riferimento ad altre udienze, non destinate allo svolgimento dell’istruzione dibattimentale, ma alla trattazione e alla definizione di questioni tecniche, relative a giudizi di impugnazione o a incidenti di esecuzione, oppure relative a profili interlocutori o endoprocedimentali, quali ad esempio le udienze preliminari o quelle camerali sull’archiviazione.

L’ultima legislazione dell’emergenza – determinata dalla necessità di fronteggiare l’epidemia globale denominata Covid-19 – ha interferito, sotto diversi profili, sull’attuazione dei principi del giusto processo, derogando a vario titolo, attraverso forme di “distanziamento processuale”, ai canoni della pubblicità, della immediatezza e della oralità.

La disciplina richiamata non rappresenta una soluzione inedita nel panorama normativo interno, che – ammettendo forme “distopiche” di celebrazione delle udienze, in cui si può derogare alla presenza contestuale di tutti gli attori – aveva già sperimentato, da molteplici angolazioni, penetranti deroghe al principio del contraddittorio orale, pubblico e immediato, deroghe la cui genesi e la cui evoluzione costituiscono premessa indispensabile per affrontare compiutamente il tema della legislazione emergenziale di più recente formazione.

³ Sul punto, C. CONTI, *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo articolo 111 Cost.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pp. 197 s.

2. Le deroghe “sistematiche” alla regola della compresenza fisica: l’esame a distanza dell’imputato di reato connesso, del collaborante di giustizia e del testimone protetto

L’intangibilità del diritto alla presenza fisica – quale corollario dei canoni dell’oralità, dell’immediatezza e del contraddittorio – non è stata mai messa in discussione fino all’inizio degli anni ’90.

In quel frangente storico, con l’intento di arginare il fenomeno della criminalità mafiosa, la legislazione dell’emergenza volta a contrastare il fenomeno della criminalità organizzata ha disciplinato⁴ – introducendo il nuovo art. 147 *bis* disp. att. cod. proc. pen. – l’istituto dell’esame a distanza di alcuni soggetti, la cui peculiare qualifica soggettiva richiedeva l’adozione di rigorose precauzioni a tutela della loro sicurezza.

I cd. “collaboranti di giustizia” – ovvero i soggetti sottoposti al programma o alle misure di protezione previste dal d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 – sono stati, così, i primi a beneficiare di particolari modalità di escussione, tese, in definitiva, a preservare la loro incolumità fisica, tra le quali l’esame a distanza, da svolgersi mediante collegamento audiovisivo idoneo ad assicurare la «contestuale visibilità delle persone presenti nel luogo dove la persona sottoposta ad esame si trovi».

Tale modalità protetta è stata, successivamente, estesa all’audizione delle persone destinatarie del cambiamento delle generalità di cui all’art. 3, d.lgs. 29 marzo 1993, n. 119, e degli imputati di reato connesso *ex art.* 210 cod. proc. pen., nei confronti dei quali si procede per uno dei delitti di criminalità organizzata previsti dall’art. 51, comma 3-*bis* cod. proc. pen. o di terrorismo ed eversione dell’ordine costituzionale *ex art.* 407, comma 2, lett. a), n. 4, cod. proc. pen., quando tali persone debbano essere esaminate nell’ambito di un processo per taluno dei delitti indicati⁵, nonché all’esame degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, anche appartenenti ad organismi di polizia esteri, degli ausiliari e delle interposte persone, che abbiano operato in attività sotto copertura⁶.

Obiettivo primario del meccanismo di collegamento audiovisivo è, oltre alla già segnalata esigenze di tutelare la sicurezza dei dichiaranti, quello di evitare condizionamenti nello svolgimento dell’esame, prevedibilmente inficiato dalle pressioni a cui sarebbero esposti i dichiaranti.

La regolarità dell’esame viene assicurata, in tale prospettiva, da un ausiliario del giudice o da altro pubblico ufficiale autorizzato, presente nel luogo dove si trova la persona da esaminare, al fine

⁴ Il riferimento è al d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

⁵ L’estensione alle persone con nuove generalità e agli imputati di reato connesso è avvenuta – sempre in ottica emergenziale – per effetto dell’art. 8 del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374.

⁶ L’esame in videoconferenza dei testimoni di polizia giudiziaria che hanno agito sotto copertura è stato previsto dall’art. 8 della legge 16 marzo 2006, n. 146.

di attestare, in un verbale separato, l'identità di quest'ultima e di dare atto delle cautele volte a non compromettere la genuinità dell'escussione.

Si è aperta, così, una considerevole breccia nel sistema, che ha ammesso l'esame "a distanza" di una fonte di prova personale – testimone protetto, imputato di reato connesso o organo di polizia giudiziaria che abbia agito sotto copertura – collegata in via telematica da un luogo fisicamente diverso dall'aula di udienza, sottraendo il dichiarante al controllo delle parti e del giudice, impossibilitate a percepire appieno quanto accade dinanzi al giudice e, in particolare, tutte le forme di comunicazione non verbale.

A bilanciare i rischi di compressione dei diritti dell'accusato e di inaffidabilità del dato conoscitivo, il legislatore ha affidato alla sensibilità discrezionale del giudice, ove lo ritenga "assolutamente necessario", il potere di ripristinare la contemporanea presenza di tutti gli attori del processo, disponendo la comparizione personale del soggetto da esaminare in aula di udienza⁷.

Nelle ipotesi previste dalla legge, appena richiamate, l'esame a distanza è, così, divenuto modalità ordinaria di assunzione della prova, alternativa rispetto alle forme previste dal codice sull'istruzione dibattimentale: il pregiudizio per immediatezza, oralità e pubblicità – e, di riflesso, per il contraddittorio – non può essere più evidente⁸, anche perché l'unico efficace correttivo è lasciato all'iniziativa, difficilmente sindacabile, da parte del giudice.

3. La partecipazione a distanza dell'imputato detenuto

Un percorso in parte parallelo è stato seguito dalle disposizioni derogatorie alla regola della necessaria presenza personale dell'imputato.

Il valore della presenza fisica dell'imputato, quale corollario del fondamentale diritto di autodifesa – e, quindi, aspetto imprescindibile del diritto di difesa e del principio del contraddittorio – non può essere posto in discussione: un profilo essenziale della difesa "attiva" è rappresentato dalla possibilità concessa all'imputato di essere presente in udienza, così da interagire costantemente

⁷ Sia consentito, sul punto, il rinvio a G. DELLA MONICA, *L'esame a distanza di persone ammesse a programmi o misure di protezione*, in A.A. DALIA (a cura di), *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Padova, 1998, pp. 172 s.

⁸ Per approfondimenti sul tema, cfr. E. ZAPPALÀ (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999; M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012.

con il proprio difensore, suo *alter ego* tecnico, e da cogliere tutti i segnali non verbali promananti dalle fonti di prova, dal giudice e da tutti gli altri soggetti del processo.

Sulla falsariga dell'esame a distanza dell'imputato di reato connesso e del testimone di giustizia o protetto, il legislatore ha previsto – nell'art. 146-*bis* disp. att. cod. proc. pen. – la partecipazione a distanza al dibattimento dell'imputato detenuto, introdotta dalla legge 7 gennaio 1998, n. 11 e oggetto, nel corso degli anni, di molteplici interventi di riforma⁹.

Nella versione originaria, la partecipazione a distanza poteva essere disposta – nei confronti del solo imputato dei delitti di criminalità organizzata (art. 51, comma 3*bis*, cod. proc. pen.) e di terrorismo o eversione dell'ordinamento costituzionale (art. 407, comma 2, lett. a), n. 4, cod. proc. pen.), se in stato di detenzione inframuraria¹⁰ – per gravi ragioni di ordine o di sicurezza pubblica oppure, in dibattimenti di particolare complessità, per ragioni di economia processuale¹¹.

La sussistenza, in concreto, delle condizioni predeterminate dalla legge richiedeva, in ogni caso, adeguata verifica giurisdizionale, da tradursi in un provvedimento motivato¹², tempestivamente comunicato alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza¹³.

Il legislatore circondava, poi, la partecipazione a distanza di una serie di garanzie procedurali – contemplate dall'art. 146 *bis*, commi 3, 4 e 5 disp. att. cod. proc. pen. – con la finalità precipua di non conculcare le facoltà difensive dell'imputato giudicato a distanza.

Si è previsto, così, che il collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, da considerarsi a pieno titolo equiparato all'aula, avvenga – anche in caso di più imputati collegati da remoto – «con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità» di tutte le persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto, modalità comunque tali da garantire, in ogni momento, la facoltà di consultazione riservata tra il difensore

⁹ La partecipazione a distanza è stata, peraltro, estesa – per effetto dell'introduzione dell'art. 45*bis* disp. att. cod. proc. pen. – al procedimento in camera di consiglio.

¹⁰ Lo stato di restrizione in carcere può essere indifferentemente determinato da un provvedimento restrittivo di natura cautelare oppure da un titolo esecutivo emesso a seguito di pronuncia irrevocabile di condanna.

¹¹ Oltre alle ipotesi richiamate nel testo, la disposizione derogatoria riguardava anche il caso della partecipazione a distanza del detenuto in regime eccezionale *ex* art. 41*bis*, comma 2, ord. penit., successivamente espunto dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438.

¹² L'adozione del provvedimento, in forma di decreto motivato, era attribuita alla competenza funzionale del presidente del tribunale o della corte di assise (nella fase degli atti preliminari al dibattimento) ovvero del giudice (nel corso del dibattimento).

¹³ Il testo originario prevedeva, per la comunicazione alle parti e ai difensori, il rispetto del termine dilatorio di dieci giorni dall'udienza.

presente in udienza e l'imputato. A tal fine, è sempre assicurata la presenza del difensore o di un suo sostituto accanto all'imputato, con possibilità di consultarsi riservatamente con il difensore presente nell'aula di udienza attraverso strumenti tecnici idonei.

La reazione della dottrina al nuovo modello di partecipazione a distanza non si è fatta attendere, attesi i profili di evidente frizione con il diritto di autodifesa dell'imputato non presente in aula con il principio del contraddittorio¹⁴.

Tuttavia, i dubbi di costituzionalità sono stati fugati dalla Consulta, che, con la sentenza n. 342/1999, ha escluso la illegittimità dell'art. 146**bis** disp. att. cod. proc. pen., in quanto «ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare la partecipazione», rilevando che «al difensore è sempre consentito, eventualmente anche tramite un sostituto, di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato, così come al difensore ed all'imputato sono parimenti posti a disposizione strumenti tecnici "idonei", che assicurino la reciproca possibilità di consultarsi riservatamente»¹⁵.

In tale prospettiva, la disposizione in commento si reputava idonea a garantire il corretto bilanciamento dei valori di rango costituzionale coinvolti, posto che la compressione dei diritti dell'accusato derivante dalla celebrazione in videoconferenza sarebbe stata comunque giustificata dalla necessità di preservare le impellenti esigenze di tutela dei valori della sicurezza sociale e dell'incolumità pubblica.

L'impostazione originaria dell'istituto – connotato da un ambito applicativo comunque pre-determinato, limitato a casi tipici definiti con accettabile precisione – è stata ribaltata dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 (cd. riforma "Orlando"), secondo cui la partecipazione alle udienze dibattimentali e camerale a distanza si applica, senza ulteriori condizioni oggettive, all'imputato per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, nonché nell'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4), cod. proc. pen., anche in relazione a reati per i quali egli risulti non attinto da titoli restrittivi¹⁶.

¹⁴ Cfr., tra gli altri, G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in A.A. DALIA (a cura di), *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti*, Padova, 1998, p. 381; A. GIARDA, *Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia*, in AA.VV., *Processo penale e processo civile. Le riforme del 1998*, Milano, 1998, p. 6.

¹⁵ Corte cost., sent. 14-22 luglio 1999, n. 342.

¹⁶ Va, peraltro, rimarcato che le disposizioni relative alla partecipazione dei detenuti per delitti di mafia e criminalità terroristica sono entrate in vigore immediatamente e non a seguito del termine di *vacatio* di un anno dalla pubblicazione previsto per tutti gli altri casi, come previsto ai sensi dell'art. 1, comma 81, della legge n. 103/2017.

Le garanzie procedurali previste dall'art. 146*bis*, commi 3, 4 e 5, disp. att. cod. proc. pen. – dianzi richiamate – sono rimaste pressoché immutate a seguito della riforma, che ha solo previsto, per tutte le udienze celebrate in collegamento audiovisivo, la possibilità per le altre parti e per i loro difensori, previa autorizzazione del giudice, di intervenire da remoto, assumendosi l'onere dei costi del collegamento.

L'attivazione del collegamento audiovisivo da remoto non è più, dunque, subordinata alla ricorrenza di presupposti oggettivi definiti *ex lege*, ma diviene – per gli imputati, in stato detentivo, di delitti di criminalità organizzata e di delitti commessi per finalità terroristiche o eversive – la modalità di partecipazione ordinaria, derogabile soltanto quando il giudice, con decreto motivato emesso anche su sollecitazione delle parti, reputi indispensabile la presenza fisica dell'imputato, sempre che quest'ultimo non sia sottoposto al regime detentivo eccezionale previsto dall'art. 41*bis* ord. penit.

Come puntualmente osservato, la riforma “Orlando” ha delineato uno “statuto processuale del detenuto”, la cui condizione soggettiva, a prescindere dal titolo di reato per il quale si procede, determina lo spostamento dell'attenzione «dall'oggetto del procedimento in corso [...] alla causa della detenzione»¹⁷.

La riforma del 2017 non si è limitata ad instaurare l'automatica partecipazione al dibattimento da remoto per le categorie soggettive appena richiamate, ma ha anche ampliato, in modo sensibile, i margini di operatività dell'istituto, rendendolo applicabile in via generale – vale a dire anche al di fuori delle ipotesi di reato previste nei commi 1 e 1*bis* dell'art. 146*bis* disp. att. cod. proc. pen. – a tutti gli imputati detenuti, se occorre assumere la testimonianza di persona detenuta a qualunque titolo oppure quando siano ravvisate «ragioni di sicurezza» e il dibattimento risulti «di particolare complessità», ovvero sia «necessario evitare ritardi nel suo svolgimento».

La sussistenza di tali condizioni oggettive – verificata, in concreto, dal giudice con decreto motivato – consente, dunque, la celebrazione del dibattimento a distanza per tutte le ipotesi di reato, rendendo, in sostanza, di generale applicazione il regime previgente, previsto in via d'eccezione per alcune gravi tipologie delittuose.

Pur disciplinata da una norma di stretta interpretazione, insuscettibile di applicazione analogica e di letture estensive, oltre i casi espressamente contemplati¹⁸, la partecipazione a distanza

¹⁷ S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs autodifesa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, fasc. 4, p. 9.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 12 aprile 2018, n. 22039, in *Cassazione penale*, 2018, pp. 3277 ss.

dell'imputato *in vinculis* è divenuta, dunque, modalità ordinaria di celebrazione dell'udienza per i delitti di criminalità organizzata e per quelli commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico e modalità alternativa, ma non eccezionale, al ricorrere delle condizioni oggettive delineate dal legislatore.

4. La disciplina eccezionale ispirata a ragioni epidemiologiche: la fase dell'emergenza acuta

Una volta spogliatasi del carattere della eccezionalità, per divenire modalità ordinaria o alternativa di celebrazione dell'udienza, la partecipazione da remoto è stata individuata, inevitabilmente, come strumento privilegiato di celebrazione dell'udienza dalla legislazione emergenziale volta a fronteggiare il rischio epidemiologico da Covid-19.

Sul tema, l'art. 83, comma 12, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 – ribadendo la previsione originaria contenuta nell'art. 2 del d.l. 8 Marzo 2020, n. 11 – ha stabilito che, per gli imputati detenuti, internati o in stato di custodia cautelare¹⁹, «la partecipazione a qualsiasi udienza [...] è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto», secondo le modalità tecniche individuate e regolate dal Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia²⁰.

Il legislatore dell'emergenza ha recepito integralmente, rendendole applicabili «in quanto compatibili», le garanzie previste, a tutela dell'imputato non presente in aula, dall'art. 146*bis*, commi 3, 4 e 5, disp. att. cod. proc. pen.

La *ratio* della disciplina è agevolmente rinvenibile nella previsione dello stesso art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che, al comma 6, demanda ai capi degli uffici giudiziari l'adozione di misure volte a «contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone», compresa «la limitazione dell'accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l'accesso alle persone che debbono svolgervi attività urgenti».

¹⁹ La disciplina della partecipazione da remoto colpisce – come osservato in dottrina – principalmente gli imputati *in vinculis*: cfr. E. IULIANO, *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche*, in *Archivio penale*, 2020, n. 1, p. 18.

²⁰ Il decreto attuativo ha previsto che «lo svolgimento delle udienze penali avvenga mediante collegamenti da remoto tramite gli applicativi messi a disposizione» e, a tal fine, sollecita la stipula di protocolli tra i dirigenti degli uffici giudiziari e i Consigli dell'ordine degli avvocati e le Camere penali locali, in modo da individuare modalità condivise di partecipazione da remoto dei soggetti del processo.

In sede di conversione del decreto legge, avvenuta con l'approvazione della legge 24 aprile 2020, n. 27, il legislatore – introducendo, nel citato art. 83, un nuovo comma 12*bis* – ha esteso la partecipazione da remoto anche agli imputati non detenuti o internati, limitatamente alle udienze «che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti», purché sia assicurata la presenza, all'interno dell'ufficio giudiziario, dell'ausiliario del giudice.

Si è così configurata una vistosa deroga, chiaramente ispirata alla logica dell'eccezione²¹, al principio del giusto processo, tale da consentire la generalizzata partecipazione, da remoto, di tutti gli imputati, anche non detenuti, alle udienze di assunzione di mezzi di prova di portata potenzialmente decisiva, quali la testimonianza della polizia giudiziaria e l'esame di consulenti tecnici o di periti.

È evidente che, su questo punto, il legislatore della prima fase emergenziale ha oltrepassato, di gran lunga, i limiti dell'istituto tracciati in via ordinaria dall'art. 146*bis* disp. att. cod. proc. pen., destando non poche preoccupazioni in dottrina²².

Nell'ambito delle soluzioni tecniche adottate nel corso di questa fase, menzione particolare va riservata al procedimento previsto per la decisione dei ricorsi dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione, teso a garantire il rispetto del contraddittorio cartolare, salva la volontà delle parti di non rinunciare alla presenza fisica.

Ai sensi dell'art. 83, comma 12*ter*, della legge n. 27/2020, la decisione sui ricorsi per i quali sono previste le forme dell'udienza camerale partecipata (art. 127 cod. proc. pen.) ovvero dell'udienza pubblica (art. 614 cod. proc. pen.) avviene – in deroga alle disposizioni ordinarie – in camera di consiglio, senza l'intervento del procuratore generale e dei difensori delle altre parti, ma con l'instaurazione di un contraddittorio cartolare: entro il quindicesimo giorno precedente l'udienza, infatti, le richieste scritte del procuratore generale, inviate alla cancelleria della Corte con posta elettronica certificata, sono fatte pervenire, con lo stesso mezzo, ai difensori delle altre parti,

²¹ Ragioni altrettanto eccezionali erano sottese all'introduzione del nuovo comma 12*quinquies* dell'art. 83, secondo cui le deliberazioni collegiali in camera di consiglio, comprese quelle da assumere all'esito del giudizio di cassazione, potevano avvenire mediante collegamento da remoto, con modalità tecniche idonee a garantire la segretezza delle singole postazioni private in cui i membri del collegio si trovino fisicamente.

²² Cfr., per tutti, L. CRICRÌ, *Per chi suona la campana. Il processo da remoto e la pandemia dei diritti*, in AA. VV., *Il Diritto e l'Economia ai tempi del Covid*, Napoli, 2020.

i quali, entro il quinto giorno antecedente l'udienza, possono presentare, sempre con lo stesso mezzo di trasmissione telematica, le proprie conclusioni scritte.

Il legislatore ha lasciato, però, ai difensori e al procuratore generale la facoltà di presentare – per iscritto, a mezzo di posta elettronica certificata, entro il termine perentorio di venticinque giorni liberi prima dell'udienza – richiesta di discussione orale, così riconoscendo alle parti il diritto al confronto dialettico dinanzi al giudice.

Tale inedito modello procedimentale ha individuato una interessante soluzione di compromesso, idonea a preservare il diritto di tutte le parti – quelle private e quella pubblica – all'interlocuzione contestuale, in forma orale e immediata, con l'organo giurisdizionale.

La temporaneità della disciplina dettata dalla legge n. 27/2020 – espressamente destinata a perdere vigore in epoca successiva al 30 giugno 2020 – ne attestava le evidenti caratteristiche di eccezionalità e di provvisorietà, facendola ritenere, in ragione dell'inevitabile situazione di emergenza in atto, non incompatibile con l'assetto costituzionale.

5. La fase intermedia di attenuazione del rischio epidemiologico

Affievolitisi, almeno nella percezione collettiva, i rischi connessi alla diffusione dell'epidemia da Covid-19, il legislatore ha immediatamente ritoccato alcune delle previsioni più restrittive contenute nel d.l. n. 18/2020 e nella legge di conversione.

Per il periodo immediatamente successivo alla scadenza della prima normativa emergenziale, periodo compreso tra i mesi di maggio e di ottobre 2020, l'art. 221 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 – convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 – ha, infatti, stabilito che, fermo il disposto degli artt. 146*bis* e 147*bis* disp. att. cod. proc. pen., «la partecipazione a qualsiasi udienza penale degli imputati in stato di custodia cautelare in carcere o detenuti per altra causa e dei condannati detenuti è assicurata, con il consenso delle parti, mediante collegamenti audiovisivi a distanza», nel rispetto delle garanzie processuali sancite dai commi 3, 4 e 5 del citato art. 146*bis* disp. att. cod. proc. pen.

In tale arco temporale, in cui la pressione emergenziale si è sensibilmente attenuata, il legislatore non si è, dunque, limitato ad escludere l'operatività dell'istituto della partecipazione a distanza per gli imputati non detenuti, ma – al di fuori dei casi già contemplati dal sistema, nelle disposizioni di attuazione del codice – ha subordinato la partecipazione a distanza dell'imputato *in vinculis* alla

manifestazione del consenso di quest'ultimo, espresso «personalmente o a mezzo di procuratore speciale».

Raffrontata alla disciplina ordinaria della partecipazione a distanza per gli imputati *in vinculis* – che, all'art. 146 *bis*, comma 1 *quater*, disp. att. cod. proc. pen., anche con riferimento a titoli di reato non particolarmente allarmanti, consente al giudice, come anticipato, di disporre, con valutazione discrezionalmente orientata, la partecipazione a distanza all'udienza per «ragioni di sicurezza», per la «particolare complessità del dibattimento» ovvero per evitare «ritardi nel suo svolgimento» – la previsione del d.l. n. 34/2020 appare molto più garantistica, affidando alle parti la valutazione, del tutto insindacabile, in ordine alla rinuncia al diritto di essere presente in udienza.

La scelta di demandare la celebrazione dell'udienza da remoto ad un meccanismo di tipo negoziale – in cui sono gli interessati a scegliere se rinunciare al diritto di confrontarsi, di persona, con l'antagonista dinanzi al giudice in aula di udienza – appare senz'altro meritevole di approfondimento, al fine di individuare modalità più snelle di partecipazione, senza sostanzialmente intaccare le prerogative individuali delle parti e, soprattutto, dell'accusato.

Il legislatore ha, poi, previsto che la celebrazione dell'udienza avvenisse con la necessaria presenza del giudice, del pubblico ministero e dell'ausiliario del giudice all'interno dell'ufficio giudiziario e non più, come invece stabilito nella precedente fase emergenziale, con la sola presenza fisica dell'ausiliario.

Veniva, dunque, compiuto un deciso passo in avanti verso il ripristino di una situazione di normalità, come evidenziato, altresì, dalla eliminazione delle previsioni derogatorie relative al giudizio cartolare di cassazione.

Rimarcando il contesto comunque emergenziale in cui si è inserito l'intervento del d.l. n. 34/2020 e della relativa legge di conversione, le soluzioni di compromesso individuate dal legislatore per tale periodo appaiono certamente equilibrate, potendo rappresentare un utile punto di partenza nella individuazione di future soluzioni per casi di analoga gravità.

6. La fase della nuova recrudescenza emergenziale

La situazione normativa è ulteriormente mutata con l'approvazione del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, in cui – almeno fino alla scadenza del termine di durata del periodo emergenziale stabilito, in generale, dall'art. 1 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 – sono state riproposte, per grandi linee, le

previsioni contenute nel precedente d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come convertito dalla legge n. 77/2020, con significative deroghe, però, sulla partecipazione da remoto.

In primo luogo, l'art. 23, comma 4, del d.l. n. 137/2020 ha ripristinato – con riferimento «a qualsiasi udienza» e a prescindere dal consenso delle parti – la partecipazione mediante videoconferenze o collegamenti da remoto delle persone detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, con le salvaguardie previste dall'art. 146*bis*, commi 3, 4 e 5, disp. att. cod. proc. pen.

La partecipazione a distanza non deve, però, ritenersi inderogabile, in quanto il richiamato art. 23, comma 4 – ricorrendo ad una clausola estremamente generica («ove possibile») – fa salva una diversa valutazione del giudice, che può sempre disporre la comparizione personale, se ritenuta opportuna, evidentemente anche alla luce di non pregiudicare il diritto al contraddittorio.

Per quanto concerne gli imputati non detenuti, è stata, invece, sancita la celebrazione da remoto di udienze che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice, purché sia comunque assicurato il rispetto di modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio²³.

Spetta al difensore il compito di attestare l'identità del proprio assistito²⁴, il quale, se libero o sottoposto a misure non carcerarie, partecipa all'udienza esclusivamente dalla postazione da cui si collega il difensore, oppure, se agli arresti domiciliari, arrestato o fermato, può collegarsi anche dal più vicino ufficio di polizia giudiziaria attrezzato allo scopo²⁵.

La trattazione da remoto è preclusa – per espresso divieto normativo – per le udienze deputate all'esame di testimoni, parti, consulenti o periti, nonché allo svolgimento delle discussioni finali da tenere all'esito di giudizio abbreviato o di giudizio dibattimentale, mentre può essere applicata, con il consenso delle parti, alle altre udienze preliminari e dibattimentali.

Viene meno, così, uno dei punti più controversi – quello attinente alla escussione dei testi di polizia giudiziaria, dei consulenti tecnici o dei periti non presenti – della disciplina varata, con il d.l. n. 18/2020, nel periodo di maggiore emergenza, con conseguente elisione del *vulnus* alle garanzie individuali dell'imputato e alla tenuta del modello processuale di accertamento.

Il meccanismo negoziale del consenso è stato proposto esclusivamente per la celebrazione delle udienze dibattimentali diverse da quelle istruttorie o di discussione, a riprova della particolare

²³ In tal caso, il giudice è tenuto a tempestivamente, prima dell'udienza, a comunicare giorno, ora e modalità del collegamento ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione.

²⁴ Cfr., in senso critico, O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Archivio penale*, 2020, n. 1, pp. 4 ss.

attenzione riservata anche alla trattazione di questioni non immediatamente percepibili come decisive, ma la cui rilevanza è comunque riservata al giudizio insindacabile delle parti.

È stata, infine, riproposta la possibilità, per il giudice, di accedere telematicamente all'udienza da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario, nel quale diviene nuovamente indispensabile la sola presenza dell'ausiliario, al fine di dare atto, nel verbale, delle modalità di collegamento da remoto utilizzate, delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e di tutte le ulteriori operazioni, nonché dell'impossibilità dei soggetti non presenti fisicamente di sottoscrivere o vistare il verbale.

Il nuovo decreto legge, pur ripristinando la possibilità di riunirsi da remoto in camera di consiglio per gli organi collegiali, esclude, tuttavia, che la previsione sia applicabile alle deliberazioni conseguenti alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, svolte senza il ricorso a collegamento da remoto.

7. La carica eversiva della partecipazione a distanza alle udienze penali, strumento straordinario, giustificato in tempi emergenziali, divenuto ordinario

Il sintetico *excursus* delle vicende normative riguardanti le regole sulla partecipazione a distanza – *excursus* svolto in parallelo tra la disciplina ordinaria, stratificatasi negli artt. 146*bis* e 147*bis* disp. att. cod. proc. pen., e quella eccezionale volta a fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, contenuta nei decreti legge e nelle relative leggi conversione susseguite negli ultimi mesi – induce ad una serie di riflessioni sulla natura dell'istituto e sulla sua compatibilità con i principi cardine del sistema processuale penale.

La fisionomia assunta nei numerosi provvedimenti emergenziali adottati tra il marzo e l'ottobre 2020 risulta, indiscutibilmente, connotata da contingenza ed eccezionalità, essendo essi sempre destinati ad operare – per espressa previsione legislativa, ribadita in ogni occasione – in deroga alle disposizioni ordinarie e solo per determinati periodi di tempo, in cui il contrasto al rischio epidemiologico assume rilievo survalente.

Tali peculiarità attenuano enormemente i profili di frizione della partecipazione a distanza prevista dalla legislazione “anti-Covid” con i canoni del giusto processo e, segnatamente, con il principio del contraddittorio pieno ed effettivo – rispettoso di oralità, pubblicità, immediatezza – che rappresenta fondamentale prerogativa dell'individuo sottoposto a procedimento penale e carattere imprescindibile del modello oggettivo di accertamento delineato dalla Carta costituzionale.

Anzi, le variazioni di assetto proposte nel tempo hanno denotato l'apprezzabile sforzo del legislatore dell'emergenza, che si è, talvolta anche proficuamente, adoperato per circoscrivere la contrazione degli spazi del diritto di difesa e di autodifesa, lasciando uno spiraglio alla partecipazione fisica dell'imputato *in vinculis* ed escludendo, per gli imputati non detenuti, l'operatività della partecipazione a distanza per le udienze deputate alla formazione di dati probatori oppure destinate alla discussione sul merito dell'imputazione.

Tuttavia, la conclamata violazione dei diritti individuali e collettivi connessi al principio del contraddittorio si era già ampiamente consumata con la cd. riforma "Orlando", all'esito di un percorso irrimediabilmente intrapreso a partire dal 1992, nell'ambito della legislazione emergenziale di contrasto al fenomeno mafioso.

La partecipazione a distanza dell'imputato *in vinculis* e l'esame in videoconferenza di determinate fonti di prova sono, infatti, divenuti – a seguito dell'entrata in vigore della novella del 2017 – strumento ordinario o alternativo di celebrazione dell'udienza, incidendo sulla struttura stessa del sistema, che non ne è uscito indenne.

Desti, peraltro, preoccupazione la *sedes materiae* della disciplina sulla partecipazione a distanza, sorprendentemente collocata nelle disposizioni di attuazione e transitorie del codice, che, fisiologicamente, dovrebbero regolare profili di mero dettaglio, mentre, nel caso di specie, possono produrre un impatto deflagrante sui principi cardine del sistema.

Paradossalmente, la legislazione legata alla diffusione del Covid-19 – la cui connotazione contingente e precaria, apertamente dichiarata, non solleva particolari preoccupazioni per i periodi post emergenziali – ha individuato soluzioni di apprezzabile compromesso, talvolta meno aggressive rispetto al regime ordinario previsto dagli artt. 146*bis* e 147*bis* disp. att. cod. proc. pen.

Esempi nitidi sono forniti dal possibile ricorso alla celebrazione fisica dell'udienza per gli imputati *in vinculis* e, per gli imputati non detenuti, dall'esclusione dall'ambito di applicabilità della partecipazione a distanza di determinate tipologie di udienze e dalla previsione di penetranti meccanismi di tutela, quali il consenso di tutte le parti coinvolte.

Se le forme di partecipazione a distanza ispirate alla prevenzione del rischio epidemiologico possono essere percepite – in forza del loro carattere di autentica emergenza, connotata da precarietà e contingenza – come conformi al modello processuale del giusto processo, resta l'aspra constatazione che il "distanziamento processuale", incuneatosi silenziosamente nelle disposizioni di attua-

zione del codice di procedura penale, è assurdo – ben prima dell'insorgere della drammatica emergenza epidemiologica – a valenza sistematica e costituisce una mera prospettiva di riforma, ma un tratto della disciplina processuale con cui l'interprete non può non misurarsi.

Le soluzioni prospettate dal legislatore dell'ultima emergenza concernenti l'utilizzo dei meccanismi consensuali e il ricorso al contraddittorio cartolare meritano, poi, attenta considerazione, nella prospettiva di approfondire l'utilizzo di moduli procedimentali più snelli, ma comunque idonei a non conculcare i diritti delle parti, e segnatamente dell'imputato, a cui si affida, in esclusiva, la prerogativa di scegliere in ordine alla rinuncia all'autodifesa e al contraddittorio pubblico, orale e immediato.

GIUSEPPE DELLA MONICA
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

L'IMPATTO DEL COVID-19 SULLO STATO DEI DIRITTI SOCIALI

1. Introduzione - 2. Diritto ed emergenza - 3. La temporalità del diritto d'emergenza -
4. Come cambiano i diritti sociali - 5. Il principio Salute al tempo della Pandemia

1. Introduzione

La prospettiva dalla quale partiamo è di guardare alla pandemia nella direzione di una rottura, di disequilibrio all'interno della storia umana e soprattutto all'interno della storia del 900. Sicuramente la realtà che stiamo vivendo mette in primo piano la crisi delle diadi che hanno caratterizzato la storia del secondo dopoguerra del secolo scorso. Tra queste sicuramente quella tra salute e sicurezza. Oggi senza dubbio è possibile affermare che tutte le dicotomie che hanno in qualche modo determinato gli equilibri all'interno del panorama novecentesco e del secolo che stiamo vivendo sono leggibili attraverso nuove percezioni. È chiaro che quando parliamo di sicurezza ne tracciamo le linee di una dimensione che rimarchi le prospettive riferibili alla sicurezza comunitaria e alla insicurezza, *insecuritas*, come categoria politica. Parliamo di fasce vulnerabili, dei diritti fondamentali. Assume, la fragilità, un senso tutto nuovo rispetto al passato. Nel *lock-down* abbiamo riconsiderato termini che forse nella velocità informazionale, nello stordimento quotidiano, abbiamo dato per scontato. Termini come "preoccupazione", "paura", "rabbia", "frustrazione", "senso di colpa", "impotenza" trovano sede in un tessuto sociale da un lato inaridito da questi stadi di umanità, dall'altro si presenta una prospettiva nuova, di rinascita, di resilienza, attraverso la quale si può e si deve riflettere sui meccanismi idonei ad una ripresa. Partendo da questa considerazione siamo di fronte ad una doppia condizione: la pandemia, infatti, può fare due cose. Può rallentare il cambiamento dentro un tempo compresso (qui la determinazione di temporalità è davvero al centro) ma può anche accelerare il cambiamento, lo può radicalizzare, lo può far diventare *novum*. Vedremo, per esempio, riguardo la decisione politica, come può mutare la rappresentanza politica. Sono meccanismi che indicano una cosa molto semplice: la pandemia ha prodotto, nel sistema complesso, uno stato di *shock* che vuol dire "andare in diverse direzioni", definibili in tre ambiti: le libertà, i diritti sociali, la struttura economico-industriale, il lavoro fondamentalmente. Sono ambiti che in società ricche, sviluppate come quelle occidentali, possono essere letti in maniera più rarefatta, in quanto c'è un deposito di ricchezza che permette di resistere. Altra cosa nei paesi più poveri dove la pandemia ha sconvolto radicalmente alcune condizioni

di vivibilità. Allora, possiamo dire che in premessa ci sono punti dai quali partire nella riflessione. Il primo punto è quello relativo all'interruzione della qualità della vita. Per citare Bauman siamo immersi in una "vita liquida"¹. La seconda cosa è la percezione del sentimento di pericolo comune che, a nostro modo di vedere, è stato generato anche da un'errata valutazione della responsabilità singola e collettiva. E poi c'è un livello, anche questo da tenere in conto, che è quello della sorte comune: probabilmente, per la prima volta, questa crisi ci porta a pensare che c'è una generazione oltre la nostra. Abbiamo nel nostro modo di porre la questione, uno spazio ermeneutico che tende ad aprire un dibattito sul futuro delle generazioni a venire. Quindi, anche senza accorgersene, abbiamo già avuto la sensazione che c'è stato un cambiamento nella nostra mentalità, nel suo modo di porre la questione, anche involontariamente. È come se il virus fosse seduto accanto a noi, parlasse con noi e in qualche modo trasformasse non solo il dato biologico ma soprattutto il dato esistenziale. E questo significa che il cambiamento è già in atto. Fatta questa doverosa premessa dal punto di vista anche ermeneutico, crediamo, fondamentalmente, che collettivamente siamo capaci di intuire un quarto livello di comunicazione personale con il virus. Ora possiamo razionalizzare il senso delle questioni dal peso rilevante, attraverso la ricerca di una ponderazione decisa sul destino dei diritti di libertà, dei diritti sociali. Indubbiamente, le dicotomie alle quali facevamo riferimento hanno avuto una forte considerazione nel mutamento: la prima, sicuramente, è il rapporto tra politica e scienza. Veniamo da anni dove davvero gli esperti, gli scienziati hanno contato ben poco. Tom Nichols, in una intervista del 2019 diceva, «il mio più grande timore è che questo rifiuto delle conoscenze specialistiche finirà solo quando si verificherà un disastro: una grande depressione, una guerra o un a pandemia. Storicamente questi eventi hanno riportato gli esperti al centro della vita pubblica. Spero solo che impareremo la lezione prima che ciò accada»². E non sembra che sia accaduto. Già in precedenza, Nichols parlava del trionfo dell'incompetenza, del rigetto continuo degli esperti e dei sapienti³. Oggi, sembra, sia il contrario: c'è stata una rivincita dei sapienti, dei tecnici che addirittura hanno indubbiamente prodotto i paradigmi della decisione politica. Tutti i provvedimenti che sono stati emessi in Italia, ma anche nel resto del mondo, quelli di contenimento, quelli restrittivi della libertà, quindi nella gestione dell'emergenza, oggetto anche di critiche sul piano dottrinario, sono figli di una resa alla scienza in direzione di una ri-

¹ Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008.

² T. NICHOLS, *L'era dell'incompetenza: intervista a Tom Nichols*, in R. MINORE (a cura di), *Minima&Moralia. Un blog di approfondimento culturale*, 3 marzo 2019.

³ Cfr. ID., *La conoscenza e i suoi nemici. L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia*, Roma, 2018.

chiesta, ad essa, di produrre formazione tecnica modificatrice di un equilibrio esistente. Come potremmo chiamare questa cosa che è accaduta negli ultimi mesi? Indubbiamente al livello di modelli filosofici siamo di fronte ad una giustificazione politica della tecnica. Come scrive Carcaterra, «la realtà della giustificazione è nel processo di ricerca di fondamenti sempre più saldi e più larghi. Resta il problema di saper dove questo processo possa trovare il suo *ubi consistam*, il suo ultimo arresto: probabilmente nel punto in cui nella vicenda delle varie fondazioni, si scopre nel dovere essere medesimo, nel suo stesso concetto, la ragione della irrefutabilità di certi giudizi di valore. Ma intanto è già chiaro che a tale processo di ricerca la giustificazione è sospinta dalla sua stessa natura recursiva, dal suo continuo riproporsi ad ogni approdo. E questo lascia già comprendere come il dovere essere, seguendo il suo intrinseco impulso ad articolarsi nella forma della giustificazione, sia indotto a salire sempre più in alto, dal mondo degli imperativi, al diritto, alla politica»⁴.

2. Diritto ed emergenza

Proprio per questo motivo potremmo dire che siamo di fronte ad un diritto dell'emergenza basato su evidenze scientifiche. È la rivincita degli esperti, Tom Nichols potrebbe scrivere un secondo libro, che potrebbe avere questo titolo: “il ritorno degli esperti e la fine dell'incompetenza”. Ma non è così semplice perché bisogna, oltre che pensare ad una *Republic of science*, per usare il titolo di un vecchio saggio di Polanyi⁵, ossia anche osservare la possibilità di costruire un mondo di ponderazione, di equilibrio, trovare la possibilità di mediare tra un linguaggio giuridico e un contenuto scientifico. Fare in modo che la discrezionalità legislativa sia espressione di un dato scientifico, tecnico, che sia sì parametro posto dal punto di vista della tecnica del diritto, ma che abbia anche poi la possibilità di essere ponderato attraverso altri meccanismi, anche perché, come sappiamo, la scienza non è infallibile ma è anche superabile, nel senso che altre scoperte scientifiche possono tenere nell'angolo altra scienza che è superata da altre scoperte. Quindi sicuri riferimenti scientifici sono, naturalmente, da sindacare attraverso una discrezionalità legislativa che deve tener conto del bilanciamento con gli altri diritti. Vanno introdotti, nel discorso, termini quali bilanciamento tra decisore pubblico e scienza. Nella gestione dell'emergenza si modifica la realtà per come la conosciamo mettendo in discussione un equilibrio sociale, strutturale e funzionale

⁴ G. CARCATERRA, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Torino, 2007, pp. 8-9.

⁵ M. POLANYI, *The republic of science: its political and economic theory*, in *Minerva*, n. 1, 1962, pp. 54-73.

che è ciò che fa comunità con riferimenti ad una nuova “filosofia della verità”⁶. In questo caso la comunicazione è fondamentale. Già cinquanta anni fa, la Arendt lucidamente rifletteva su falso in politica e distingueva tra tre tipi di verità: la verità razionale o filosofica, la verità scientifica e la verità di fatto⁷. Se da un lato la verità scientifica difficilmente può essere negata, ci sono stati e ci sono casi come quelli legati ai vaccini ad esempio, che hanno messo a dura prova l’“esperto”, rischiando di far ridurre la scienza ad opinione digitale. Attenzione, non soltanto la comunicazione della conoscenza, cioè l’essere informati, qui parliamo di informazione. Quando tutte le sere e ancora oggi guardiamo con apprensione i dati che ci vengono comunicati, li non siamo dentro una comunicazione, ma siamo dentro un’informazione che dovrebbe corrispondere ad una verità, ad una datità vera. Il problema è che dietro quella datità vera c’è una comunicazione indiretta, ossia preparata, anzi preposta in questo caso al fine che la verità venga detta in un determinato modo. C’è appunto una filosofia della verità. Tale atteggiamento è dentro quel principio di precauzione, che è tipico del governo dell’incertezza. Partire dalla scienza, dalle sicurezze della scienza significa proporre una diga contro gli elementi dell’insicurezza, attraverso decisioni costanti, che validino un circuito di sapere che deve essere percepito e accettato dall’opinione pubblica. Il grande conflitto tra virologi, medici: tutto ha un senso nella credibilità, in una verità presupposta cioè all’interno di un discorso che diventa comunicazione. Diventa, come avrebbe detto Habermas, “l’agire pubblico”⁸. Questo ragionamento ci porta a porre una serie di ulteriori riflessioni perché è evidente che siamo dinnanzi ad un’epistemologia civica o politica, ossia il tentativo di rendere la scienza pubblica e di farla uscire dai laboratori, mischiarla con la comunicazione politica. Non è cosa da poco conto. In altre epoche, questo tipo di impostazione avrebbe posto allarmi non da poco, perché quando la scienza si lega fortemente alla politica è chiaro che siamo dinnanzi a quello che ho definito più volte “muro della totalità” e, la totalità, ha sempre costruito un tipo di comunicazione che è priva di mediazioni. I grandi totalitarismi nascono così, il controllo della scienza e la comunicazione che annulla ed elimina ogni possibilità di mediazione, di interlocuzione, di corpo intermedio⁹. Come bene scrive Magatti, «il legame perverso e soffocante venutosi a creare tra individualizzazione e totalizzazione si può spezzare a condizione di non rinunciare a riconoscersi tutti responsabili in e di quella piccola porzione di realtà che ciascuno ha la possibilità di far

⁶ F. D’AGOSTINI, *Diritti Aletici*, in *Biblioteca della Libertà*, LII, n. 218, 2017.

⁷ H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2004.

⁸ J. HABERMAS, *Teoria dell’agire comunicativo. Vol. II: critica della ragione funzionalistica*, Bologna, 2017.

⁹ G. BOTTALICO, V. SATTA, *Corpi intermedi. Una scommessa democratica*, Milano, 2015, pp. 5-35.

germogliare. Quel “mondo” umano – in quanto popolato di persone reali in carne ed ossa, di affezioni, di desideri, di speranze – irriducibile al sistema che pure pretende di inglobarlo»¹⁰. Non siamo in una condizione totalizzante, anche se, a nostro avviso, la pandemia è totalizzante perché ha cambiato totalmente il nostro modo di vivere.

3. La temporalità del diritto d'emergenza

Però cosa è accaduto? Ci siamo chiesti il perché all'interno dell'attività legislativa (decreti e altro) ci sia sempre stata una temporalizzazione dell'attività legislativa? Perché il tempo ci salva dalla totalità. Se noi sappiamo che una norma vale per un certo tempo, per un tempo dato, la nostra capacità di resistenza acquisisce forza. Se noi invece sappiamo che una norma ha una vivibilità indeterminata, ci porremo nell'ottica di un tempo fermo, sospeso, di un tempo che non finisce più, di un tempo che non è più emergenza ma consuetudine¹¹. Quindi è decisivo, per uscire dalla logica della pandemia come totalità, la possibilità di accettare un diritto emergenziale all'interno di un tempo previsto. Una grande differenza con il passato è quella di determinare dal punto di vista politico un nuovo tipo di temporalità. In questo periodo, a rubare la scena è stata la limitazione dei diritti e quando vengono limitati i diritti, i poteri trovano una collazione diversa. L'esercizio di poteri nuovi è la conseguenza della limitazione dei diritti. Questo è stato reso possibile dalla restrizione delle libertà personali, a partire dall'annichilimento della relazione, ossia il distanziamento sociale: si è capito che l'accettabilità di questa condizione può essere percepita attraverso un determinato tempo, una variabile temporale che dà effettivamente vita ad uno *stato di eccezione* che deve essere sentito in tal modo dall'opinione pubblica affinché sia percepita la limitazione, ma sopportata, in quanto il tempo della sopportazione è un tempo compresso. Sembra chiaro che la restrizione della sfera della libertà, da cui l'annichilimento delle libertà sociali e individuali che sono all'interno di questa sfera, ad un certo punto, quando il tempo attraverso cui la restrizione è stata sviluppata finisce, questa sfera si riespande. Le libertà riprendono vita. Con il rallentamento del *lockdown*, ritrovano vigore i diritti che erano sospesi. Quando ci chiediamo se il *virus* c'è ancora, se sta tornando tutto come prima, quella sfera di libertà, dove i nostri diritti

¹⁰ M. MAGATTI, *Oltre l'infinito. Storia della potenza dal sacro alla tecnica*, Milano, 2018, p. 242.

¹¹ Cfr. C. ACOCELLA, *Le dimensioni del tempo e l'esercizio della funzione nella stagione dell'emergenza*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, pp. 185-207.

erano stati compressi necessita, non solo metaforicamente, di ossigeno. La sfera riprende vita, si allarga, riviviamo quelle libertà e accettiamo ciò che è stato prima, per un periodo limitato, cioè la restrizione dei nostri diritti. Se non fosse stato così avremmo vissuto in una totalità. Una totalità che da scientifica sarebbe diventata politica. Questa riflessione sulla sfera dei diritti ci fa intendere il pericolo corso. Ciò riguarda anche un'altra sfera fondamentale che caratterizza i diritti sociali, ossia quella legata al lavoro, al pilastro lavoro, quale momento educativo, oltre che economico. Questa sfera è stata ben coltivata dagli interventi legislativi perché è evidente che la pandemia nella sua sostanziale totalità ha depresso il diritto fondamentale del lavoro, spingendolo necessariamente nella dimensione della sopravvivenza, conseguenza della inevitabile crisi economica. Però una crisi non economica che è originata dalla diade sicurezza e salute diventa crisi economica. L'emergenza sanitaria in atto è la principale fonte di condizionamento della politica di bilancio. Tutti i diritti sociali sono connessi. I pilastri dei diritti sociali sono interconnessi e hanno due condizioni che li legano. La prima condizione è quella della materialità, che determina il peso delle risorse da destinare ai diritti sociali. La seconda è umana, educativa perché tutti i diritti sociali sono portatori di relazioni. Infatti, se non vissuti contemporaneamente perdono di significato. La sfera si restringe. Quindi diritto alla sicurezza, alla salute, inevitabilmente deve richiamare un diritto al lavoro, alla sussistenza perché stiamo parlando di dignità umana, così come di dignità di relazione¹². I famosi “congiungimenti”, su cui tanta ironia è stata fatta, dimostrano il tentativo di costruire comunque un elemento di relazionalità, nonostante tutto. Allora questa è una realtà che diventa cogente, perché siamo di fronte ad un rapporto tra politica e scienza che parte dall'opinabilità e si racchiude nella probabilità e paradossalmente capovolge questa dicotomia, nel senso che il dibattito della scienza in qualche modo viene ridistribuito attraverso la certezza di diritto e l'incertezza della scienza viene regolata dalla certezza del diritto. Nelle norme troviamo questo: ad un certo punto di sceglie, si decide e tra le tante proposte scientifiche, tra i tanti comitati scientifici e poi si segue una linea che paradossalmente rende certa l'incerta scienza. Sembra un paradosso ma è proprio così, perché l'incertezza della scienza viene mitigata dalla possibilità di avere, attraverso un grado di probabilità di un certo tipo, sotto controllo l'orizzonte temporale. Questo è fondamentale perché capiamo che all'interno di questa esperienza dei comitati c'è la possibilità di inserire altri tipi di esperti non medici, ma esperti delle relazioni sociali, sociologi. La

¹² L. DI SANTO, *Per un'Ermeneutica dei Diritti Sociali. I Quattro Pilastri. Famiglia, Lavoro, Partecipazione, Salute*, Bologna, 2020, pp. 13-29.

pianificazione dell'emergenza, in una società del rischio come la nostra è complessa perché, queste misure, soprattutto in riferimento all'economia, hanno a che fare con l'idea del rischio. Con l'idea della società del rischio abbiamo chiara la dimensione del futuribile. Quindi il livello del rischio richiama una misurabilità e ci permette di accettarne il senso. L'idea di rischio è centrale per comprendere le realtà del lavoro e della società nella dimensione del futuribile. Il lavoro possiede delle caratteristiche tali che instaura una connessione tra i tanti strati dell'attività umana sul piano dello sviluppo, dalla produzione, all'amministrazione, superando confini e territori. Sappiamo bene come la produzione industriale si parcellizzi in tutte le parti del pianeta, in virtù di uno sviluppo tecnologico sempre più avanzato. Siamo lontani oramai dallo scenario della produzione classica con i suoi punti fermi quali piena occupazione e sicurezza, tanto che l'intero apparato economico è governato da un regime di rischio, in particolar modo se riteniamo che la presenza di flussi globali alimenti rischi e incertezze. Con l'avvento del regime di rischio, le popolazioni, in massima parte, si adeguano alle nuove forme di vita individuale e sociale. Le parole d'ordine sono dinamismo compulsivo e mobilità nella latenza di un ordine regolatore. Nel regime di rischio, l'unico 'ordine' possibile è quello che viene espresso attraverso i mercati e la concorrenza, e ciò vale a dire tecnologie informatiche che rendono simultaneamente possibili nuovi tipi di forme di produzione decentralizzate, con utilizzo minore di uomini, aumenti di produttività e alterazione di tempi di vita. Siamo di fronte a una economia di incertezza, dove il regime di rischio del lavoro dispiega delle implicazioni sociali e politiche tutte da definire¹³. Si pensi alla parcellizzazione del potere dei sindacati come estrinsecazione della loro essere corpi intermedi nell'economia dell'incertezza, spesso costretti al compromesso al ribasso tra contenere la povertà o la disoccupazione ma non entrambe. La disoccupazione tecnologica era da anni prevedibile così come la crescita dell'incertezza e del rischio. Per tale condizione di precarietà ideale il lavoro e lo stato sociale sono in crisi in un clima di esclusione dei ceti più fragili nel nome dell'idea di flessibilità. È cambiato negli ultimi decenni, il lessico della temporalità dell'economico nel passaggio dalla società del lavoro in società del rischio. I rapporti di lavoro vengono deregolamentati nel quadro del "tempo flessibile" non quantificabile. Qui è sempre più chiaro il senso della economia del rischio e dell'insicurezza dell'esistere. Come per la famiglia, in questo scenario entra in gioco sempre più la società del lavoro plurale che, a nostro modo di vedere, comporta anche una socializzazione dei

¹³ Cfr. U. BECK, *Una prospettiva globale: oltre la società del lavoro*, in *Reset*, n. 155, 2015. Cfr. anche ID. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2013; ID., *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, 2011.

rischi del lavoro precario. Qui l'esigenza del calcolo del rischio sul piano del diritto dinanzi alla vita precaria e fragile della persona che lavora, qual che sia il tipo di lavoro stesso. Scrive Beck in proposito, «il termine “rischio”, infatti, possiede due significati radicalmente diversi. In primo luogo, esso si applica ad un mondo interamente governato dalle leggi della probabilità, nel quale ogni cosa è misurabile e calcolabile. Ma il termine è generalmente usato anche in riferimento a incertezze di tipo non quantitativo, a “rischi che non possono essere conosciuti”. E quando parlo di “società del rischio” lo faccio riferendomi a quest'ultima accezione, cioè intendo una società caratterizzata da incertezze, incognite prodotte»¹⁴. Il rischio si connette con il diritto attraverso il concetto di aspettativa, come dimensione che implica la questione relativa alla temporalità. Il tempo è in relazione ontologica col diritto e agisce da sedativo delle aspettative che sono poi trasformate da cognitive in normative. Per Luhmann, il diritto stabilizza le aspettative che sono a rischio per l'incertezza del futuro, in quanto «con il concetto di rischio si indica una forma di problematizzazione del futuro, cioè una forma di trattamento del tempo»¹⁵. La questione rilevante è decidere. E nella lettura che offre il sociologo tedesco, «più importante è che, di fronte alla necessità di un continuo assorbimento dell'incertezza e di fronte ai vantaggi dell'incertezza autocreata, siano disponibili autolimitazioni che valgono come confini di orizzonte e possono essere utilizzate a scelta a seconda della situazione decisionale»¹⁶. La certezza del diritto è minacciata dal fatto che nascono nuove situazioni, imprevedibili. O alla impossibilità della normazione della tecnica o alla tecnica che impone un suo diritto. Il *Principio di precauzione* è grado di misura della complessità. «Il “manifesto intellettuale” del principio di precauzione viene generalmente individuato nelle opere del filosofo tedesco Hans Jonas e negli scritti di Ulrich Beck dedicati alla società del rischio. In particolare Jonas, che ha dedicato un'intera opera al “Principio di Responsabilità”, affermava che, essendo le potenzialità umane infinite si da generare innumerevoli pericoli, la gestione della cosa pubblica dovesse essere affidata a soggetti capaci ed eticamente validi ossia consapevoli che il concetto di “etica” fosse profondamente connesso a quello di “responsabilità”»¹⁷. Per Hans Jonas, la riflessione sull'etica della responsabilità acquista senso se capace di interrogarsi sui bisogni delle

¹⁴ ID., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, cit.

¹⁵ N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, p. 62.

¹⁶ ID., *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, pp. 186-187.

¹⁷ A. LONGO, F.M. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in *federalismi.it*, 4 settembre 2019.

generazioni future¹⁸. Il principio di precauzione dunque si propone di modulare un argine giuridico ed etico dinanzi alla virulenza della tecnocrazia, al fine di proteggere l'idea di bene per le generazioni che verranno. Il principio di precauzione ha visto la sua genesi in una dimensione previsionale dei comportamenti e perciò richiama il principio di responsabilità. «Non è un principio morale, bensì un principio pragmatico che ha trovato un'espressione giuridico-politica costituendo la risposta delle società democratiche ai nuovi rischi»¹⁹. La "normazione precauzionale" necessita di guardare all'intero dell'universo giuridico, con il compito di supportare la carenza informativa, con la strumentazione tecnica ed economica idonea al fine di svolgere valutazioni sul piano della decisione inerente al rischio da considerare nell'analisi costi-benefici. È chiaro che la responsabilità politica delle valutazioni espresse e formulate attraverso lo strumento del diritto segnino la qualità di una democrazia, in quanto possono essere prese decisioni sui temi con implicazioni economiche, sociali e ambientali, magari contrastanti tra loro. Ciò comporta un rischio ancora più accentuato e non a caso, Ewald, soffermandosi sulla centralità del rischio per le politiche economiche, sanitarie e sociali, propone che si passi da un regime di distribuzione delle ricchezze, ossia lo "Stato assistenziale", a uno di distribuzione dei rischi. «Oggi la maggiore ingiustizia non risiede tanto nell'ineguale distribuzione dei redditi quanto nell'ineguaglianza di fronte al rischio. [...] I rischi sociali si vedono raddoppiati dai rischi dell'esistenza, che non possono essere trattati dalle tecniche assicurative della previdenza sociale se non in minima parte»²⁰. Se il rischio è davvero la cifra del mondo contemporaneo tanto da trasformare il nostro rapporto con le dimensioni della famiglia, del lavoro, dell'istruzione, la domanda finale da porci è su quanto l'uomo sia 'flessibile' nonostante la 'forza' della sua fragilità, vulnerabilità, precarietà, comune a tutti gli esseri viventi, dinanzi a terribili questioni «che ci consentono però di conoscere la situazione che hanno determinato per noi, e, al tempo stesso, di conoscere noi stessi come coloro che devono essere interrogati in proposito. E abbiamo scoperto che non una congettura metafisica in sé, ma una responsabilità angosciata per le cose che ci minacciano. D'altra parte, dove il sapere non offre nessuna risposta, dobbiamo trovarla nell'agire»²¹. Come vedete, c'è una possibilità di riflettere attentamente su queste questioni perché sembra che si viva in un contesto di precarietà ma in realtà

¹⁸ H. JONAS, *Il principio di responsabilità per la società globale*, Torino, 1990. Si veda anche C. VIGNA, *Responsabilità e precauzione*, Roma, 2008.

¹⁹ Cfr. Y.C. ZARKA, *Considération philosophiques sur le principe de précaution*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, n. 4, 2012, p. 483.

²⁰ F. EWALD, D. KESSLER, *Tipologia e politica dei rischi*, Roma, 2000, pp. 16 ss.

²¹ H. JONAS, *La filosofia alle soglie del Duemila. Una diagnosi e una prognosi*, Genova, 1993, p. 52.

l'intervento legislativo ha dei principi ben consolidati, che sono quelli di attendere ad un principio di precauzione che renda non più insopportabile la lacerazione dei diritti, in particolare dei diritti dell'azione.

4. Come cambiano i diritti sociali

Facciamo una brevissima ricostruzione dei diritti sociali nella relazione con la Pandemia, partendo dal fatto che siamo di fronte ad una reazione da parte del diritto che ha scongiurato l'elemento della totalità, che quando è presente annuncia una catastrofe e, in questo caso, ciò vale innanzitutto per quanto concerne il pilastro famiglia che ci ricorda che vi è ancora oggi la possibilità di pensare che la proposta di una mediazione all'interno del panorama generale, attraverso i propri connotati tipici relazionali in quanto aperta alla vita, aperta all'accoglienza. E ancora, il problema economico che si traduce nella domanda: c'è la fine del lavoro?²² Abbiamo visto che attraverso l'opportunità della crisi nel lavoro troviamo ancora la possibilità di avere la capacità educativa, relazionale, per sapere che costruendo il mondo costruiamo noi stessi. Sapendo che stando a casa, lavorando a casa, non è sufficiente. Questo è stato ricordato in questo momento storico. Naomi Klein così si esprime in un bellissimo articolo: il DNA umano è un relazionale che si contrappone ad una visione tecnologica di un'economia, di un lavoro che non tiene insieme la mutazione della società ma anche dell'uomo stesso²³. Il cambiamento continuo dell'uomo che non si fa corrompere dalle sirene della massificazione, della tecnica, tenendo sempre conto di quella voce interiore che lo rendono quello che è. Da questo punto di vista è chiaro che siamo nella concretizzazione di una subcultura, che tende a produrre un nuovo tipo di mediazione politica, a partire dalla logica del narcisistema nella quale viviamo oggi. C'è una bellissima espressione di Andrew Piper, che parla di narcisistema, lì dove l'uomo si fa guidare da quell'orrore mediatico che troviamo all'interno dei *social*, dei non luoghi dei *social* che propongono un nuovo tipo di *virus* diverso nelle forme, ma altrettanto letale per la democrazia e le sue dimensioni partecipative²⁴. Alla fine, si deve riconsiderare anche la dimensione Salute, in quanto la struttura temporale insita in ogni pilastro si vede maggiormente nella dimensione salute. Oggi più che mai in questo tempo il corpo

²² J. RIFKIN, *La fine del lavoro. Il declino della forza globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Milano, 2001, p. 26.

²³ N. KLEIN, *Shock economy. L'ascesa dei capitalismi dei disastri*, Milano, 2008.

²⁴ A. PIPER, *Il libro era lì. La lettura nell'era digitale*, Milano, 2013, p. 53.

dell'uomo diventa manifesto di un tesoro evidente che richiama la persona umana, che richiama concetti che sono legati alla fragilità, alla libertà, alla dignità. Qui si trova davvero un ampliamento della sfera di libertà. Un dolore che non è più passivo ma attivo perché attira un'attenzione diversa rispetto all'uomo, rispetto anche a coloro i quali devono curare. Siamo passati da una medicina difensiva ad una medicina narrativa, ossia di una medicina che parla anche delle persone, parla anche di coloro che soffrono, di coloro che attraverso il loro corpo esprimono un messaggio²⁵.

5. Il principio Salute al tempo della Pandemia

La Costituzione italiana, con gli artt. 2, 3 e 32, ritiene che l'individuo debba essere tutelato sul piano del diritto alla salute, inteso quale diritto fondamentale ed in particolar modo come 'diritto sociale' dato che, anche nella dimensione sanitaria, si rivela indispensabile proclamare il principio di eguaglianza. Tale condizione trova ancora più forza nella determinazione della gratuità delle prestazioni sanitarie a favore degli indigenti, elemento di connessione con il principio della dignità sociale, alla base delle considerazioni sviluppate in direzione del diritto all'accesso da parte dell'individuo e della collettività. In tal senso, la salute si presenta come bene dell'individuo e della comunità allo stesso tempo, sia nella ricerca dell'accesso alla cura, sia nella attenzione al raggiungimento di certi *standard* di qualità della vita sul piano della salute. Non a caso la Conferenza Internazionale della Sanità e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiscono la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consistente soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate». Tra "cura" e "salute" deve esservi connessione, in quanto l'obiettivo da raggiungere è il ben-essere. Amartya Sen distingue "l'equità della salute" dalla semplice "equità delle cure", perché la prima non è la semplice disponibilità di servizi sanitari, ma è la reale possibilità di utilizzo degli stessi per raggiungere un effettivo stato di salute in base ai propri bisogni²⁶. L'esercizio concreto di questo diritto comporta l'elaborazione di paradigmi etici ispirati ad una

²⁵ D.M. CANANZI, *Curare è narrarsi: sulla distinzione tra malattia e patologia*, in *Democrazia e Diritti Sociali*, n. 1, 2020, pp. 13-21.

²⁶ A. SEN, "Uguali e diversi" davanti alla salute, in *Kéiron*, n. 1, 1999, p. 8.

visione della giustizia personale e sociale nello stesso tempo, cioè deve rispettare le esigenze dei singoli e della collettività. In tale direzione vanno riconosciuti i diritti che fanno da corredo alla condizione di fragilità in capo alla persona malata, quali il diritto ad essere informati in particolar modo al fine di rifuggire da quella anonimità numerica che spesso tipizza il malato in ospedale e sofferente in genere. Il diritto alla salute acquista senso solo se riferito alla Persona in concreto nella specificità delle sue diverse condizioni fisiche o sociali, al di là dell'espressione di volontà. Paradossalmente la visione scienziata post-illuminista che ha sempre privilegiato l'individualismo, oggi più che mai, prepara il mondo alla massificazione attraverso il connubio "scoperta-consumo", anche nei campi più delicati della sperimentazione quali quelli legati alla salute umana. Ci riferiamo al fatto che alcuni farmaci o tecnologie che potrebbero salvare le vite di uomini e donne impegnate da malattie di estrema gravità, non sono al centro dell'attenzione degli scienziati perché poco commerciabili. Il dibattito sul possibile vaccino anti-covid, sui farmaci più efficaci e sui costi da sostenere è materia quotidiana della politica internazionale. Allora davvero gli esseri umani sono 'massa sofferente' non solo nel senso della corporeità nella dimensione più fragile ma anche e soprattutto nel senso di appartenere ad una massa nella quale si perde il *mio* diritto personale alla salute. È necessario, al tempo del consumismo fondamentale, "omologarsi" alle malattie, in modo da essere riconosciuti e protetti. Controllare la salute dell'uomo significa controllarne il corpo, quindi la vita. Decidere quali farmaci e quali tecniche sono da introdurre nel mercato comporta la più invadente delle manipolazioni. È in corso, come scriveva Foucault, nelle sue notissime riflessioni sulla *biopolitica*, «una nuova definizione dello statuto del malato nella società e la instaurazione di un certo rapporto tra l'assistenza e l'esperienza, il soccorso e il sapere; si è dovuto avvolgere il malato in uno spazio collettivo ed omogeneo»²⁷. Diritto alla salute significa accesso alle cure mediche per tutti e non secondo le possibilità o le disponibilità. La rinuncia alla *cura*, per motivi economici, oggi è sempre più presente. La dimensione sociale della *massa sofferente* viene sempre più riconosciuta e tollerata. Il diritto alla salute rappresenta uno dei diritti fondamentali della persona, che deve essere salvaguardato attraverso l'azione dei pubblici poteri. Come tutti i Pilastri sociali entra nella dimensione dell'interesse generale, riguarda tutti, appartiene ad ognuno e va tutelato per le generazioni future. E come tutti i pilastri sociali chiede e incontra il diritto sul piano dell'azione pratica del fare o del non fare giuridico. Spingere il diritto a fare in modo che l'Istituzione faccia la sua parte nel tutelare la salute individuale e collettiva delle persone in modo

²⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della clinica*, Torino, 1998, pp. 208-209.

diretto o fare per tutelare il benessere in modo indiretto. Per questo motivo, il diritto alla salute esprime una complessità profonda, in quanto, favorendo un'apertura ermeneutica verso la dignità umana, incontra anche la sfera dei diritti di libertà. Siamo di fronte a scenari complessi che hanno a che fare con l'esperienza soggettiva del dolore del corpo e quindi dell'anima, e, con la cura che ricerca uno spazio molto più largo che non quello terapeutico. Il senso del limite e il valore del tempo sono questioni essenziali, come vedremo. Scrive Amato, «quanto è lungo un dolore a cui non si può porre rimedio? Quanto “dura” una malattia?»²⁸. Il diritto alla salute come tutti i diritti sociali è costituito da una intrinseca temporalità dovuta alla *Zeitstruktur* insita nei Pilastri che si delineano come nuclei di senso ermeneutici dei diritti sociali. Ogni norma ha una preistoria e una radice esistenziale. E le figure che operano nell'universo giuridico volgono lo sguardo alle tre dimensioni temporali. Solo con la legge si “blocca” il futuro. «Alle soluzioni legislative dei problemi sociali inerisce infatti un elemento di *definitività*. Questa dice il legislatore, è la giusta soluzione per tutti i casi che sono anticipati dalla legge, indipendentemente da quanto potranno diventare realtà. La legge si manifesta dunque con la pretesa di essere l'ultima parola sulla questione. Le leggi bloccano il futuro, in quanto e per quanto esse per così dire lo catturano in una rete di regolamentazione normative. Nella legge stessa, in quanto atto del progettare creativo, vive però l'idea di un futuro *aperto*»²⁹. Maggiore è stata l'incidenza nella Storia dei Pilastri sociali, tanto più maggiore è stata allora l'intensità con cui il diritto ne ha recepito la vitalità e i sensi, per poi trasformarne le *tonalità emotive* in produzione legislativa. Chi è sottoposto al male corporeo, è perso nella sua fragilità. Per questo motivo assume il volto e il corpo di ogni essere umano. La ragione della sofferenza impone la propria *verità*, piegando il corpo e pretendendo il possesso dell'anima. La dimensione del *sofferente* si determina sia sul piano fisico che su quello psicologico, stati che disintegrano la personalità. Il punto come vedremo è quello di una partecipazione al dolore, nel solo apprendere l'immagine intesa come esperienza profonda. Non è possibile dunque lasciarsi andare allo sguardo e alla sua ermeneutica dell'umanità. Al contrario nella dimensione dell'umano ciò che va ricercata è la corporeità nella sua interezza patica, nella sua dignitosa cedevolezza. Come scrive Canetti, «il corpo dell'uomo è cedevole, esposto alle ferite e molto vulnerabile nella sua nu-

²⁸ S. AMATO, *La relazionalità del diritto oltre il desiderio*, in *Rivista di Filosofia del diritto - Journal of Legal Philosophy*, n. 2, 17, p. 218.

²⁹ G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, p. 50. Inoltre, cfr. L. DI SANTO, *L'universo giuridico tra tempo patico e tempo gnosico*, Padova, 2012, pp. 90-103.

dità. Tutto può penetrarvi; a ogni nuova ferita gli riesce più arduo portarsi sulla difensiva»³⁰. Anche i diritti dell'uomo sono disponibili e possono essere ovviati dinanzi a questioni superiori. Il diritto è una pura organizzazione della forza che esegue, ripete e non si relaziona, assumendo ogni eventuale contenuto. E nell'intreccio dei racconti sulle storie di questo agire, nella responsabilità per l'altro e nella sua risposta, nell'interdipendenza, nell'esercizio della responsabilità, in una dimensione dell'immaginario giuridico³¹ si va oltre il diritto. Quando il diritto si occupa dell'uomo concreto dunque si occupa della persona nella sua dimensione plurale, nel suo percorso di riconoscimento, fatto di ragione e di dolore. Attraverso la dimensione intima del corpo ci si pone la questione del senso e della relazione in termini di dignità, a partire da una simbolica del riconoscimento. L'apertura relazionale di cui il corpo si mostra capace, non solo nella dimensione dell'io ma anche nel rapporto con gli altri, sembra contenere in sé tutti gli elementi necessari per la riscoperta di un'ermeneutica idonea al ripristino di un diritto, che richiami una cultura della dignità. Qui il senso di una corporeità che si fa codice interpretativo dell'uomo nel suo essere persona completa. L'ermeneutica della corporeità avverte il dislivello tra mente e corpo, ma proprio per questo lo supera. Non si è persone, ma lo si diventa nella ricerca continua di una intersoggettività del bene comune. Come si chiedeva Hans Jonas, «come stanno le cose, con l'esistenza del nostro corpo?»³². Diventare persone nella verità significa proporsi attraverso una sovrastruttura simbolica, che rigetti ogni deriva utilitaristica e funzionale. Tuttavia va fatta un'altra considerazione. Chi incontra il sofferente è un altro uomo. Quali sono le sue condizioni? Cosa prova? Cosa si innesca nel relazionarsi? Empatia o apatia? Il dolore, come ricorda Jean-Luc Nancy³³, è sempre silenzioso. Nel dolore non c'è che asimmetria e ingiustizia. Il silenzio della sofferenza è assordante per il vuoto che crea. C'è l'uomo ma non la sua umanità. La sofferenza si dilata nel tempo, appartiene a tutti, nessuno escluso. Il corpo parla di noi, racconta i segni del tempo, ne fa memoria fisica, ma il sentire crea il ponte tra gli uomini che si comprendono nella sofferenza per la perdita della dignità della carne e dello spirito. «Chi soffre», nel suo patire, entra allo stesso tempo in una dimensione temporale dell'agonia, nella quale si esercita l'angoscia dell'improvviso, per dirla con Kierkegaard³⁴, come privazione di ogni comunicazione. In quella dimensione l'unico baratto possibile è

³⁰ E. CANETTI, *Potere e sopravvivenza*, Milano, 1998, p. 17.

³¹ F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2004, p. 21.

³² H. JONAS, *La filosofia alle soglie del Duemila. Una diagnosi e una prognosi*, Genova, 1994, p. 31.

³³ J.-L. NANCY, *Noli me tangere. Saggio sul levarsi del corpo*, Torino, 2005, pp. 68-74.

³⁴ S. KIERKEGAARD, *Il concetto dell'angoscia*, Milano, 2020.

tra la verità e il dolore. La temporalità del dolore avvolge la persona. Essa non rispetta il tempo cronologico, ma quello vissuto. Vela la realtà e tiene in vita gli attimi. La sofferenza non passa mai. Come scrive Andreoli, «rompe gli orologi e scorre lenta come volesse massacrare ogni cosa: è un sentimento che si dilata. Include il corpo e investe l'intero mondo»³⁵. Non può esservi medicina umana senza i limiti imposti dalla fragilità, dalla libertà, dalla dignità. La spazialità della sofferenza è inclusiva, perché siamo anche 'fatti' di dolore. 'Prendersi cura' dunque significa andare oltre, guardare ai diritti della persona, valicare la sofferenza, rifiutare l'idea di massa sofferente e anonima, tutelare l'unicità, la profondità per dare senso al legame fragile e forte allo stesso tempo, che lega il sofferente con il suo *dolore passivo* e l'offerente con la sua *cura attiva*, nella pensabilità tra esseri umani nel tempo. In un lavoro complesso di chiara impronta ermeneutica, il dialogo di mediazione tra il medico e il sofferente prevede l'approccio a un'area del comprendere dove risiedono l'esperienza vitale particolare e la partecipazione generale nella definizione di un intervallo di senso, da argomentare perché l'uomo non si lascia sistematizzare³⁶. E questo spazio d'intervallo che va colmato con il «richiamare il valore della responsabilità, dell'attenzione, della sollecitudine e della cura nella gestione dei rapporti, o l'importanza del far vivere le relazioni e del ridescrivere le situazioni, affinché le dimensioni della scelta e della fioritura di ciascuno siano agibili e i compromessi necessari siano trovati senza che nessuno sia lasciato solo, ovverosia con attenzione alla sofferenza di tutti, anche se questo non vuole dire senza sofferenze»³⁷. Il Pilastro Salute come nucleo ermeneutico esprime tutta la sua valenza in questi ambiti sempre aperti alla pratica sociale dei valori. Il tentativo di centrare la questione si pone sul piano prevalentemente giuridico. Non è possibile né utile segnalare i momenti del diritto sul tema, ma piuttosto carpirne lo spirito, capire come la legge "sente" il valore della vita. La fragilità paradossalmente non si riconosce facilmente e in alcuni casi tende a nascondersi, e «ad assumere maschere, che si riconoscono solo se siamo capaci di ascoltare le persone, di guardarle negli occhi, e di avvicinarsi ad esse con umana partecipazione»³⁸. Si pensi ai medici e ai sanitari che di tutto hanno fatto per rendere trasparenti le visiere delle tute, per non abbandonare i morenti al gelo di una morte solitaria. Scrive bene Blumentberg che «il paradosso sta nel fatto che l'Esserci è Cura e che ci si può liberare di essa solo al prezzo di

³⁵ Cfr. V. ANDREOLI, *Il tempo dentro di me*, in G. GIORELLO, E. SINDONI, C. SINIGAGLIA (a cura di), *I volti del tempo*, Milano, 2001, pp. 113-126.

³⁶ S. KIERKEGAARD, *Briciole filosofiche*, Brescia, 1987.

³⁷ C. BOTTI, *Vulnerabilità, relazioni e cura. Ripensare la bioetica*, in *Etica&Politica*, XVIII, n. 3, 2016, pp. 33-57.

³⁸ E. BORGNA, *Il tempo e la vita*, Milano, 2015, p. 119.

non essere più nulla di cui poter prendersi cura. L'Esserci diventa un peso a se stesso nell'istante in cui si trova nella condizione di poter diventare "impalpabile" a se stesso»³⁹.

LUIGI DI SANTO
Università degli studi di Cassino
e del Lazio meridionale

³⁹ H. BLUMEMBERG, *L'ansia si specchia sul fondo*, Bologna, 2005, p. 198.

RESPONSABILITÀ PENALE DEI MEDICI E PANDEMIA*

1. Premessa - 2. L'involuzione giurisprudenziale - 3. La "filiera" della medicina difensiva - 4. La ripresa della "filiera" dopo l'esaltante fase degli "eroi in camice bianco" che ha caratterizzato la fase più acuta della pandemia - 5. Una possibile soluzione

1. Premessa

Nei mesi precedenti, durante la fase di maggior diffusione del virus, si è fatto a livello mediatico un grande sforzo di italica ipocrisia nel dipingere come eroi, addirittura come angeli, gli operatori sanitari, i quali per via delle loro responsabilità professionali hanno avuto il *dovere* di affrontare il rischio del contagio.

Già all'epoca però era facilmente prevedibile un mutamento di atteggiamento da parte dei mass-media che adesso si sta puntualmente verificando: è ricominciato il trito *battage* della cosiddetta "mala sanità" che ha infestato per anni l'attività dei mezzi di informazione.

Di fronte a questa alternanza schizofrenica di beatificazioni e demonizzazioni occorre partire da una mera constatazione: i medici non sono martiri per il fatto di aver doverosamente affrontato un rischio legato alla loro difficile professione ma non sono nemmeno dei delinquenti imperiti ai quali addebitare automaticamente la colpa per i decessi dei pazienti.

L'aver per anni criminalizzato la categoria ha determinato il pernicioso fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva" che ha cagionato danni sociali di rilevante portata.

Di questo risultato sono responsabili da un lato la giurisprudenza, dall'altro l'informazione. Occorre quindi richiamare alla memoria l'involuzione giurisprudenziale che è apparsa ad autorevole dottrina incarnare l'anticostituzionale principio dell'*"in dubio contra medicum"*¹.

2. L'involuzione giurisprudenziale

Tale pseudo-principio è stato improvvidamente applicato dalla giurisprudenza negli ultimi decenni.

* Il contributo risale al luglio del 2020.

¹ A. CRESPI, *Medico-chirurgo*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, Torino, 1993, pp. 589 ss.

Fino alla fine degli anni '70 era invece prevalso un orientamento, ispirato ad una equilibrata visione dei rapporti tra norme civili e norme penali, volto a ravvisare una responsabilità penale medica solo nel caso di dolo o di colpa grave (in quest'ultimo caso con precipuo riferimento all'imperizia). Il fondamento era rappresentato dall'art. 2236 cod. civ., che con riferimento alla responsabilità del prestatore d'opera dispone testualmente: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave»². Anche la Corte costituzionale aveva nel 1973 avallato tale orientamento dichiarando non fondata una questione di legittimità costituzionale per presunta violazione dell'art. 3 Cost. ritenendo che la limitazione della responsabilità alle ipotesi di colpa grave per imperizia come configurata dall'art. 2236 cod. civ. fosse congrua alla luce del fatto che «l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito»³.

All'inizio degli anni '80 si è invece affermato un orientamento di segno opposto volto ad escludere con riferimento alla responsabilità penale l'applicazione del predetto articolo, con la conseguenza di ritenere responsabile il medico anche per colpa lieve⁴.

Altri orientamenti *contra medicos*, in gran parte coevi a quello ora considerato, si sono sviluppati e successivamente consolidati su vari versanti: *a)* omesso impedimento della morte del paziente; *b)* responsabilità del primario; *c)* responsabilità di tutti i membri dell'*équipe*⁵.

a) Per quanto riguarda il primo, nel corso degli anni la giurisprudenza ha ritenuto configurabile, sia pur con oscillazioni, la responsabilità del medico ai sensi del comma 2 dell'art. 40 cod. pen.⁶ anche qualora l'intervento terapeutico o diagnostico omesso avesse limitate possibilità di successo⁷.

Emblematica in tal senso una sentenza delle Sezioni Unite del 10 luglio 2002⁸, che di fronte al contrasto sorto in ordine al livello del coefficiente percentualistico della legge statistica sulla quale basare un'eventuale responsabilità per omesso impedimento dell'evento ha valorizzato coefficienti medio-bassi di probabilità di successo dell'intervento omesso.

² *Ibid.*, pp. 595 ss.

³ Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166.

⁴ In tal senso Cass., Sez. IV, 22 ottobre 1981, in *Foro italiano*, 1982, II, p. 268.

⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, Napoli, 2005.

⁶ Il comma 2 dell'art. 40 cod. pen. dispone testualmente: «Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo».

⁷ Sul punto sia consentito rinviare a M.L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, cit., pp. 5 ss.

⁸ Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 27, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 1133 ss.

b) Nel filone della giurisprudenza *contra medicos* si ascrive anche l'orientamento volto ad attribuire al primario responsabilità penali per tutti i fatti verificatisi nel reparto da lui diretto, che si riduce in buona sostanza a profilare nei casi nei quali il medico in posizione apicale non abbia mai valutato il paziente una responsabilità oggettiva per la posizione da lui rivestita⁹, palliata da poco convincenti affermazioni volte a nascondere questa situazione ricorrendo alla ambigua formula della "colpa per organizzazione".

c) Altro orientamento estensivo si registra per quanto riguarda la tendenza ad attribuire in capo a tutti i medici dell'*équipe* la responsabilità per omesso controllo per l'errore commesso dallo specialista, nel quale il principio di affidamento sulla capacità professionale di quest'ultimo viene quasi sempre disatteso¹⁰.

L'affermarsi di tali orientamenti ha avuto come conseguenza una sorta di proceduralizzazione dell'attività medica: di fronte al rischio di una condanna per omicidio colposo i medici si sono sovente attenuti alla rigida osservanza di protocolli rendendo così meno tempestivo l'intervento terapeutico (ma allontanando il predetto rischio).

Questa situazione nel corso del tempo è divenuta sempre più grave inducendo il legislatore ad intervenire. Un primo intervento è stato operato con la legge 8 novembre 2012, n. 189 (cd. "legge Balduzzi) che, in buona sostanza, ha escluso la punibilità del medico nel caso di colpa lieve, qualora il sanitario avesse osservato le relative linee-guida¹¹.

Si trattava però di una disposizione dal sapore ossimorico in quanto nel caso di osservanza di tali linee, che costituiscono delle vere e proprie *leges artis*, non dovrebbe mai essere configurabile la colpa.

La riforma non ha portato ai risultati sperati, soprattutto per l'aporia ora evidenziata e per l'ambiguità del concetto di "colpa grave".

Di conseguenza dopo pochi anni il legislatore ha avvertito la necessità di intervenire nuovamente con la legge 8 marzo 2017, n. 189 (cd. "legge Gelli")¹², che ha introdotto nel codice penale

⁹ Sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, cit., pp. 23 ss.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 20 ss.

¹¹ L'art. 3, comma 1, legge 8 novembre 2012, n. 189, disponeva testualmente: «L' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve».

¹² Su tale legge si consideri G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge cd. Gelli-Bianco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 giugno 2017.

l'art. 590-*sexies*, che al secondo comma prevede l'esclusione della punibilità dell'esercente la professione sanitaria nel caso di imperizia qualora abbia rispettato le linee guida, pubblicate ai sensi di legge¹³. La norma quindi ripropone l'errore di fondo di ritenere in colpa chi abbia rispettato le linee guida, peraltro "procedimentalizzate" dalla stessa legge.

Rispetto alla legge del 2012 che prevedeva la non punibilità di tutte le ipotesi di colpa lieve, la norma attuale prevede la non punibilità solo nei casi di imperizia (sia essa grave o lieve) in presenza delle predette (ossimoriche) condizioni.

Le reazioni della giurisprudenza di fronte a questa ulteriore riforma sono state contraddittorie portando ad un conflitto interpretativo, risolto dalle Sezioni Unite con la sentenza 21 dicembre 2017, n. 8770¹⁴.

Si tratta di una sentenza emblematica dello stato attuale dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario in quanto l'interpretazione nomofilattica si è risolta in buona sostanza in una limitazione della *voluntas legislatoris*, ritenendo punibile anche nel caso di rispetto delle linee guida la colpa grave da imperizia, ponendosi così contro il tenore testuale dell'art. 590-*sexies* cod. pen.

Quindi da questa interpretazione limitatrice si è delineata una situazione peggiore rispetto a quella derivante dalla legge Balduzzi (in base alla quale non venivano puniti tutti i casi di colpa lieve, non solo quello di imperizia).

Inoltre non sono state tenute in conto le richieste sia del Procuratore generale che della difesa dell'imputato di sollevare questione di illegittimità costituzionale per potenziale contrasto dell'art. 590-*sexies* con gli artt. 3, 25, 27 e 32 Cost.: in una ipotesi di tal fatta le Sezioni Unite avrebbero dovuto sollevare tale questione invece di "modificare" improvvidamente la volontà del legislatore.

A ciò si aggiunga che non solo la scelta di fondo ma anche le, sia pur eleganti, cadenze argomentative della pronuncia appaiono opinabili.

¹³ L'art. 590-*sexies*, comma 2, dispone testualmente: «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto».

¹⁴ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, in *Guida al diritto*, n. 4, 2018. Su tale sentenza si consideri, *ex multis*: G. CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* cod. pen. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora punibile)*, in www.penalecontemporaneo.it, 1° marzo 2018.

Innanzitutto per andare *contra medicos* si invoca, paradossalmente, l'art. 2236 cod. civ., quello che, come s'è visto *supra*, una volta veniva invocato dalla giurisprudenza per limitare la responsabilità penale del medico ai soli casi di colpa grave. Ritenendo che tale articolo abbia valenza di "regola d'esperienza" si esclude in base ad esso la non punibilità della imperizia grave.

Ancora più opinabile il richiamo all'art. 12 delle preleggi, che, come è noto, impone nell'interpretazione della legge di attribuire il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore» in quanto viene limitato il relativo divieto al solo andare "contro" il significato delle espressioni usate ma non anche all'andare "oltre" tale significato, consentendo quindi una disinvolta disapplicazione del divieto stesso invocando paradossalmente la necessità di giungere ad un "risultato costituzionalmente adeguato" (sic!).

Invece la riforma del 2017 è stata dalle Sezioni Unite fortemente ridimensionata violando in questo modo il principio della riserva di legge e quello della separazione dei poteri dello Stato (mediante sostituzione del giudice al legislatore) nonché il poc'anzi evocato principio di tassatività in quanto in virtù dell'interpretazione *de qua agitur* si finisce per applicare le norme in tema di omicidio colposo e di lesioni colpose in casi di imperizia che il tenore testuale della norma escluderebbe.

Tutta questa situazione, ad onor del vero, è stata determinata anche dalle improprie formulazioni delle norme del 2012 e del 2017 e dall'equivoco di fondo, connotante entrambe le produzioni normative, di ritenere configurabile la colpa nel caso di rispetto delle linee guida. Tuttavia ciò non elide l'opinabilità del risultato prodotto con la sentenza in questione dalle Sezioni Unite, le quali, come qualsiasi giudice, devono mantenersi nell'alveo della Costituzione.

In definitiva, sorge il sospetto che gli orientamenti giurisprudenziali *contra medicos* rappresentino un caso di populismo penale, *sub specie* del populismo giurisdizionale¹⁵, in quanto sembra che si siano volute (e si vogliano) assecondare le paure dell'opinione pubblica influenzata dal *battage* mediatico della "mala sanità".

¹⁵ Ad avviso di chi scrive il "populismo penale" è ogni fenomeno di influenza distorsiva sul sistema penale determinata dalla ricerca del consenso dell'opinione pubblica, manipolata dai *mass media*. Nell'ambito di tale categoria si distinguono il populismo legislativo (che è quello che si basa sulla ricerca del consenso dell'elettorato da parte della classe politica e che, se mantenuto nei limiti della Costituzione, è fisiologico) ed il populismo giudiziario (che non appare invece fisiologico), nel cui ambito, a seconda del tipo di magistrato, si possono individuare un populismo inquirente ed un populismo giurisdizionale. Sul punto sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *L'osservanza perduta. Violazioni della Costituzione in materia penale*, Roma, 2018, pp. 203 ss.

3. La “filiera” della medicina difensiva

L’involuzione giurisprudenziale evidenziata nel capitolo che precede costituisce una delle concause della medicina difensiva, che però si unisce ad altre nella catena causale che determina questo preoccupante fenomeno.

In effetti, a ben osservare, si può cogliere una sorta di “filiera” della medicina difensiva che si articola nel seguente modo: *a)* scandalismo mediatico in tema di “malasanità”; *b)* accaparramento di “clienti” da parte di iscritti all’albo degli avvocati; *c)* orientamenti *contra medicos* da parte di altri medici nominati consulenti del P.M.; *d)* rinvii a giudizio talora non ponderati da parte dei G.U.P.; *e)* giurisprudenza *contra medicos* considerata nel paragrafo precedente.

Rinviando per quanto riguarda il punto *e)* a quanto poc’anzi detto, appare utile per comprendere il fenomeno analizzare gli altri passaggi.

a) Scandalismo mediatico in tema di “malasanità”

Il primo stadio di questa “filiera” si concreta in una modalità aggressiva e scandalistica di informare (*rectius*, di disinformare) l’opinione pubblica in ordine ai decessi di pazienti. Per avere ribalta mediatica si ricorre troppo spesso ad una informazione che etichetta come casi di “malasanità” anche situazioni nelle quali la medicina non è in grado di impedire la morte del paziente.

Partendo dal fallace presupposto che l’*ars medica* sia in ogni caso in grado di guarire, si alimentano speranze che non sempre sono fondate. È quindi gioco facile nel caso di morte di un paziente ricoverato attribuire l’evento alla colpa dei sanitari.

A ciò si aggiunge l’ignoranza in materia di molti giornalisti, che porta a valutare le vicende in maniera distorta e contraria ai canoni della scienza. È capitato, ad esempio, di sentir parlare in servizi televisivi di “banale infarto”, espressione del tutto impropria che pone in secondo piano la pericolosità intrinseca di una patologia che anche quando si manifesta in forme meno gravi non può essere banalizzata.

È quindi del tutto evidente che lo scandalismo che anima il *battage* della “malasanità” determina la prima fase della “filiera” qui analizzata.

b) Accaparramento di “clienti” da parte di iscritti all’albo degli avvocati

Una seconda fase è legata al fenomeno, inquietante per chi considera la nobiltà della Avvocatura, della “caccia al parente del morto” che alcuni iscritti all’albo (non meritano la definizione di avvocati) esercitano.

Tramite conoscenze ospedaliere, questi soggetti contattano o fanno contattare i congiunti del defunto profilando un accordo rientrante in quello che veniva definito il “patto lite-quota” (una volta grave infrazione disciplinare per gli avvocati): il “patrocinatore” predispone una denuncia con la quale fa iniziare il procedimento contro il medico; qualora si giunga all’ottenimento di un risarcimento avrà diritto ad una parte; in ogni caso il patrocinato non dovrà “sborsare” denaro. Si tratta di una prassi, ora purtroppo consentita, che richiama alla mente l’aggressivo *modus procedendi* di alcuni avvocati statunitensi e che quindi non illustra la categoria.

A seguito di tali accordi inizia il procedimento ed il P.M. normalmente dispone una consulenza tecnica di carattere medico-legale.

c) Orientamenti *contra medicos* da parte di altri medici nominati consulenti del P.M.

È in questa fase che entrano in gioco i colleghi dei medici. Molti di questi agiscono con correttezza e quindi formulano consulenze non animate dallo spirito di conquistarsi la fiducia del P.M. al fine di avere ulteriori incarichi. Non tutti però operano in questo modo: vi sono consulenti che ritenendo che colui che esercita l’accusa abbia la *libido* di dimostrare la propria inflessibilità nei confronti dei medici forniscono pareri forzatamente *contra medicos*, dando un contributo decisivo alla medicina difensiva.

A ciò si aggiunge che gli esperti in medicina legale non possono avere conoscenze approfondite di altre specializzazioni mediche e quindi se non supportati da specialisti possono errare nelle loro valutazioni.

Chi scrive ricorda un caso nel quale, quando esercitava la professione di avvocato, ebbe a difendere un cardiologo intervenuto quando il paziente era nella fase irreversibile della dissociazione elettromeccanica. Il medico fu rinviato a giudizio in quanto il consulente del P.M. non si era accorto di questo fatto risultante dalla cartella clinica (oppure non sapeva che cosa fosse tale dissociazione...).

Sintomatiche di tale atteggiamento contro i propri colleghi sono, ad esempio, le apodittiche attribuzioni di responsabilità nei confronti dei primari, avallando così il diffondersi di mere responsabilità da posizione.

In ogni caso il P.M. di fronte ad una consulenza nella quale vengono ipotizzate responsabilità dei medici non può non chiedere il rinvio a giudizio.

d) Rinvii a giudizio talora non ponderati da parte del G.U.P.

Si giunge così all'udienza preliminare.

Sovente il difensore dell'imputato produce una consulenza di parte che contrasta quanto sostenuto dal consulente del P.M. ma raramente il giudice dell'udienza preliminare si perita di valutarla e di approfondire la questione: è più facile disporre il rinvio a giudizio e passare la questione al collega del tribunale monocratico. Naturalmente un atteggiamento del genere crea grandi disagi all'imputato, che per molto tempo, normalmente anni, sarà sottoposto ad un processo penale a scapito della sua tranquillità nello svolgere la professione medica, oltretutto con rischi elevati di condanna alla luce della sopra analizzata giurisprudenza *contra medicos*.

4. La ripresa della "filiera" dopo l'esaltante fase degli "eroi in camice bianco" che ha caratterizzato la fase più acuta della pandemia

Questa "filiera" ha subito una brusca interruzione durante la fase di maggior diffusione del virus. Probabilmente i mezzi di informazione non avevano tempo da dedicare alla "mala sanità", presi come sono stati dai preoccupanti bollettini sull'andamento della pandemia. Probabilmente, visto l'impegno in prima linea dei medici contro il morbo, sarebbe parso all'opinione pubblica ingeneroso continuare nel solito *battage*. Quindi meglio trattare i medici come "eroi", come "angeli", cambiando così, con disinvolta immoralità, registro. Questa ipocrita impostazione lasciava però facilmente presagire che una volta passata la fase acuta del fenomeno pandemico sarebbe ricominciato il *battage*. E così è stato. Da qualche settimana viene dato grande risalto alla costituzione di vari comitati di parenti delle vittime della pandemia ed all'attività di vari studi legali, volte ad ottenere giustizia (e risarcimenti), tanto che il Consiglio nazionale forense in data 2 maggio ha annunciato una attenta vigilanza di tutte le istituzioni forensi per sanzionare speculazioni del dolore da parte di pochi avvocati (*rectius*, iscritti all'albo).

Inoltre i mezzi di informazione non mancano di dare grande risalto alle iniziative, tutt'altro che riservate, di alcune procure volte ad individuare colpe mediche.

Quindi sta ricominciando la “caccia al medico” e fra poco si sentirà di nuovo parlare quotidianamente di processi a carico di sanitari. Occorre però chiedersi se responsabilità a titolo di colpa possano essere attribuite per le morti conseguenza del virus. Per fornire una risposta più approfondita non si può non ripercorrere sia pur cursoriamente le fasi della crisi.

Innanzitutto è ormai appurato il ritardo da parte della Cina nel comunicare i dati della pandemia scatenatasi nel suo territorio. Dal canto suo, l'Organizzazione mondiale della sanità non ha certo brillato per tempestività e visione strategica fornendo inizialmente ai vari Stati indicazioni tardive e sbagliate.

Per quanto riguarda l'Italia, questa situazione di disinformazione internazionale ha tratto in inganno il Governo inducendolo a sottovalutare la situazione. Ne è prova uno spot televisivo del Ministero della salute, datato 27 febbraio 2020, affidato ad un noto divulgatore scientifico che equiparava l'infezione da corona-virus ad una semplice influenza, addirittura con minore capacità di diffusione (sic!).

Del resto la ribalta mediatica ha evidenziato in maniera impietosa i limiti della scienza (e degli scienziati): virologi, immunologi, pneumologi *et coetera* hanno fatto a gara nello smentire le affermazioni dei loro colleghi, rimanendo spesso a loro volta smentiti dallo sviluppo della pandemia.

La mancanza di conoscenza di questo virus ha quindi determinato non solo le brutte figure di *guru* della scienza ma, è quel che conta, l'incertezza assoluta in ordine alle terapie da adottare.

Ciò spiega il dramma vissuto nei reparti di terapia intensiva in quei giorni di marzo e di aprile: mancanza di posti-letto, mancanza di personale con conseguente numero esorbitante di ore di lavoro consecutive, mancanza di dispositivi di protezione individuale, mancanza assoluta di farmaci *ad hoc* (tuttora persistente) con impiego in via sperimentale di farmaci concepiti per altre patologie, numero spaventoso di decessi (sovente di persone affette da gravi patologie pregresse).

Da questo incontestabile quadro l'unica risposta giuridicamente corretta appare essere quella che esclude la responsabilità del personale sanitario, tranne casi, peraltro eccezionali, di negligenza, imprudenza ed imperizia gravi.

Infatti in questo contesto è mancata l'iniziale prevedibilità del diffondersi di questo virus connessa all'ignoranza (tuttora in gran parte persistente) sulle sue caratteristiche. È quindi evidente

che in qualunque modo venga inquadrata la prevedibilità dell'evento nella dogmatica della colpa resta fermo il fatto che non è configurabile una colpa riferita ad un evento imprevedibile.

Per via di tale situazione mancano anche adesso linee-guida per poter curare il morbo, essendo solo in fase di sperimentazione farmaci *ad hoc* mentre si punta tutto sull'elaborazione di efficaci vaccini (anch'essi in fase di sperimentazione). Mancano quindi leggi scientifiche di copertura in base alle quali imputare l'evento indesiderato ai sensi del comma 2 dell'art. 40 cod. pen. e manca, in buona sostanza, il potere "scientifico di impedire l'evento"¹⁶, con conseguente venir meno dell'obbligo giuridico di impedirlo.

A ciò si aggiunga che la carenza dei respiratori e dei posti-letto nei reparti di terapia intensiva hanno in molti casi escluso il *potere personale di impedire l'evento* in capo ai singoli medici¹⁷ ed anche questo aspetto determina il venir meno del relativo obbligo di impedimento.

Di fronte ad una situazione di tal fatta verrebbe quindi spontaneo concludere nel senso di ritenere assurda l'attribuzione di responsabilità non solo ai medici ma anche ai pubblici amministratori, tuttavia la giurisprudenza *contra medicos* sopra vista induce ragionevolmente a temere che una "mala giustizia" possa continuare a svilupparsi in nome del contrasto alla "mala sanità".

5. Una possibile soluzione

Alla luce di questo ragionevole rischio si rende necessario un intervento legislativo *ad hoc*.

Di questo problema sembrava essersi fatto carico il legislatore in quanto in sede di conversione in legge del d.l. n. 18 del 2020 (cd. "decreto cura Italia") erano state presentate alcune proposte, le quali però non sono state approvate in ossequio ad un becero giustizialismo.

Nonostante ciò, resta improcrastinabile la ricerca di una soluzione normativa, non solo con riferimento alla pandemia ma più in generale ad ogni forma di responsabilità del personale sanitario e di coloro che debbano affrontare in virtù della loro qualifica decisioni che comportino valutazioni di particolare difficoltà.

A tal fine non occorre fare eccessivi sforzi di fantasia: la soluzione si può agevolmente trarre dall'ordinamento giuridico italiano volgendo mente al sopra citato art. 2236 cod. civ., una volta

¹⁶ Su tale potere sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, cit., pp. 109 ss.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 112 ss.

usato lodevolmente dalla giurisprudenza per limitare la responsabilità penale dei medici ai soli casi di dolo e di colpa grave ma di recente, come s'è visto, usato in maniera paradossale dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione contro i medici.

Si potrebbe agevolmente, trasferirne *mutatis mutandis* il contenuto nell'art. 590-*sexies* cod. pen. eliminando l'ossimorica condizione del rispetto delle linee-guida che finisce per vanificarne la portata. Inoltre bisognerebbe fornire una definizione di "colpa grave" che senza la pretesa di risolvere tutti i problemi conferisca però maggiore determinatezza alla norma, in modo da limitare il rischio di arbitri interpretativi.

In tale ottica occorrerebbe indicare alcuni criteri di valutazione, peraltro individuati anche in alcune sentenze: il livello di complessità del caso, l'esperienza del sanitario ed il suo grado di specializzazione, l'eventuale livello di stanchezza, il carattere di urgenza dell'intervento terapeutico che contrae i tempi decisionali aumentando il rischio di errori, il grado di mancato rispetto delle linee guida.

In conclusione, si profilano in virtù dei fondi europei interventi a favore della sanità, tuttavia l'intervento più urgente da porre in essere è quello or ora proposto al fine di limitare la responsabilità dei medici in modo da conferire loro una tranquillità che la "mala giustizia" sopra evidenziata attualmente non consente.

MASSIMO LUIGI FERRANTE
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

ORDINAMENTO SPORTIVO E LEGISLAZIONE EMERGENZIALE

1. Emergenza epidemiologica da Covid-19, fenomeno sportivo e organizzazione dei poteri - 2. L'impatto economico dei provvedimenti di interruzione delle competizioni: prime analisi - 3. Legislazione emergenziale tra ordinamento sportivo e ordinamento statale - 4. Conclusioni

1. Emergenza epidemiologica da Covid-19, fenomeno sportivo e organizzazione dei poteri

La pandemia da Covid-19 ha sconvolto il mondo intero e per l'Italia, sono stati innegabilmente giorni drammatici. La diffusione del Coronavirus, avvenuta per la prima volta in Cina alla fine del 2019, ha innescato un'epidemia a livello mondiale comportando stravolgimenti epocali e un mutamento nella vita delle persone. Per la sua pericolosità e aggressività, l'Organizzazione Mondiale della Sanità invitava i governi nazionali a prendere decisioni urgenti per ritardare e arginare il picco di infezione dichiarando lo stato emergenziale.

Lo stato di emergenza, pone gli ordinamenti di fronte alla necessità di predisporre strumenti preventivi e il Governo italiano, in un'ottica di bilanciamento tra il diritto fondamentale alla salute e tutti gli altri diritti, ha fronteggiato la crisi emanando una delibera ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 24 febbraio 1992, n. 225, con la quale è stato dichiarato per sei mesi lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

Le misure, applicate a porzioni di territorio sempre più vaste fino ad estendersi a livello nazionale, hanno fortemente ridotto le libertà costituzionalmente garantite quali la libertà di circolazione delle persone, (art. 16), la libertà di riunione (art. 17), il diritto di associazione (art. 18), il diritto di esercitare la propria fede religiosa (art. 19). Poiché la nostra Costituzione, a differenza di altre, non prevede l'ipotesi dello stato di emergenza, né quella dello stato di eccezione, le limitazioni non possono essere attuate mediante atti diversi dalla legge o aventi forza di legge. Su questa linea, il 23 febbraio 2020, con il solo fine di restringere l'infezione, è stato conferito alle autorità competenti il potere di applicare qualsiasi misura limitativa nei confronti di coloro che vivevano nelle aree più colpite (cd. zone rosse)¹. Il 9 marzo 2020 queste misure, sono state estese dal capo del Governo

¹ Norme specifiche in caso d'emergenza si trovano nella legge n. 833/78 e nel codice della protezione Civile. Il 31 Gennaio 2020 ai sensi del d.lgs. 1/2018 del Codice di protezione Civile, il Governo ha emanato lo stato d'emergenza come previsto all'articolo 24 che disciplina lo stato di emergenza di rilievo nazionale.

a tutto il territorio italiano fino al 3 aprile 2020 con l'emanazione dell'ordinanza amministrativa denominata Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM)².

Con la sua entrata in vigore, l'intero Paese è stato messo in *lockdown* e tutte le misure adottate, sono state descritte come il più grande blocco nella storia Europea³. Non v'è fenomeno naturale e sociale che non incida sul diritto e l'attività emergenziale, implicherà, probabilmente, una riorganizzazione e un adeguamento del sistema giuridico alle nuove prescrizioni emergenziali. Gli interventi legislativi, hanno avuto una ricaduta, anche nello sport sollevando importanti interrogativi sui limiti delle normative in tema di diritto sportivo e facendo emergere con forza la necessità di attivare un riordino dell'intero settore⁴. Il mondo dello sport si è interrogato sugli effetti di una sospensione definitiva dei campionati e ogni federazione ha provveduto a emanare disposizioni urgenti per allinearsi con quelle governative di contenimento.

Il diritto allo sport, pur non essendo consacrato nella Costituzione Italiana, trova una tutela e una garanzia sostanziale anche per la portata economica di alcune discipline⁵. Per questo motivo, le conseguenze della cessazione di un campionato, avrebbero avuto inevitabilmente ripercussioni di tipo economico a causa del venir meno dei ricavi previsti⁶. Nel mondo del calcio ad esempio, lo stop definitivo alla stagione, avrebbe cagionato problemi legati ai bonus dei risultati, inadempienze

² Sul tema dello stato di eccezione e sull'analisi del complesso degli atti di gestione dell'emergenza sanitaria in atto si veda V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria: un'analisi in chiave giuridico-positiva dell'esperienza*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020.

³ J. HOROWITZ, E. BUBOLA, *On Day 1 of Lockdown, Italian Officials Urge Citizens to Abide by Rules*, in *NYTimes.com*, 8 March 2020.

⁴ I primi interrogativi sollevati riguardavano gli obblighi dei datori di lavoro in tema di sicurezza, ai sensi del d.lgs. n. 81/2008, sia quello, diverso, dei contratti in scadenza fissata al 30 giugno 2020. La FIGC è intervenuta per dettare le linee guida sui legami in scadenza al 30 giugno 2020 estendendo automaticamente la durata del legame di lavoro alla stagione 2020, fino al 31 agosto. Per approfondimenti sul tema, si consigliano, tra i tenti: di P. PERLINGIERI, Recensione a R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, pp. XI-274, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, pp. 248-255; in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 511-521; ID., *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1969, pp. 481-487; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 295-303; ID., *Scritti II*, Camerino, 1972, pp. 131-143; ID., *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, pp. 827-829; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 475-478; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2000, pp. 545-571.

⁵ Sul mancato riconoscimento della rilevanza del fenomeno sportivo nella Costituzione italiana, si veda in particolare, P. SANDULLI, *Costituzione e Sport*, in *Rivista di Diritto dello Sport*, 2017.

⁶ Nel mondo del calcio con riferimento alle tre leghe (Serie A, Serie B e Lega Pro) per il campionato 2017/2018 il totale del valore della produzione è stato di euro 3551 milioni (dati Report Calcio 2019).

contrattuali con relative necessità di risarcimenti nei rapporti con tv, sponsor, abbonati e danni per i professionisti i cui contratti sarebbero scaduti a fine campionato⁷.

I dati esposti sembrano offrire un'adeguata giustificazione alla crescente attenzione dello sport. Fino alla sentenza Bosman del 1995 la maggior parte delle risorse finanziarie del calcio provenivano dalle entrate per indennità di trasferimento. In seguito, con l'abolizione delle indennità di trasferimento, si è assistito a una crescita vertiginosa dei compensi dei calciatori e alla necessità dei *club* di ingenti risorse finanziarie per fronteggiare gli investimenti indispensabili per mantenersi competitivi.

Attualmente, il sistema di finanziamento dello sport professionistico dipende, in misura crescente, dagli introiti derivanti dalla vendita dei diritti televisivi e dalle sponsorizzazioni commerciali, che hanno trasformato il mondo dello sport, allargando il solco esistente tra sportivi professionisti e dilettanti, nonché tra base e vertice del modello europeo di sport⁸.

L'esistenza di interessi economici da tutelare è stata, a sua volta, all'origine dell'attenzione del legislatore che è dovuto intervenire per adeguare l'infrastruttura normativa alle nuove esigenze imposte dallo sviluppo del settore.

Gli effetti della pandemia sul mondo sportivo, si sono caratterizzati per gli scontri tra Federazioni e Società sportive in merito al potere decisorio di sospensione o meno di un campionato. Prendere autonomamente delle scelte negative di sospensione o annullamento delle competizioni sportive, avrebbe esposto il mondo dello sport a responsabilità da un lato sportive e dall'altro contrattuali verso le quali le federazioni non avrebbero avuto nessuna possibilità di difesa. L'annullamento definitivo del campionato avrebbe comportato ripercussioni sul fronte dei diritti televisivi dal momento che l'assegnazione dei diritti tv per il triennio 2018-2021 non contengono previsioni circa risarcimenti ai *broadcaster* e la lega di Serie A non potrà esporsi senza incorrere a ripercussioni legali⁹.

⁷ Il sistema di finanziamento delle società calcistiche, passa oltre che per le qualificazioni in Champions o Europa League anche per il posto in classifica a fine stagione. I primi cinque classificati grazie anche ai diritti televisivi, porterebbero a casa circa 23,4 milioni (prima classificata), 19 milioni (seconda), 16,8 milioni (terza). A tutto ciò, vanno sommati i ricavi ulteriori derivanti dai posti in Champions (40-50 milioni a seconda dei risultati ottenuti negli ultimi 10 anni).

⁸ S. SZYMANSKI, *Sport financing and governance in Europe*, in W. ANDREFF (a cura di), *Contemporary Issues in Sports Economics: participation and professional team sports* (New Horizons in the Economics of Sport), Cheltenham, 2011.

⁹ Dall'inizio della pandemia, il Governo ha emanato i seguenti provvedimenti: d.l. 11 settembre 2020, n. 117, recante «Disposizioni urgenti per la pulizia e la disinfezione dei locali adibiti a seggio elettorale e per il regolare svolgimento dei servizi educativi e scolastici gestiti dai comuni», il quale prevede rimborsi per interventi di sanificazione dei

Dunque *quis iudicabit?* A chi spetta dunque la competenza sulla scelta di concludere o meno un campionato? È nel dibattito su come concludere la stagione calcistica che il Covid-19 ha messo in risalto alcune delle complessità e fragilità della *governance* sportiva da sempre dibattute: i rapporti tra le organizzazioni sportive e le autorità pubbliche e la cosiddetta autonomia dello sport.

Proprio quando l'emergenza epidemica aveva messo a serio rischio qualsiasi meccanismo decisionale in merito alla sospensione forzata dei campionati, all'interno delle disposizioni emergenziali e nello specifico nel cd. Decreto Rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34), sono state inserite misure specifiche riguardanti la conclusione dei Campionati Sportivi. L'art. 218 prevede disposizioni processuali eccezionali per i provvedimenti relativi all'annullamento, alla prosecuzione e alla conclusione delle competizioni e dei campionati, professionistici e dilettantistici. Affiorano poteri eccezionali in capo alle Federazioni Sportive di adottare provvedimenti in deroga alle disposizioni dell'ordinamento sportivo¹⁰. Sulla base di quanto affermato nel comma 1 e nel comma 2 dell'art. 218 del Decreto Rilancio, alle federazioni, sia quelle aderenti al CONI, che quelle inserite nel Comitato Paralimpico è consentita la possibilità di definire le classifiche finali dei campionati professionistici e di quelli dilettanti, in deroga alle regole che, all'inizio della stagione in corso (2019-2020), erano state dettate dalle Federazioni e dalle Leghe organizzatrici dei singoli tornei.

Rispetto ai campionati professionistici, l'attività dilettantistica, ivi compresa quella femminile, è stata definitivamente interrotta. Interessante è la lettura dei commi 2 e 6 dell'art. 218. Per

locali sedi di seggio elettorale nonché la possibilità, per l'anno scolastico 2020-2021, di assumere a tempo determinato il personale educativo scolastico e ausiliario in deroga al tetto di spesa di cui all'art. 9, comma 28, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19»; d.l. 16 maggio 2020, n. 33, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»; d.l. 10 maggio 2020, n. 30, recante «Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2»; d.l. 20 aprile 2020, n. 26, recante «Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020»; d.l. 8 aprile 2020, n. 23, recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»; d.l. 8 aprile 2020, n. 22, recante «Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato»; d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»; d.l. 17 marzo 2020, n. 18; d.l. 9 marzo 2020, n. 14; d.l. 8 marzo 2020, n. 11; d.l. 2 marzo 2020, n. 9; d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

¹⁰ In considerazione dell'eccezionale situazione determinatasi a causa della emergenza epidemiologica da Covid-19, le federazioni sportive nazionali, riconosciute dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) e dal Comitato Italiano Paralimpico (CIP), possono adottare, anche in deroga alle vigenti disposizioni dell'ordinamento sportivo, provvedimenti relativi all'annullamento, alla prosecuzione e alla conclusione delle competizioni e dei campionati, professionistici e dilettantistici, ivi compresa la definizione delle classifiche finali, per la stagione sportiva 2019/2020, nonché i conseguenti provvedimenti relativi all'organizzazione, alla composizione e alle modalità di svolgimento delle competizioni e dei campionati, professionistici e dilettantistici, per la successiva stagione sportiva 2020/2021. Nelle more dell'adeguamento dello statuto e dei regolamenti del CONI, e conseguentemente delle federazioni sportive di cui gli articoli 15 e 16 del decreto legge.

evitare il rischio di una serie infinita di cause da parte delle squadre che sarebbero state danneggiate dalle scelte adottate della loro Federazione, il Governo ha previsto una procedura di snellimento rispetto agli standard della giustizia sportiva¹¹.

2. L'impatto economico dei provvedimenti di interruzione delle competizioni: prime analisi

Le partite, sia nazionali che europee, sono state dapprima rinviate o giocate a porte chiuse, e successivamente sospese fino a data da destinarsi. Ebbene, la decisione ha inciso in modo determinante soprattutto sui bilanci delle società e sulla quotazione dei titoli azionari, minando le basi della sopravvivenza dello stesso movimento nel suo complesso. È noto, infatti, che nel settore del calcio, i ricavi servono per migliorare la posizione del club nella stagione successiva, permettendo allo stesso di potenziare la rosa, di ingaggiare allenatori più qualificati, di investire nelle infrastrutture o di aumentare le *fees* per le sponsorizzazioni. Le misure volte a contenere l'epidemia di Coronavirus hanno provocato notevoli ripercussioni economiche in molti settori e il mondo del calcio, sotto questo profilo, non ha fatto eccezione. In questo senso, sono state prodotte stime alquanto precise sull'ammontare delle eventuali perdite derivanti dalla mancata ripartenza del campionato. È possibile calcolare, innanzitutto, un *default* di oltre 420 milioni di diritti tv pari al 30% del fatturato della Lega di Serie A. Sky e Perform Group, gruppo di controllo di Dazn, emittenti televisive garanti della diffusione della visione dei match del massimo campionato di calcio italiano, hanno investito rispettivamente 800 e 200 milioni di euro e, visto il perdurare dell'emergenza, hanno per prima cosa chiesto un differimento del pagamento dell'ultima tranche per i diritti acquistati per la corrente stagione agonistica, adducendo la circostanza che le gare trasmesse ad oggi ammonterebbero al 67,4% rispetto al totale acquisito. Al danno così stimato, vanno aggiunte le perdite relative ai mancati incassi dovuti alla disputa dei match a porte chiuse, o addirittura dalle gare non giocate, nonché l'assenza di ricavi che l'intero indotto di una gara di Serie A è in grado di generare. Per avere un'idea delle cifre relative ai biglietti, si pensi al cd. "derby d'Italia" tra Juventus e Inter, che nella stagione 2018-19 aveva prodotto, nella partita di Torino, introiti di oltre 3 milioni euro; la stessa partita, nella gara di andata giocata a Milano nell'annata agonistica 2019-20, aveva al contrario fatto registrare un incasso record pari a 6,5 milioni. In media, si stima che i mancati introiti per i club di

¹¹ Dal provvedimento i soggetti interessati hanno 7 giorni di tempo per instaurare un ricorso ed entro 15 giorni hanno diritto alla decisione. Se il Collegio di Garanzia non emette il provvedimento, il ricorso si considera respinto.

maggior reputazione in serie A si aggiri intorno a 2 milioni di euro a giornata. Analizzando la media spettatori dei club e le partite rimanenti tra le mura amiche, si evince che la società più colpita è ovviamente la Juventus, con un mancato flusso in entrata di 25 milioni, seguita dalle milanesi, con 9 milioni di perdite per l'Inter e addirittura 10 per il Milan; più contenute, le perdite delle squadre romane, con un saldo negativo stimato intorno ai 6 milioni per la Roma e 3 milioni per la Lazio, «favorita» in questo caso dal dover disputare una gara in meno in casa rispetto alle altre concorrenti. A tale danno si aggiunge il mancato introito per chi doveva affrontare incontri casalinghi validi per la Coppa Italia.

Ammonterebbero, invece, a 100 mila euro, le perdite dell'intero indotto, facendo riferimento ai mancati introiti dei bar e del merchandising, con picchi di tre volte superiori per le cd. «partite di cartello». È presumibile che giocare senza pubblico, o non riprendere il campionato, genererà perdite non solo per i singoli club, ma anche per l'intero business collegato al calcio: si pensi, ad esempio, alle perdite registrate dal settore alberghiero, dove le strutture ricettive ospitano i tifosi che si spostano da una città all'altra per sostenere la propria squadra del cuore e, parallelamente, a quelle di tutte le attività accessorie di trasporto, come i costi per benzina, autostrada, i voli aerei e la ristorazione. Questo disavanzo economico subirà inevitabilmente un'impennata con il pagamento degli stipendi che molte società dovranno predisporre ai giocatori e con l'eventuale rimborso da effettuare ai tifosi per la mancata fruizione degli abbonamenti sottoscritti l'estate scorsa per assistere alle gare di tutto il campionato. Ulteriori perdite, seppur figurative, deriverebbero dalla mancata assegnazione dei premi di Champions League e di Europa League in caso di sospensione della competizione, anche se l'UEFA non appare, allo stato attuale, intenzionata a prendere in considerazione tale ipotesi¹².

Per avere un'idea delle potenziali cifre, si pensi che, per la stagione in corso, i ricavi commerciali che i vari club si suddividerebbero in base al posizionamento valgono circa 2,55 miliardi di euro; discorso analogo per il campionato, qualora si optasse per una sua sospensione senza assegnazione del titolo.

È opportuno osservare che, alcuni club si sono già adoperati per mitigare le perdite: il Parma¹³, ad esempio, ha raggiunto un accordo con i giocatori per la riduzione degli stipendi di una

¹² Infatti, lo scorso 31 marzo, il presidente Ceferin avrebbe esortato le rispettive federazioni a terminare i tornei nazionali, insieme alle coppe europee, entro il 31 luglio venturo (<https://www.calciofinanza.it/2020/03/31/uefa-coppe-europee-data-ripresa/>).

¹³ <http://parmacalcio1913.com/parma-calcio-1913-comunicato-ufficiale-9>.

mensilità. La stessa strada è stata percorsa dalla Juventus¹⁴, che sta cercando un'intesa con i propri atleti dell'under 23, e dalla Roma¹⁵ che, per via della crisi finanziaria, non solo ha visto sfumare la cessione societaria a favore del magnate americano Dan Friedkin, ma è stata costretta a chiedere la cassa integrazione per i suoi dipendenti, nonostante i 13 milioni circa "risparmiati" dai tagli degli stipendi dei giocatori e dello staff della prima squadra. Allo stesso modo, infine, il Cagliari sta cercando di implementare strategie e intese con gli abbonati e gli sponsor al fine di non depauperare il patrimonio societario. I danni economici derivanti dalla pandemia del Covid-19 sono destinati a ripercuotersi anche sui titoli azionari delle società. In Italia, le tre squadre quotate, ovvero Roma, Lazio e Juventus, hanno subito una forte contrazione dei titoli in borsa a seguito dell'incertezza della situazione e dei minori ricavi attesi. Alla luce di quanto esposto, dunque, non sorprende che la Lega, in accordo con il Governo e la FIGC, stia cercando una modalità che consenta alle squadre di terminare il campionato e le coppe europee, anche a costo di giocare fino a luglio e a porte chiuse. Gli europei di calcio EURO2020, massimo torneo europeo per le squadre nazionali maschili, inizialmente in programma per l'estate, sono già stati rinviati all'anno successivo e ciò consentirà ai club di avere maggiori margini di manovra. Ad oggi, tuttavia, nulla è stato stabilito, pur essendo diverse le proposte sottoposte al vaglio dei vertici della Federazione.

3. Legislazione emergenziale tra ordinamento sportivo e ordinamento statale

I provvedimenti emanati dal governo per fronteggiare l'epidemia da Covid-19 s'inseriscono nel delicato e instabile rapporto tra ordinamento statale e ordinamento sportivo, spingendo l'interprete ad alcune considerazioni di carattere generale sul sistema valoriale che caratterizza il fenomeno sportivo. Ebbene, in tale prospettiva gli interventi di *law of fear* hanno contribuito a riportare, all'attenzione della dottrina giuridica, i poteri decisori dell'ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento statale¹⁶.

¹⁴ <https://www.juventus.com/it/news/news/2020/nota-della-societa-2803.php>.

¹⁵ <https://www.asroma.com/it/notizie/2020/04/fienga-ringrazia-i-calciatori-e-l-allenatore-dopo-la-rinuncia-a-quattro-mesi-del-salario-di-questa-stagione>.

¹⁶ «Sia che le istituzioni nazionali restino articolazioni dell'organizzazione mondiale dello sport ("irrilevanza"), sia che divengano ordinamento derivato ("rilevanza"), le relative norme sono sempre gerarchicamente inquadrate in unico sistema, ossia in quello dell'ordinamento generale, nel cui ambito operano e dal quale dipende la giuridicità delle stesse e dunque la qualificazione di atti e fatti. Perciò è falso prospettare la questione in termini di conflitto». L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, p. 86. Sul tema dell'ordinamento giuridico e

L'ordinamento sportivo è visto da molti giuristi come un ordinamento tipico ma pur sempre inquadrato e delineato dall'ordinamento generale: la materia sportiva è gerarchicamente inserita nel sistema delle fonti, essendo così soggetta al potere di conformazione del diritto statale¹⁷ che attribuisce all'ordinamento sportivo carattere di giuridicità. Passo necessario e introduttivo, rispetto all'esame delle ipotesi di contrasto dei due ordinamenti, è quello di definire i loro rapporti attraverso la disamina delle principali teorie storicamente rilevanti.

Attraverso la teoria della dottrina pura del diritto che trova il suo massimo esponente in Hans Kelsen, comprendiamo come la norma venga prodotta da un atto giuridico che a sua volta riceve il suo significato da un'altra norma. Ciò significa che le norme traggono significato da norme di rango superiore. Per Kelsen, il diritto (inteso come ordinamento) altro non è che una norma, anzi un insieme di norme, un sistema¹⁸. Che il diritto regoli la propria produzione, significa in termini kelseniani, che un ordinamento giuridico è un sistema normativo in cui la produzione delle norme del sistema è essa stessa regolata da altre norme in un processo che risalendo da una norma inferiore a norma superiore (*grundnorm*)¹⁹ arriva necessariamente alla norma fondamentale, che dal punto di vista del positivismo rigido e rigoroso è il solo fondamento possibile del diritto: il solo fondamento possibile di un ordinamento che regolando la propria produzione si autoproduce²⁰.

Studiosi dell'ordinamento giuridico hanno cominciato a considerare che il diritto però non fosse solo un sistema di elementi normativi posti in una rete di relazioni, ma sostenevano la possibilità di un diritto anche al di fuori dell'ambito strettamente statale. È attraverso tali considerazioni che si diffonde la teoria dell'ordinamento giuridico di Santi Romano, che traccia la sua configurazione sulla società e sull'ordine sociale²¹. Questa teoria disconoscerebbe l'ipotesi che il diritto possa

del fenomeno sportivo, si segnala: P. PERLINGIERI, *Riflessioni conclusive*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 30 Convegno Nazionale, 27-28-29 marzo 2008, Grand Hotel Quisisana-Capri, Collana Atti Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, 3, Napoli, 2009, pp. 715-719.

¹⁷ ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 131.

¹⁸ Nello specifico lo definisce coattivo e in grado di autoprodursi. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, p. 104.

¹⁹ «La *grundnorm* è presupposta, in quanto non può essere posta da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può più essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può essere discusso» in H. KELSEN, *La teoria pura del diritto*, Torino, 1966; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999; F. DE ALOYSIO, *Kelsen, la dottrina pura del diritto e il "puzzle" del formalismo*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1996, pp. 177 ss.; F. SCIACCA, *Principia Kelseniana*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1995, pp. 798 ss.

²⁰ N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* (a cura di T. Greco), Torino, 2014, p. 118.

²¹ Per una più ampia ricostruzione si vedano: S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918; P. GROSSI, *Santi Romano, un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura*

ridursi a norma o all'insieme delle norme che costituiscono l'ordinamento, con la conseguenza che il concetto di ordinamento giuridico si sovrapporrà con il concetto: *ubi societas ibi ius*. Il modello storicamente superato di Stato come apparato accentratore, viene sostituito nel secondo dopoguerra da un modello di stato policentrico con il fine di perseguire interessi collettivi in vari settori (militare, ecclesiastico, sportivo...).

All'interno del medesimo Stato possono convivere dunque più ordinamenti giuridici. Se, quindi, può esistere un ordinamento o più ordinamenti all'infuori di quello statale, bisogna però capire quali possono essere i reciproci rapporti. Gli interessi di cui l'ordinamento si fa garante possono essere sia collettivi che settoriali dunque gli ordinamenti giuridici possono dividersi in due categorie: gli ordinamenti giuridici esprimenti interessi collettivi e gli ordinamenti giuridici esprimenti interessi settoriali. Questi ultimi, tuttavia, seppur completamente autonomi dal punto di vista funzionale, restano soggetti alle regole organizzative degli ordinamenti giuridici esprimenti interessi collettivi; pertanto, nessun ordinamento giuridico settoriale è autosufficiente, giacché è lo stesso ordinamento giuridico collettivo che riconosce l'ordinamento giuridico di settore come ordinamento autonomo regolato da norme a sé stanti²².

L'ordinamento sportivo è un sistema giuridico che esprime interessi settoriali, dotato di autonomia ma non di autosufficienza dunque necessariamente in rapporto di collegamento con il corrispondente ordinamento giuridico esprimente interessi collettivi²³. Il fenomeno sportivo ha costituito, uno dei capitoli più importanti nella rilevazione della pluralità degli ordinamenti.

Lo sport ha rappresentato per il giurista, lo strumento per meditare sulla pluralità degli ordinamenti che nascevano e operavano fuori dallo Stato, e che nell'ambito dello Stato rivendicavano e ottenevano una loro autonomia anche sul piano di attribuzioni e funzioni che sembravano indeclinabili dello Stato, a cominciare dalla giurisdizione. Attraverso la concorrenza tra gli ordinamenti, si interpone l'individuazione della soluzione. È lo stesso legislatore, che nel d.l. 19 agosto 2003, n. 220, convertito in legge 17 ottobre 2003, n. 280. meglio noto come "decreto salva calcio" che «La

civile, 2006, pp. 377 ss.; V. FROSINI, *Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1989, pp. 706 ss.; C. PINELLI, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, II, pp. 1856 ss.

²² L'art. 1, d.l. n. 220 del 19 agosto 2003, convertito con legge n. 280 del 17 ottobre 2003, dispone, al comma 2, che «i rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo».

²³ M. SANNINO, F. VERDE, *Il diritto Sportivo*, Padova, 2008, p.16.

Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale». I rapporti tra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale, si basano sull'autonomia salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico. Come nel nostro caso, avviene una limitazione del principio dell'autonomia poiché le situazioni giuridiche sono rilevanti per l'ordinamento statale, e quindi meritevoli di tutela. La disciplina da applicare per definire il caso concreto, nell'ipotesi di antinomia, dovrà essere individuata all'interno di un sistema ordinamentale per definizione unico senza dunque porsi questioni relativi all'appartenenza della normativa ad un ordinamento separato, distinto o autonomo.

D'altro canto l'ordinamento giuridico ha per sua natura la funzione di ordinare e non può assolvere a tale funzione se non ordinando il tutto. L'ordinamento non riceve giuridicità necessariamente dalla statualità, ma dalla funzione complessiva destinata a svolgere che consiste nel fornire una risposta a tutti i problemi di una comunità, senza che ciò postuli che le risposte debbano necessariamente essere il prodotto di leggi statali o di proposizioni legislative²⁴.

4. Conclusioni

La legislazione emergenziale per il contenimento del Covid-19 ha indubbiamente aperto due scenari di tensione nel diritto sportivo meritevoli di attenzione da parte del legislatore. Il primo riguarda la prevalenza degli interessi economici sul diritto alla salute e il secondo la necessità di una definizione più puntuale dei rapporti fra ordinamento sportivo e ordinamento statale.

Nel mondo del calcio, rispetto ad altri sport, gli interessi economici sono prevalsi sul diritto alla salute. Senza ricavi e con enormi spese da affrontare, le società sportive non hanno fatto altro che accusare maggiormente le criticità finanziarie e di *governance*. Fermare il motore sarebbe stato un "colpo basso" per la maggior parte dei club, escludendo forse quelli di alta classifica.

In un settore a rischio *default* come quello sportivo, dunque, la soluzione più idonea a tutelare, almeno in parte, le società, non poteva che essere un bilanciamento tra tutela della salute e salvaguardia economica. Lo strumento tecnico utilizzato è stato quello del protocollo. La FIGC ha basato l'analisi degli scenari sul presupposto dell'esigenza della tutela della salute e della sicurezza

²⁴ P. PERLINGIERI, *Riflessioni conclusive*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, cit., p. 717.

dei calciatori, degli staff, degli arbitri e degli addetti ai lavori, proponendo al comitato tecnico scientifico del Governo un protocollo per consentire, almeno al calcio professionistico, di ripartire in sicurezza²⁵. Se dal punto di vista economico si sono limitati i danni derivanti dalla pandemia, sotto il profilo giuridico, il protocollo ha generato, per non aver contemplato alcuni scenari, una serie di problemi tra l'ordinamento statale e quello sportivo.

Mentre negli altri maggiori campionati europei esistono norme che sanciscono i casi di rinvio di una gara, quello italiano non ha contemplato tali ipotesi generando casi come quello tra Juventus e Napoli. La squadra napoletana non si è presentata in campo per disputare la partita di campionato contro la Juventus per aver ricevuto, dall'autorità pubblica sanitaria (Asl Napoli 1 Centro e Napoli 2 Nord), il divieto allo spostamento a seguito dell'esposizione della squadra con 2 calciatori del Napoli Calcio risultati positivi al test per il coronavirus e «osservare e rispettare, anche alla luce dell'attuale andamento epidemiologico Covid-19 [...] l'isolamento fiduciario per 14 giorni». Per la sua condotta, al Napoli, sono state irrogate le sanzioni previste dall'art. 53, comma 2, delle NOIF, consistenti nella perdita a tavolino con il punteggio di 0-3 nonché della penalizzazione di un punto in classifica. Tale vicenda mostra, dal punto di vista giuridico, un conflitto tra ordinamento sportivo e quello statale. In termini generali e astratti, il rapporto tra i due ordinamenti che sembrava aver trovato una soluzione nella legge 17 ottobre 2003, n. 280, che ribadiva il principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo rispetto a quello statale non è allo stato attuale applicabile. La SSC Napoli è destinataria di un provvedimento richiamante una legge dello stato che, se violata dai calciatori per aver rispettato il solo protocollo della FIGC, avrebbe fatto incorrere gli atleti in responsabilità anche di carattere penale. Il provvedimento di primo grado, emesso dal Giudice Sportivo nazionale è stato impugnato secondo quanto previsto dalla normativa vigente nell'ambito della giustizia sportiva, senza escludere la possibilità per la società calcistica partenopea di ricorrere presso i giudici dello Stato.

La cd. “sconfitta a tavolino”, seppur estranea alla discrezionalità amministrativa, nella situazione emergenziale in corso, rischia di porsi in contrasto con la tutela della salute e, in tale contesto, non sono chiari i poteri di intervento dell'autorità sanitaria pubblica. Ne consegue che, in questa

²⁵ Il protocollo prevede l'erogazione del tampone entro 48 ore prima della gara. In caso di positività il giocatore verrà isolato, comunicato alla ASL che applicherà i 14 giorni di quarantena e doppio tampone prima di tornare nel gruppo “squadra”.

problematica fase, la sopravvivenza economica dello sport e la tutela della salute, che si intersecano da secoli, si pongono in posizione di potenziale conflitto.

Nella vicenda che ha coinvolto la SSC Napoli si può rilevare un'evidente aporia del sistema normativo: ove si ipotizzi la sostanziale riconducibilità dell'ordinamento sportivo ai principi e alle regole che disciplinano l'ordinamento generale, non avrebbe ragion di esistere una condanna inflitta ai sensi dell'ordinamento specifico per un comportamento legittimo ai sensi dell'ordinamento generale. Tale aporia non potrà che essere, in prima battuta, risolta dal giudice adito; tuttavia, quanto emerso in fase emergenziale non potrà non imporre una riflessione più ampia sui rapporti tra ordinamento generale e ordinamento sportivo, il cui esito, alla luce del dibattito presente in dottrina, è presumibile essere rappresentato da una modifica della normativa vigente nel senso della *reductio ad unum*, che non può che essere costituito dal *corpus* dei principi offerti dall'ordinamento generale, della complessa varietà dei valori e delle regole che caratterizzano il fenomeno sportivo.

MARIKA GIMINI
Università telematica San Raffaele Roma

LIMITACIÓN *VERSUS* SUSPENSIÓN DE DERECHOS EN EL ESTADO DE ALARMA CONSECUENCIA DE LA COVID-19: EL CASO ESPAÑOL

1. Antecedentes - 2. Medidas legislativas aplicables a crisis sanitarias - 2.1. Disposiciones legales ordinarias ante las crisis sanitarias - 2.2. Regulación del estado de alarma en España: la Constitución Española, la Ley Orgánica LO 4/1981 de 1 de junio de Alarma Excepción y Sitio (LOAES) y Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 - 2.3. Estado de alarma autonómico? - 3. Afectación de derechos fundamentales por la declaración de estado de alarma - 4. Consideraciones finales

1. Antecedentes

En enero del año 2020 se tuvo conocimiento a nivel mundial de la existencia de una enfermedad vírica que provocaba neumonías graves en la ciudad China de Wuhan¹. Se había detectado en diciembre del año 2019 pero pasó desapercibida en su momento inicial Esa fue la versión oficial de China. La notificación inicial de las autoridades chinas realizada el 31 de diciembre refería 27 casos de neumonía de etiología desconocida con inicio de síntomas el 8 de diciembre y 7 casos graves. El 7 de enero autoridades chinas comunicaron que se había identificado un nuevo tipo de coronavirus como causante de las patologías, virus que pasó a denominarse SARS-CoV-2.

Entre finales de enero y principios de febrero los ciudadanos de todo el mundo podíamos ver por televisión con gran asombro cómo se levantaba un hospital en diez días². El primer paciente registrado en España con coronavirus Covid-19 se conoció el 31 de enero. Fue un paciente alemán ingresado en La Gomera que dio positivo en coronavirus. Su estado era “leve y” se contagió, presuntamente, al contactar en Alemania con un infectado. Nueve días después se detectó otro caso de coronavirus Covid-19 en Palma de Mallorca. Pero no fue hasta el 24 de

¹ La pandemia de enfermedad por coronavirus en la República Popular China comenzó con un brote epidémico detectado en diciembre de 2019 en Wuhan (Hubei), vinculado a un mercado mayorista de marisco, pescado y animales vivos. El agente causante del brote, en un principio desconocido, fue identificado como un nuevo coronavirus denominado SARS-CoV-2. La rápida propagación del nuevo virus hizo que el brote inicial en China diera origen a la pandemia en todo el mundo.

² Se trataba de la construcción, en tan sólo 10 días, de un hospital en la localidad de Wuhan, epicentro de la epidemia que ya había tomado dimensiones transnacionales por lo que había obligado a la Organización Mundial de la Salud a decretar una alerta internacional. Millones de personas en todo el mundo fueron testigos en vivo y en directo del levantamiento, desde sus cimientos, de este gran complejo sanitario con un personal de 1.400 trabajadores sanitarios y un total de 1.000 camas, vid., la información proporcionada por <https://www.esdiario.com/724795531/Asi-ha-levantado-China-en-10-dias-su-espectacular-hospital-contra-el-coronavirus.html>.

febrero cuando el virus saltó a la península, detectando los primeros casos en la Comunidad de Madrid, Cataluña y la Comunidad Valenciana³. La confirmación de un paciente en Sevilla de coronavirus que no había viajado al extranjero ni había estado en contacto con personas enfermas hizo saltar todas las alarmas dado que fue el primer contagio local conocido. Estamos en el día 26 de febrero⁴.

Más tarde conocimos que ya había un paciente ingresado en el hospital Arnau de Vilanova de Valencia que había fallecido en España por una extraña neumonía y al que una vez realizada la autopsia pudo conocerse que era de la enfermedad del Covid-19. La Conselleria de Sanitat Universal i Salut Pública de Valencia confirmó que este paciente falleció el 13 de febrero en el hospital. El que ya es oficialmente el primer caso de muerte por coronavirus en España había viajado al Nepal antes de padecer los síntomas, en un principio fue catalogado como un paciente de neumonía grave de origen desconocido⁵.

Empezamos el mes de marzo y la realidad se topó con cada uno de nosotros. Cada vez había más infectados sin saber dónde se habían contagiado y cada vez más personas enfermaban de manera grave. Empezamos a reflexionar sobre nuestra capacidad para albergar a muchos enfermos en las UCIS y comienzan a surgir casos en los lugares más sensibles a la enfermedad: las residencias de ancianos y los propios hospitales se convierten en foco de infección. Y así llegamos a la semana segunda de marzo que deriva en el 14 de marzo y la declaración del estado de alarma. El 9 de marzo, el Ministerio de Sanidad tuvo que cambiar el escenario sobre el que se trabajaba para contener la epidemia, pasando a un nivel de contención reforzada. Ese mismo día, y de forma coordinada, la Comunidad de Madrid decidió cerrar toda la actividad educativa de la región⁶.

Este relato de los hechos enmarca el diseño legislativo de la crisis provocada por la pandemia. A través de Decretos-Leyes y normas de desarrollo amparadas por la declaración de estado de alarma, se han ido intentando resolver los problemas que iban surgiendo consecuencia de la crisis sanitaria, de la crisis económica que se avecinaba consecuencia del confinamiento y, como correlato de ambas, la crisis social en la que nos embarcábamos. Una crisis sin precedentes,

³ <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-infectados-espana-y-evolucion-covid19-desde-origen-4148>.

⁴ <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2020/02/25/5e55962afc6c836d3b8b45f7.html>.

⁵ https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/primer-muerte-por-coronavirus-en-espana_324135_102.html.

⁶ <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-infectados-espana-y-evolucion-covid19-desde-origen-4148>.

como sin precedentes son las medidas legislativas adoptadas y que afectan a derechos fundamentales recogidos en la Constitución española.

A partir de la emergencia sanitaria surge el derecho de necesidad. Entendido como aquel que se adapta a circunstancias excepcionales. Este derecho de necesidad tiene una doble vertiente. Una vertiente negativa, en la medida en que inaplica el derecho ordinario. Y una positiva, en cuanto surge un cuerpo normativo vigente en el momento de esa necesidad. A ese cuerpo normativo nos vamos a referir en los sucesivos apartados⁷. Igualmente procede hablar del principio de proporcionalidad que debe imperar en el derecho extraordinario que surge en situaciones de necesidad. Ello significa que estas medidas excepcionales deben estar presididas por un criterio de proporcionalidad que impone que los sacrificios que se hagan en relación a la limitación o suspensión de derechos deben ser ajustados a esa necesidad. Para determinar si se ajustan o no a esa necesidad se utilizan tres criterios: adecuación, necesidad y justificación de la manera que sigue:

- Adecuación de la medida a la situación de amenaza implica, por ejemplo, que no se extienda en el tiempo más allá de lo necesario.

- Necesidad implica que, entre todas las medidas que deban adoptarse, se use la estrictamente necesaria para hacer frente a la emergencia y que sea la menos lesiva para los intereses individuales.

- Justificación significa que la medida adoptada se legitime por los efectos beneficiosos que pudiera producir en relación con los posibles perjuicios que tendría.

2. Medidas legislativas aplicables a crisis sanitarias

2.1. Disposiciones legales ordinarias ante las crisis sanitarias

El Ordenamiento Jurídico español cuenta con normas para hacer frente a emergencias sanitarias de salud pública, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. La cuestión a dilucidar es si este cuadro normativo es suficiente o, por el contrario, se hace aconsejable aprobar nuevas normas que otorguen un marco jurídico apropiado que pueda adaptarse a la nueva realidad

⁷ La necesidad se erige de esta manera en una técnica de adaptación del Derecho a la realidad social, vid., V. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *El coronavirus (Covid-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, *El Cronista del Estado Social y Económico del Derecho*, n. 86-87, Marzo-Abril 2020, p. 8.

generada por la pandemia provocada por la Covid-19. A nivel estatal destacamos la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP). Estas normas se caracterizan porque tipifican una multiplicidad de medidas para hacer frente a las crisis sanitarias y porque cuentan con una clausula general que tiene como objetivo la posibilidad de aplicarse a toda clase de crisis sanitarias susceptibles de producirse, permitiendo así a las autoridades sanitarias adoptar las *medidas necesarias* para luchar contra estas emergencias.

Además de las anteriores, contamos con un cuerpo legislativo transversal que contiene poderes de necesidad activables ante epidemias. Nos estamos refiriendo muy significativamente a dos normas. Por un lado, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil que prevé la figura de las *emergencias de interés nacional* (art.28), que, declaradas por el Ministro del Interior, justifican la intervención de una multiplicidad de medios, entre los cuales se encuentra el Ejército a través de la Unidad Militar de Emergencias (UME) y de las restantes unidades de las Fuerzas Armadas que sean precisas (art. 37).

Por otro lado, se encuentra la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional que instaure la figura de la *situación de interés para la Seguridad Nacional* (art. 23), que puede ser declarada por el Presidente del Gobierno ante situaciones críticas como lo son las epidemias y que permite la activación, desde la cúspide del Poder Ejecutivo estatal, de los numerosos elementos que componen la Seguridad Nacional. Entre ellos, muy significativamente, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las Fuerzas Armadas⁸.

Interesa cuestionarse si la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional puede afectar al régimen de los derechos fundamentales. Esta Ley crea un espacio jurídico entre la normalidad y la excepcionalidad que suponen los estados de excepción, alarma y sitio del art. 116 CE⁹. Parece claro que la declaración de situación de interés para la seguridad nacional no puede implicar la suspensión de derechos ya que el art. 55 de la Constitución (en adelante CE) solo lo reserva a la declaración de estados de excepción y sitio. No obstante, cabe plantearse si

⁸ Seguimos en este apartado a V. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *El coronavirus (Covid-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, *El Cronista del Estado Social y Económico del Derecho*, cit., p. 9.

⁹ Vid., STC 184/2016 de 3 de noviembre.

es posible la restricción o limitación de algunos derechos bajo la situación de interés para la seguridad nacional¹⁰. Además, cabe posibles *Medidas de seguridad extraordinarias* de acuerdo con el art. 21 Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. De esta forma, en situaciones de emergencia es posible «el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la prohibición del paso, la evacuación de inmuebles o espacios públicos debidamente acotados, o el depósito de explosivos u otras sustancias susceptibles de ser empleadas como tales». La misma norma¹¹ define que «se entiende por emergencia aquella situación de riesgo sobrevenida por un evento que pone en peligro inminente a personas o bienes y exige una actuación rápida por parte de la autoridad o de sus agentes para evitarla o mitigar sus efectos».

Antes de la declaración de estado de alarma el sábado día 14 de marzo de 2020, el 24 de febrero se procedió a confinar a 700 personas durante medio mes¹² en un hotel de Tenerife a través de la Orden 109/2020, de 27 de febrero, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias (ratificada por Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Santa Cruz de Tenerife Nº 8 Auto 000084/2020). El gobierno canario confinó, mandó a la policía para vigilar las instalaciones y solicitó una ratificación judicial al amparo del artículo 8.6 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹³. Una decisión cautelar de restricción de la libertad deambulatoria que fue avalada en el Auto del Tribunal¹⁴. El avance del Covid-19 en la semana

¹⁰ Vid., L. COTINO HUESO, *Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, cit., p. 94.

¹¹ Nos estamos refiriendo a la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

¹² Tras constatarse por el Servicio Canario de la Salud que un ciudadano comunitario, procedente de la región italiana de Lombardía, es positivo en las pruebas de laboratorio para el nuevo coronavirus de 2019 (2019-nCoV) se procede por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias a dictar la Orden del 24 de febrero de 2020, por la que se dispuso que todos los Huéspedes del Hotel en el que se alojaba aquél, permaneciesen en sus habitaciones hasta ser atendidos y valorados por personal sanitario competente, así como el cierre de las instalaciones a fin de impedir la nueva entrada de huéspedes.

¹³ «Corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

¹⁴ En el Fundamento Jurídico Primero se establece que la normativa aplicable es el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1986 de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública dispone que «Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad». También es de aplicación el artículo 26 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que dispone «1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes,

del 8 al 15 de marzo fue provocando que sucesivamente se adoptara esta drástica medida en, al menos, cuatro Comunidades Autónomas para una o varias poblaciones¹⁵.

Antes de analizar la regulación del estado de alarma nos planteamos si podrían existir otros instrumentos legales diferentes a su declaración para dar cobertura jurídica a limitaciones de derechos de los ciudadanos. Esto es, sin la activación del estado de alarma y manteniendo las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) sus competencias se podría habilitar un mecanismo jurídico que permitiera a éstas adoptar las medidas oportunas, con suficiente cobertura legal y sin depender de la ratificación judicial? Nos planteamos si a través de una ley orgánica, se podría regular estas decisiones forma homogénea. Si fuera posible, se conseguiría, por un lado, un nivel importante de homogeneización y seguridad jurídica y, por otro, flexibilidad para adaptar las medidas restrictivas sólo a los territorios en los que sea necesario por la gravedad de la crisis sanitaria en los mismos.

Obviamente ninguna medida limitativa de derechos fundamentales puede erosionar el Estado de Derecho. Las que se adopten deben estar perfectamente diseñadas para no limitar derechos de forma desproporcionada y evitar lesionar el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En esta línea queremos subrayar la propuesta del presidente de la Xunta, Alberto Núñez Feijoo quien se ha comprometido a enviar al presidente del gobierno y a todos los diputados una propuesta de ley orgánica de salud. Se trataría con esta norma de modificar el marco normativo que rige en España y recoger *instrumentos homogéneos para tomar decisiones homogéneas en todo el país* entiende así que es fundamental garantizar, por un lado, la agilidad y, por otro, la seguridad jurídica en las actuaciones de control de los brotes. La situación actual no deja de ser preocupante sin la cobertura de la declaración del estado de alarma y

tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó». Por su parte El artículo 8.5 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que «corresponde a estos Juzgados de lo contencioso la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

¹⁵ Haro en La Rioja el 8 de marzo; casi 70.000 personas en los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Òdena, en Cataluña el 13 de marzo; Arroyo de la Luz en Extremadura también el 13 de marzo y; el más numeroso, 376.000 personas, en Cartagena, San Javier, San Pedro del Pinatar, Los Alcázares, La Unión, Mazarrón y Águilas, en la Región de Murcia el 14 de marzo. Vid., A. NOGUERIRA LOPEZ, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción, El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020, p. 27.

con una legislación que deja muchos flecos sin resolver, quedando la ratificación de las medidas limitativas a la ratificación judicial.

Prueba de la situación límite en la que nos encontramos, ha sido el estado de la situación creado ante el avance de brotes de coronavirus en Cataluña después del estado de alarma. A través de la Consejería de Salud se dictó una resolución por la cual se limitaba la libertad de circulación así como la restricción en la prestación de servicios en el municipio de Lleida y otros en la comarca del Segrià. Esta resolución fue anulada por un auto judicial por falta de competencia de las autoridades autonómicas. La Generalidad aprueba un Decreto-Ley que modifica la ley catalana de salud pública y atribuye a las autoridades sanitarias competencias para limitar, tanto la actividad, como la movilidad de las personas con la finalidad de frenar los contagios en esos territorios. Tal como señala la profesora Ana Carmona¹⁶ el empleo del Decreto-Ley para limitar derechos fundamentales genera un vicio de inconstitucionalidad evidente. El art. 86 de la Constitución limita el uso de esta norma a la regulación de derechos fundamentales cuando dice que «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I», es doctrina jurisprudencial que la cláusula restrictiva *no podrán afectar* del art. 86, párr. 1º de la Constitución española (en adelante CE) debe entenderse como impeditiva, no de cualquier incidencia en los derechos recogidos en el Título I, sino de una regulación por Decreto-ley del régimen general de los derechos, deberes y libertades contenidas en este título así como de que «por Decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos»¹⁷. Parece obvio que la limitación de un derecho fundamental afecta a su contenido por lo que queda descartado el uso de Decreto- ley.

¹⁶ *El fin no justifica los medios El enmascaramiento de la excepcionalidad al amparo de la Covid-19, erosiona el Estado de derecho*, Artículo publicado en el Diario *El País*, el día 16 de julio de 2020.

¹⁷ Vid. entre otras las SSTC 29/1982, de 31 de mayo, 6/1983, de 4 de febrero, 41/1983, de 18 de mayo t 111/1983 de 2 de diciembre.

2.2. Regulación del estado de alarma en España: la Constitución Española, la Ley Orgánica LO 4/1981 de 1 de junio de Alarma Excepción y Sitio (LOAES) y el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19¹⁸

El art. 116 CE regula específicamente el Estado de Alarma, Excepción y Sitio de la manera que sigue «Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración».

De acuerdo con el art. 4 de la LOAES «se podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

Ha habido mucha polémica en la doctrina constitucionalista sobre si la declaración de estado de alarma era la adecuada para hacer frente a esta pandemia. Creemos que la situación fáctica de lo acontecido encaja a la perfección en el apartado b) del precepto señalado. Pocas dudas nos ofrece el uso del mecanismo de estado de alarma. Otra cosa es si las medidas adoptadas en el seno de su declaración han sido o no proporcionadas con el estado declarado. Parece que restricciones tan graves a los derechos fundamentales dictadas al amparo del mismo encajaría más con un estado de excepción que para el estado de alarma propiamente dicho. El artículo 55.1 CE dice «Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser

¹⁸ BOE, n. 67, de 14 de marzo 2020.

suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción». Los derechos susceptibles de ser suspendidos en estado de excepción o sitio a los que se refiere este precepto son los siguientes: a la libertad y seguridad (art. 17, CE); a la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3, CE); a fijar la residencia y a circular libremente por todo el territorio nacional, así como a entrar y salir libremente del territorio nacional (art. 19, CE); a la libre expresión e información y al no secuestro de las publicaciones sin autorización judicial [artículo 20.1 a) y d) y 5, CE]; de reunión (art. 21, CE); de huelga (art. 28.2, CE), y al conflicto colectivo (art. 37.2, CE).

Algunos autores¹⁹ entienden que se da el presupuesto fáctico de alteración del orden público necesario para la declaración de estado de excepción. Esto es así porque se podría considerar por alteración al orden público, la violación en el ejercicio de los derechos y libertades ya que éstos forman parte de la concreción del concepto mismo de orden público. De esta forma, cuando el ejercicio de los derechos y libertades resulten gravemente alterados (por ejemplo, el derecho a la vida en las actuales circunstancias por efecto de la pandemia), el Gobierno podría solicitar al Congreso la declaración del estado de excepción. En este caso la limitación de derechos consecuencia de la declaración sí entra de lleno en la regulación constitucional y de la LOAES del estado de excepción. No se trataría «de identificar el substrato para la declaración del estado de excepción con gravísimos desórdenes públicos (en el sentido de los delitos recogidos en los artículos 557 y ss. del Código Penal), sino, más sencillamente, que por las circunstancias de que se trate, ese *libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos* resulte muy gravemente alterado». Nos parece interesante esta hipótesis de trabajo dado que resolvería las dudas constitucionales que nos produce a los constitucionalistas la dicotomía limitación *versus* suspensión de los derechos fundamentales en el estado de alarma. Si en la práctica se ha producido una suerte de exclusión temporal de determinados derechos ello entraría de lleno en las consecuencias del estado de excepción no así en el estado de alarma.

La LOAES en su artículo once expresamente se refiere a la posibilidad para el estado de alarma de «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos». Ello contrasta con el

¹⁹ Vid., F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Estado de alarma o de excepción, Estudios Penales y Criminológicos*, pp. 1-20.

Decreto de declaración de estado de alarma de 14 de marzo de 2020 que contiene una prohibición expresa y general con suspensión del derecho a la libre circulación de los ciudadanos dentro del territorio nacional, legando incluso a ordenar el cierre de fronteras, lo que ahonda más en dicha suspensión generalizada²⁰.

De acuerdo con el artículo seis de la LOAES «La declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros. En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días. Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga».

Un aspecto muy importante que queremos subrayar es que la declaración de estado de alarma rompe las reglas de juego del Estado descentralizado que nos hemos dado en el Título VIII de la Constitución, habida cuenta de que la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad. Esta centralización tiene como justificación la búsqueda de una unidad tanto de decisión política como de gestión administrativa que haga lo más eficaz y coordinada posible la lucha contra la crisis. Con este trasfondo, el art. 4 del Real Decreto de 14 de marzo dispone que la autoridad competente es el Gobierno de la Nación, siguiendo las previsiones del art. 7 LOAES. Asimismo, este Real Decreto designa cuatro autoridades competentes delegadas, que son cuatro ministros, que deben actuar siempre bajo la superior dirección del Presidente. Estos cuatro ministros son los titulares de las carteras de defensa, interior, transportes y sanidad. Todos ellos son las máximas autoridades en el marco de sus respectivas áreas de responsabilidad, salvo el de sanidad que tiene atribuida una competencia general.

Dicho lo anterior, también debemos indicar que el estado de alarma no exime al Gobierno del control parlamentario, todo lo contrario. De la LOAES se extrae que, incluso, se refuerza

²⁰ Se podría considerar una extralimitación constitucional de la norma prevista para el estado de alarma cuando de *facto*, por el alcance que provoca en cuanto a limitación de derechos fundamentales, se está aplicando un estado de excepción pero sin ser aprobado formalmente. En este punto de vista, vid., F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Estado de alarma o de excepción, Estudios Penales y Criminológicos*, cit., quien dice textualmente «En este sentido es verdaderamente burdo el tratar de convencer a un ciudadano, al que se le ha prohibido durante semanas salir de su domicilio habitual, que no se le ha suspendido el derecho a la libre circulación, sino que meramente se le ha limitado o restringido su ejercicio [...] cuando lo único que se le permite es transitar desde la cocina de su vivienda al dormitorio. Pues bien, si confinar en la vivienda es limitación a la libre circulación por el territorio nacional qué contenido tendrá la suspensión del derecho?».

dado que «el Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida. El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste»²¹. Igualmente el Reglamento del Congreso en el art. 162 regula el procedimiento de declaración del estado de alarma²², convirtiéndose el Congreso de los Diputados en el protagonista principal del control gubernamental en este periodo. La Constitución veta una hipotética disolución del Congreso y garantiza su funcionamiento al prescribir (art. 116.5) que «no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados».

Asimismo, con la declaración del estado de alarma «todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente, en nuestro caso el Gobierno, en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza»²³.

Centrándonos en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma lo primero que queremos indicar es que el texto de este Real Decreto (a pesar de esta forma jurídica) tiene valor de ley. Concretamente, el Decreto de alarma del Gobierno, su

²¹ Art. 8 LOAES.

²² «1. Cuando el Gobierno declarase el estado de alarma, remitirá inmediatamente al Presidente del Congreso una comunicación a la que acompañará el Decreto acordado en Consejo de Ministros. De la comunicación se dará traslado a la Comisión competente, que podrá recabar la información y documentación que estime procedente.

2. Si el Gobierno pretendiere la prórroga del plazo de quince días a que se refiere el artículo 116, 2 de la Constitución, deberá solicitar la autorización del Congreso de los Diputados antes de que expire aquél.

3. Los Grupos Parlamentarios podrán presentar propuestas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga hasta dos horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse la concesión de la autorización solicitada.

4. El debate tendrá lugar en el Pleno y se iniciará con la exposición por un miembro del Gobierno de las razones que justifican la solicitud de prórroga del estado de alarma y se ajustará a las normas previstas para los de totalidad.

5. Finalizado el debate se someterán a votación la solicitud y las propuestas presentadas. De la decisión de la Cámara se dará traslado al Gobierno».

²³ Art. 9 LOAES.

prórroga, la autorización del estado de excepción o la adopción del estado de sitio *son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley*²⁴. La sola declaración de alarma por el Gobierno, aún sin intervención del Congreso en su prórroga, es «una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración»²⁵. Así pues, el derecho de alarma constitucional queda integrado por la Constitución, Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio que le da cobertura y por las decisiones normativas con valor de ley de Gobierno (Decreto de alarma) y Congreso (art. 116 CE).

Tal como se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto de 14 de marzo de declaración de estado de alarma, una vez la Organización Mundial de la Salud elevó el 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el Covid-19 a pandemia internacional y habida cuenta de la rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, se hace necesario la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Dice textualmente que «las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución».

La duración es de 15 días, si bien ha obtenido hasta seis prórrogas de un periodo igual hasta el 21 de junio. Concretamente se prorroga el Estado de Alarma por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo (BOE núm. 86 de 28 de marzo), Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE núm. 101, de 11 de abril), Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (BOE núm. 115 de 25 abril), Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo (BOE núm. 129 de 9 de mayo), Real Decreto 537/2020, de 22

²⁴ Vid., ATC 7/2012 del 13 de enero, Fundamento Jurídico Cuarto «En efecto, todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE y también por tanto, el de menor intensidad de entre ellos, esto es, el de alarma, suponen, como es evidente y así resulta de su regulación en la LOEAE, excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria (arts. 9 a 12; 16 a 30; 32 a 36 LOEAE), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante “los poderes ordinarios” la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 LOEAE). Siendo esto así, como sin duda es, el acto de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma o el de la declaración y prórroga del de excepción, que no son meros actos de carácter autorizatorio, pues tienen un contenido normativo o regulador (ya en cuanto hacen suyos el alcance, condiciones y términos del estado de alarma o de excepción fijados o solicitados por el Gobierno, ya en cuanto la propia Cámara directamente los establece o introduce modificaciones en los propuestos), así como el acto parlamentario de declaración del estado de sitio son, todos ellos, decisiones con rango o valor de Ley».

²⁵ STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10.º, Vid., L. COTINO HUESO, *Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, cit., p. 91.

de mayo (BOE núm. 145 de 23 de mayo de 2020); Real Decreto 555/2020, de 5 de junio (BOE núm 159 de 6 de junio de 2020).

Como ya se ha señalado, se establecen importantes restricciones a la circulación por la vía pública, se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados. Se establecen medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales. Igualmente se adoptan medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas. Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedan bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

2.3. Estado de alarma autonómico?

El martes 25 de agosto del 2020 el presidente del Gobierno español Pedro Sánchez en comparecencia pública dijo que no creía conveniente activar un estado de alarma a nivel nacional a pesar de los rebrotes cada vez mayores durante el periodo estival, pero que si una región lo necesitaba podía proponer la declaración de estado de alarma en su territorio. Esto es, si algún presidente de Comunidad Autónoma lo solicita, se comprometería a su declaración circunscrito en su Comunidad Autónoma. Realmente esta medida no es nueva que ya el artículo 5 de la LOAES señala que, «cuando los supuestos [...] afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una comunidad autónoma, el presidente de la misma podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma».

Parece evidente que esta propuesta no era lo que esperaban la mayoría de los gobiernos autonómicos, que reclamaban medidas legales que les permitiera tomar decisiones para confinar un pueblo o un determinado barrio sin depender de la ratificación judicial por aplicación del ya citado art. 8 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa es oportuno alentar el estado de alarma en una CCAA cuando la pandemia es una amenaza global que afecta a todo el territorio

nacional aunque no con igual gravedad? De la lectura del art. 5 de la LOAES se desprende que la opción de estado de alarma reducido a una CCAA deriva del supuesto de hecho habilitante. Esto es, de que las circunstancias enumeradas en el artículo cuatro antes citado afecte solo a una CCAA. Parece evidente que la pandemia, por propia definición, es «una enfermedad infecciosa en un área geográficamente extensa»²⁶ o, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, «se llama pandemia a la propagación mundial de una nueva enfermedad». Difícilmente encajaría el supuesto de hecho de la pandemia del Covid-19 con una crisis sanitaria que «afecta exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una comunidad autónoma».

Por otro lado, la autoridad competente es el Gobierno central y la CCAA sería autoridad delegada. De acuerdo con el art. 7 de la LOAES «A los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad». Es decir, al fin y al cabo lo que se estaría haciendo sería centralizar la competencia autonómica en el Estado central. En definitiva, se estaría modificando *de facto* la distribución competencial aunque no a nivel nacional sino solo en el territorio de una Comunidad Autónoma. Ello no mejoraría las cosas por cuanto no solucionaría el problema de la falta de homogeneización de medidas ante la pandemia que sólo se produciría cuando el estado de alarma fuera decretado en todo el territorio español.

Así las cosas, nos parece poco afortunado este ofrecimiento a las CCAA que en nada es factible para el supuesto de hecho que estamos tratando dado que el virus no conoce de fronteras y menos de la delimitación territorial de las Comunidades Autónomas.

3. Afectación de derechos fundamentales por la declaración de estado de alarma

En razón del artículo 55.1.º CE los derechos fundamentales sólo pueden quedar suspendidos bajo el estado de excepción o estado de sitio²⁷. La suspensión del derecho implica, desde el punto de vista material, una restricción del mismo derecho, de forma que suponga una desconstitucionalización, decayendo el régimen de garantías ordinario de los derechos

²⁶ https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/.

²⁷ L. COTINO HUESO, *Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, cit., p. 91.

fundamentales²⁸. Aunque técnicamente no cabe la suspensión de derechos en el estado de alarma por el art. 55.1.º CE, hay un desplazamiento de la legalidad ordinaria debido a la establecimiento del derecho de necesidad, tal como hemos señalado mas arriba. En consecuencia, las medidas adoptadas en el estado de alarma respecto de los derechos, no pudiendo suponer una suspensión de los mismos, sí pueden conllevar importantes limitaciones a su ejercicio²⁹.

a) Dignidad e inviolabilidad de la persona

El art. 10 CE establece que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Este precepto significa de forma breve y escueta dos cosas: por un lado, que la dignidad y la inviolabilidad de la persona constituyen un límite infranqueable que no puede ser rebasado y, en segundo lugar, que la interpretación de los derechos fundamentales se hará de acuerdo con Tratados Internacionales suscritos por España. Así pues, hay ciertos aspectos que nunca pueden ser ignorados y que – aunque no se establezca formalmente en la Constitución – actúan como cláusulas de intangibilidad. La dignidad de la persona, la inviolabilidad y la interpretación supranacional de los derechos fundamentales no se puede ver afectado nunca por la declaración de estados excepcionales como el estado de alarma.

Nos parece muy oportunas las reflexiones del Profesor Bastida en el sentido de que con el estado de alarma la regla general no es la privación de derechos y la excepción es el ejercicio de los mismos sino que es la inversa. «No hay que agradecer que se deje pasear a las personas autistas; hay que justificar por qué no se ha hecho antes. La ignorancia del principio de libertad ha llevado

²⁸ B. ALAEZ CORRAL, (2004), *El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales*, en L. LÓPEZ GUERRA, L. ESPÍN (coords.), *La defensa del estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 233-246, p. 236.

²⁹ J. GARCÍA MORILLO, *Las garantías de los derechos fundamentales*, en L. LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I., Valencia, 2002, p. 469.

a la policía a elaborar por su cuenta una lista de los productos cuya compra permitiría salir a la calle o a algunas autoridades locales a fijar el número máximo de metros de alejamiento del domicilio o el tiempo para aplaudir»³⁰. Ciertamente se han cometido excesos como impedir que las personas pudieran salir a las zonas comunes de sus edificios respetando las distancias y las medidas de seguridad o sancionar, a título de ejemplo, a aquellos que se atrevían a disfrazarse de Freddie Mercury en la puerta de su casa amenizando a sus vecinos con alguna melodía del conocido cantante. En nuestra opinión se han cometido excesos no justificados por la declaración de estado de alarma, sobre los cuales los Tribunales tendrán que pronunciarse.

b) Libertad religiosa

El derecho a la libertad religiosa se halla reconocido en el artículo 16 CE, que establece que «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». A un cuando ni la Constitución ni la LOAES³¹ aluden a este derecho como susceptible de suspensión en ninguno de los estados de excepcionalidad, en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo sí que contiene una explícita alusión al mismo, cuando en su artículo 11 dice «La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro». El problema en relación a este derecho surge porque el artículo 7 de este RD 463/2020 no incluye, entre los fines que justificaban la circulación por las vías de uso público, la asistencia a esos actos de culto que el artículo 11 autorizaba aunque con restricciones. De esta forma se ha hecho inoperable el ejercicio del derecho a la asistencia a culto durante un largo periodo de tiempo.

³⁰ No podemos estar más de acuerdo cuando dice que «Es crucial preservar la salud sin sacrificar la libertad. Por eso es de especial importancia la realización masiva de test para saber quiénes son portadores del virus y actuar sobre ellos. La inversión en test no es sólo una necesaria política sanitaria; también es una obligada inversión para garantizar cuanto antes la plena libertad de los ciudadanos», BASTIDA, *Hay que controlar el virus, no la libertad* Publicado en diversos medios (*La Nueva España, El Día, La Provincia*) el 13/04/2020.

³¹ BOE n. 134, de 5 de junio.

Asimismo, la Orden SND/298/2020 en su apartado quinto dispone que: «Se pospondrá la celebración de cultos religiosos o ceremonias civiles fúnebres hasta la finalización del estado de alarma, sin perjuicio de la posibilidad prevista en el párrafo siguiente. La participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de tres familiares o allegados, además, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto. En todo caso, se deberá respetar siempre la distancia de uno a dos metros entre ellos».

No somos originales cuando hacemos una crítica a esta limitación de tres familiares o allegados en un cementerio que es un lugar abierto y, sin embargo, se permite que en un lugar cerrado estén más de tres personas como puede ser en un supermercado o en un plato de televisión. Esta contradicción nos deja perplejos.

c) Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

Otro precepto que creemos conveniente subrayar es el art. 18 CE que garantiza como derecho fundamental de la persona «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». La Ley de Protección de Datos de 2018³² debe ser interpretada conforme a este precepto. La protección de datos constituye un ámbito de libertad del individuo y tiene una concreción inexorable en los derechos clásicos de la personalidad como son el honor, la intimidad y la propia imagen. El uso de las telecomunicaciones posibilita la racionalización, la simplificación, la celeridad y el tratamiento de la información. Rompe las barreras clásicas de espacio y tiempo. Ello supone facultades que deben ser regladas porque pueden ser lesivas de derechos y libertades fundamentales. Todo lo anterior tiene importantes implicaciones en el uso de la tecnología para la detección de contactos de positivos de Covid-19. El propio Ministerio de Economía anunció el pasado 1 de abril de 2020 que iba a realizar un estudio denominado “DataCovid-19”. Se trata de un estudio de la movilidad aplicada a la crisis sanitaria en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística y con los principales operadores de telefonía como Telefónica, Vodafone y Orange para rastrear así 40 millones de teléfonos en toda España

³² Vid., Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales.

con el fin de conocer los movimientos de población entre territorios y contribuir a la toma de decisiones para hacer frente al coronavirus.

Hay dudas de que el almacenamiento de datos masivos relativos a la geolocalización de los ciudadanos pueda suponer una grave intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad, a la protección de la propia imagen y de protección de datos, si bien existen bases jurídicas razonables para desterrar temores infundados. Creemos que se necesitan expertos en protección de datos que desplieguen una enorme vocación de servicio, de dedicación a la comunidad como aliados en la guerra contra la enfermedad³³. Esto es así porque el Ordenamiento sitúa a las autoridades de protección de datos en una posición constitucional de significativa preeminencia y de juez último en muchos conflictos. Y ello puede producir un efecto paralizante poco conveniente en momentos en los que la protección del derecho fundamental a la vida y a la salud adquieren una relevancia primordial.

La experiencia demuestra, al menos en nuestro país, algunas pautas que se vienen repitiendo de modo reiterado: a) Las autoridades de control son reactivas. Esto es, responden a consultas específicas, o conflictos concretos. No suelen tratar cuestiones genéricas; b) Cuando se definen criterios en sus guías no existe una consulta o debate público en la conformación de sus criterios. Esto afecta seriamente tanto a la calidad del resultado como la viabilidad de la implementación de recomendaciones muchas veces alejadas de la realidad material; c) El enfoque del regulador casi siempre opera desde el derecho fundamental a la protección de datos a la realidad, y casi nunca a la inversa. Y ello no significa tan solo que se pierdan de vista elementos cruciales en los tratamientos de datos personales, sino también que se obvie, en más de una ocasión, la necesaria ponderación de derechos³⁴.

La realidad se topa con esta dogmática. Es fundamental la trazabilidad de datos y podemos usar la tecnología para hacerlo. Solo así podemos frenar la pandemia. Pero es más, creemos que es preferible ceder datos personales de forma controlada que confinar a toda la ciudadanía con la

³³ Vid., R. MARTÍNEZ, *Los tratamientos de datos personales en la crisis del Covid-19. Un enfoque desde la salud pública*, *Diario La Ley*, n. 38, Sección Ciberderecho, 27 de Marzo 2020. En su trabajo trata de acreditar que la limitación del derecho fundamental a la protección de datos para el tratamiento de datos personales, de datos de salud y de datos de localización con fines epidemiológicos encontraría su fundamento en la protección de intereses vitales del interesado o de otra persona física (art. 6.2.c) RGPD, en un deber de colaboración de las operadoras basado en la seguridad pública, y en la competencia de las autoridades al amparo del artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública para «adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos».

³⁴ Vid., R. MARTÍNEZ, *Los tratamientos de datos personales en la crisis del Covid-19. Un enfoque desde la salud pública*, *Diario La Ley*, cit.

crisis económica y social que impone la segunda opción. Efectivamente hay que ser muy cuidadosos con los datos personales, y no siempre somos conscientes de ello al ceder nuestros datos para descargar aplicaciones móviles sin ningún beneficio a la comunidad. En este caso, estamos hablando de ceder datos para un conseguir un bien superior que es la salud y la vida. Por esta razón el enfoque que deba hacer tendrá siempre que seguir un criterio de proporcionalidad de adaptación a la difícil situación sanitaria en la que nos encontramos.

Además, desde el punto de vista de la legislación española el fundamento para el tratamiento de datos personales sin consentimiento podría derivar de lo dispuesto en:

- El artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, por el que se atribuye competencias a los servicios sanitarios ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, en los siguientes términos.

- La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (modificada mediante Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de marzo de 2020) que habilita el control de los enfermos.

- La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 9 establece el deber de todas las personas de comunicar datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud.

- El párrafo segundo apartado c) de la disposición adicional decimoséptima sobre tratamientos de datos de salud de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, habilita al uso de datos con fines de investigación en salud pública sin consentimiento en circunstancias como una epidemia.

d) Derecho a elegir residencia y a circular libremente por el territorio nacional

El art. 19 CE dice que «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional». Este precepto se ha visto limitado por la declaración del estado de alarma. En concreto, el artículo 7 (Limitación a la libertad de circulación) del RD 463/2020 declara que «durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada».

Esta medida tiene la naturaleza “limitativa” y tiene su base legal inmediata en el art. 11 a) LOAES. Téngase en cuenta que no puede suspenderse de manera total esta libertad fundamental establecida por el art. 19 CE, puesto que esta drástica medida únicamente está constitucionalmente contemplada para los estados de excepción y de sitio ex art. 55.1 CE³⁵. Por otra parte, el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, ya contempla la posibilidad de adoptar las medidas necesarias en caso de enfermedades transmisibles: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

El Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública³⁶, en su art. 5 señala que tiene la consideración excepcional de situación asimilada a accidente de trabajo, los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus Covid-19. Ello exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social. Con el mismo carácter excepcional, y con efectos desde el inicio de la situación de restricción de la salida del

³⁵ Vid., V. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Estado de alarma o de excepción, Estudios Penales y Criminológicos*, cit., p. 17.

³⁶ BOE, n. 62, de 11 de marzo.

municipio donde tengan el domicilio, y mediante el correspondiente parte de baja, se extenderá esta protección a aquellos trabajadores que se vean obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no afectadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Lo anterior, siempre que por la autoridad competente se haya acordado restringir la salida de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio y les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse, no pudiendo realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

e) Derecho a la reunión pacífica y sin armas

El art. 21 CE reconoce «el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

Debemos indicar que bajo el estado de alarma no cabe la suspensión del derecho de reunión de acuerdo con el art. 22 de la LOAES³⁷. La prohibición del artículo 7.1º Real Decreto 463/2020 de alarma es relativa a las agrupaciones humanas no reivindicativas, eso es, no para el derecho de reunión³⁸.

Dicho lo anterior señalamos que con la declaración de estado de alarma ha habido polémicas en torno a la prohibición de manifestaciones. Respecto al derecho de manifestación un Auto de 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) del Tribunal Constitucional Federal ha estimado que una prohibición general de reuniones públicas entraña una violación del derecho de reunión porque las limitaciones del mismo tienen que estar justificadas. Esta resolución viene al hilo de

³⁷ «1. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo 21 de la Constitución, la Autoridad gubernativa podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones.

2. También podrá disolver las reuniones y manifestaciones a que se refiere el párrafo anterior.

3. Las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignen los artículos 6.º y 7.º de la Constitución, y de acuerdo con sus Estatutos, no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa.

4. Para penetrar en los locales en que tuvieran lugar las reuniones, la Autoridad gubernativa deberá proveer a sus agentes de autorización formal y escrita. Esta autorización no será necesaria cuando desde dichos locales se estuviesen produciendo alteraciones graves del orden público constitutivas de delito o agresiones a las Fuerzas de Seguridad y en cualesquiera otros casos de flagrante delito».

³⁸ En este sentido, vid., L., COTINO HUESO, *La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el Covid-19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional*, 1 de mayo de 2020 (www.derechosocovid.com).

determinar si el decreto municipal de la ciudad de *Giessen* de 8 de abril prohibiendo manifestaciones, en aplicación del reglamento prohibitivo del *Land Hesse* de 30 de marzo, resulta repudiable en la medida en que no permite la consideración de las circunstancias concretas para evaluar si la manifestación puede o no desarrollarse. En otras palabras, que el establecimiento de una prohibición general e indiscriminada de manifestarse o reunirse sería contraria a la Ley Fundamental de Bonn.

En España, destacamos el Auto de 30 de abril de 2020 del Tribunal Constitucional (TC), Sala Primera que es la primera resolución del TC desde la declaración el estado de alarma y que ha versado, precisamente, sobre las restricciones de derechos en razón del mismo. El ATC de 30 de abril de 2020, a lo largo de sus treinta páginas inadmite el recurso de amparo contra la sentencia núm. 136/2020 de la Sección 1º de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, dictada en el procedimiento Derecho de Reunión 152/2020, y contra la resolución de 21 de abril de 2020 de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra que prohibía la celebración de una manifestación el 1 de mayo de 2020 en Vigo. El TC alude a su STC 83/2016, de 28 de abril (la de referencia en la materia con razón del Estado de Alarma en la crisis de los controladores decretada en diciembre de 2010). Así lo hace para recordar que «aunque la declaración del Estado de Alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental», «sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio» (Fundamento Jurídico Segundo). Ya en el Fundamento Jurídico Cuarto insiste que el Decreto de alarma puede establecer restricciones de derechos. Expresamente el TC elude el debate de si el confinamiento es «una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada ni siquiera a efectos dialécticos». Señala que dado el escaso conocimiento de la enfermedad y la “incertidumbre tan acentuada”, «las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces» para proteger la vida y la salud. «Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha» (FJ 4º)³⁹.

³⁹ *Ibid.*

Así pues, el TC ha remarcado que en situación de pandemia es la vida, la salud y evitar el colapso de hospitales, los derechos y bienes constitucionales que justifican la prohibición y no la posible alteración al orden público. El derecho de manifestación no es, como no lo es ninguno, un derecho ilimitado. Aun cuando el propio art. 21.1 CE reconoce que el derecho de reunión pacífica y sin armas no necesita de autorización previa, asume en su apartado 2 la existencia de límites al ejercicio del derecho, cuando las reuniones tienen lugar de tránsito público y manifestaciones, que exigen de comunicación previa a la autoridad puedan suponer una alteración del orden público, con peligro para personas o bienes⁴⁰.

Así las cosas la limitación del ejercicio del derecho de manifestación en estado de alarma por la pandemia causada por el Covid-19 tendría cobertura constitucional en los artículos 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. Así las cosas, nos parece perfectamente legítimo la prohibición de una manifestación en estos términos.

f) Derecho a la libertad de empresa

Hay otros derechos no fundamentales que se han visto cuestionados por la declaración del estado de alarma de manera, a nuestro juicio, injustificado. Nos estamos refiriendo al art. 38 de la Constitución «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Medidas como la

⁴⁰ La STC 193/2011, de 12 de diciembre establece que: «el derecho recogido en el art. 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE – alteración del orden público con peligro para personas y bienes –, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales» (STC 42/2000, de 14 de febrero (RTC 2000, 42), FJ 2). Límites que, como recordábamos en la STC 195/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 195), (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios «para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone [...] y, en todo caso, respetar su contenido esencial» (Fj 3º).

prohibición de despido se ponen en entredicho por poder atentar contra la Constitución. Lo anterior lo indicamos porque las únicas medidas que pueden adoptarse con la declaración de Estado de Alarma de acuerdo con el art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio son las que siguen:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.

c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.

d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.

Como puede observarse no se contempla ninguna que pudiera tener repercusión en el libre desarrollo de una actividad comercial. El propio texto de los Decretos (463/2020 y 465/2020) utiliza las expresiones “se suspende” afectando a «la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas» (artículo 10.1), a «los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos» (artículo 10.3), a «las actividades de hostelería y restauración» (artículo 10.4) etc.

Asimismo, se han aprobado una serie de Decretos-Leyes posteriores a la declaración de estado de alarma con la finalidad de tutelar la actividad económica y crear las bases para la reactivación de la económica en el momento en que comience la desescalada y la vuelta a la normalidad. Podemos indicar como los más importantes desde un punto de vista económico y social, los siguientes:

- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19⁴¹.

Con este Real Decreto-Ley se pretende dar la prioridad absoluta en materia económica a fin de proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una

⁴¹ BOE, n. 73, de 18 de marzo.

vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad. Se hace evidente que la pandemia del Covid-19 supondrá inevitablemente un impacto negativo en la economía española cuya cuantificación produce una gran incertidumbre. La prioridad consistiría en minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore. El objetivo es que estos efectos negativos sean transitorios y evitar, en última instancia, que se produzca un impacto más permanente o estructural debido a un círculo vicioso de caídas de demanda y producción como las de 2008-2009, con una salida masiva de trabajadores al desempleo y un ajuste particularmente agudo para los trabajadores temporales y los autónomos. Este Real Decreto-Ley amplía las medidas ya tomadas con un paquete económico y social de gran alcance y magnitud, con el objetivo de contribuir a evitar un impacto económico prolongado más allá de la crisis sanitaria, dando prioridad a la protección de las familias, autónomos y empresas más directamente afectadas. Los ERTE por fuerza mayor derivada del Covid-19 están regulados en el artículo 22 que establece lo que debe considerarse fuerza mayor temporal derivada del Covid-19, a los efectos de permitir suspender el contrato o reducir la jornada por esta causa y acceder a las medidas laborales especiales reguladas en los artículos 24 y 25 de este Real Decreto-Ley. Conforme a su artículo 22 se consideran provenientes de fuerza mayor temporal las suspensiones y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad ocasionadas por el Covid-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados⁴².

- Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19⁴³.

El notablemente estancamiento que está registrando el mercado laboral, unido al importante volumen de ERTE presentados, desde la declaración del estado de alarma, ponen de

⁴² Ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad promovido por PP y VOX contra la Disposición Final Segunda que acuerda que el Vicepresidente del Gobierno Pablo Iglesias forme parte de la Comisión Delegada del CNI, el pleno del TC lo ha admitido a trámite por unanimidad el 6 de mayo de 2020.

⁴³ BOE, n. 86, de 28 de marzo.

relieve la necesidad de arbitrar nuevas medidas e instrumentos que contribuyan a paliar los efectos de esta crisis sanitaria sobre las personas trabajadoras de nuestro país. El artículo 2 de este Real Decreto- Ley de manera expresa limita la posibilidad de despedir o extinguir los contratos de trabajo por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, señalando a este respecto que las mismas «no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido». Asimismo, su Disposición Adicional Primera establece que al terminar el periodo de vigencia de las medidas extraordinarias, la empresa deberá mantener el empleo de manera que no podrán producirse extinciones salvo aquellas que resulten ajenas a la voluntad del empresario o que se puedan resolverse válida y lícitamente por la concurrencia de las causas previstas en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. Esta norma ha sido más que cuestionable por cuanto afecta a la libertad de empresa. Coarta o limita al empresario a organizar su empresa. Téngase en cuenta que la mayor parte de empresas de nuestro país son PYMES⁴⁴.

- Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19⁴⁵.

Dado que desde el 14 de marzo la mayoría de los desplazamientos que se producen en nuestro país, tienen como causa la actividad laboral y profesional se hace necesario adoptar una medida en el ámbito laboral, que permita articular la limitación de movimientos y reducirla hasta los niveles mínimos. Se trata de regular un permiso retribuido recuperable para personal laboral por cuenta ajena. Tiene carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos), para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollan las actividades no esenciales calificadas como tal en el anexo de este Real Decreto. Se exceptúan de su aplicación las personas trabajadoras que tengan su contrato suspendido durante el período indicado y aquellas que puedan continuar prestando servicios a distancia mediante el teletrabajo.

- Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo⁴⁶.

⁴⁴ De media, una empresa en España tiene 4,7 trabajadores, una cantidad algo superior a los 4 de Italia, pero que queda por debajo de los 5,7 de Francia, los 11 de Reino Unido y los 11,7 de Alemania. Una muestra que disminuye la productividad y la resiliencia de las empresas ante embestidas económicas como la actual, (https://www.abc.es/economia/abci-pequeno-tamano-empresas-deja-espana-mas-expuesta-crisis-202004200138_noticia.html).

⁴⁵ BOE, n. 87, de 29-03-2020.

El objetivo es facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y que permitirán atender de manera paulatina a la oferta y demanda de productos y servicios de las empresas, en la medida en la que la actividad y estructura de personal lo permitan. Asimismo, lo anterior permite garantizar una mejor gestión del tiempo de trabajo, reduciendo los tiempos de exposición, de conformidad con la información actualizada por parte de las autoridades públicas sobre la prevalencia del Covid-19.

4. Consideraciones finales

El único precedente existente en nuestra democracia sobre la declaración del estado de alarma fue el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo⁴⁷, que fue recurrido en amparo por 327 controladores aéreos. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 83/2016, de 28 de abril de 2016, sostuvo que las personas que considerasen lesionados sus derechos fundamentales por las medidas contenidas en el Real Decreto podrían acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional una vez agotada la vía jurisdiccional. La referida STC 83/2016, de 28 de abril (Fundamento Jurídico Octavo) afirma que «la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio». Actualmente una de las grandes dicotomías planteadas por la doctrina ha sido si con la declaración de Estado de Alarma de 14 de marzo se han suspendido o limitado derechos: las medidas adoptadas para el confinamiento suponen una suspensión o una restricción al ejercicio de los derechos fundamentales?

Después de tanto daño que esta pandemia ha realizado a nivel sanitario, sobre todo, pero también a nivel económico y social creemos inútil ahondar en una dicotomía puramente doctrinal: suspensión/ limitación. Lo que nos parece claro es que el estado de alarma está previsto constitucionalmente para adopción de medidas consecuencia de una pandemia como la presente. Creemos también que es correcto que todas las autoridades, todas las administraciones se sometan a la autoridad competente (el Gobierno de España) a fin de dar una respuesta única o similar en

⁴⁶ BOE, n. 134, de 13-05-2020.

⁴⁷ BOE, n. 295, de 4 de diciembre de 2010.

todo el territorio español. Ahora bien, determinadas medidas adoptadas han sobrepasado – a nuestro modo de ver- los límites constitucionales y legislativos (Ley Orgánica 4/1981) del estado de alarma. Bien por ser excesivas, bien por limitar derechos que no deberían haberse visto afectados (pongamos como ejemplo la libertad religiosa o libertad de empresa). No discutimos que el confinamiento era una medida necesaria. No lo ponemos en duda, no obstante, quizás ha habido un exceso de celo adoptando uno de los confinamientos más estrictos a nivel europeo. Es coherente con el estado de alarma? Estas preguntas deberá contestarlas el Tribunal Constitucional⁴⁸.

Otra de las críticas es la falta de control que se ha hecho al Gobierno por parte del Parlamento desde la semana del 10 de marzo hasta la del 15 de abril dado que la actividad se redujo al mínimo, celebrándose solamente los Plenos para la prórroga el Estado de Alarma y la convalidación de Decretos Leyes, y las comparecencias del ministro en la Comisión de Sanidad. Efectivamente si hay un momento en que el control del gobierno era imprescindible es precisamente éste. Sin embargo, el 10 de marzo, incluso antes de la declaración del Estado de Alarma, la Presidenta del Congreso anunció que se “aplazaba” la actividad parlamentaria y desconvocó el Pleno previsto para esa semana. El día 12 amplió dicho aplazamiento dos semanas más. El 19 de marzo, la Mesa del Congreso, a propuesta de su Presidenta, acordó la suspensión, desde ese día, del «cómputo de los plazos reglamentarios que afectan a las iniciativas que se encuentren en tramitación en la Cámara hasta que la Mesa levantara la suspensión» (BOCG, 20 de marzo de 2020). Efectivamente había restricciones de movilidad y el Reglamento del Congreso no tiene previsto en su articulado la celebración de sesiones telemáticas, pero también es cierto que la ciudadanía ha tenido en pocos días que adaptarse a las circunstancias propias del momento fomentando el teletrabajo y las reuniones virtuales, un esfuerzo similar era también esperable para nuestros representantes políticos.

Para concluir, otro gran interrogante es si uso estados excepcionales es el único posible para hacer frente a la pandemia creada por la Covid-19. Si no es la única opción para limitar derechos fundamentales, por un lado, y por otro, para la implantación de restricciones a derechos de forma homogénea en todo el territorio nacional. Sería posible contar con un marco legal que pueda crear seguridad jurídica sin alterar la distribución de competencias entre el Estados y las Comunidades

⁴⁸ El Decreto de Estado de Alarma ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad presentado por 52 diputados de Vox. El Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad ha admitido a trámite dicho recurso el 6 de mayo de 2020.

*Limitación versus suspensión de derechos en el estado de alarma consecuencia de la Covid-19:
el caso español*

Autónomas y que, al mismo tiempo, sea eficaz para la adopción de medidas necesaria frente a la crisis sanitaria? Creemos que si la situación pandémica se prolonga en el tiempo habrá que pensar en medidas que proporcionen, en medio del caos sanitario, al menos seguridad jurídica, evitando la declaración de estado de alarma.

MARÍA JOSÉ CARAZO LIÉBANA
Universidad de Jaén

LA POSSIBILE SOSPENSIONE DEI TRATTATI UE
IN CONSEGUENZA DELL'INADEMPIMENTO DELLE ALTRE PARTI CONTRAENTI E
L'INUTILIZZABILITÀ DEL MES PER FAR FRONTE ALLA PANDEMIA DA COVID-19

1. Introduzione - 2. La possibile risposta efficace alla crisi in ambito europeo - 3. I Trattati istitutivi e le fonti di secondo grado dell'ordinamento internazionale - 4. L'inadempimento ai Trattati e la possibile applicazione dell'art. 60 della Convenzione di Vienna -5. L'accordo sul MES e la clausola *rebus sic stantibus*

1. Introduzione

Sin dagli inizi del 2020, dapprima la sola Repubblica Popolare Cinese e, in seguito, l'intera Comunità internazionale, hanno dovuto fronteggiare la gravissima emergenza sanitaria determinata dal diffondersi del Covid-19 che ben presto l'Organizzazione mondiale della sanità (in seguito WHO) non avrebbe esitato a definire come Pandemia¹.

Si trattava, come illustrato nella presa di posizione del WHO dell'11 marzo 2020, di un evento inaspettato e assolutamente grave, le cui conseguenze, in mancanza di un'efficace risposta degli Stati, si sarebbero riverberate immediatamente sul diritto alla vita di alcune centinaia di migliaia di esseri umani e, in seguito, sulle condizioni che inevitabilmente affliggeranno, sotto molteplici profili (sociali, economici e finanziari), quella dei sopravvissuti².

¹ Cfr. dichiarazione del Direttore generale dell'Oms, Tedros Adhanom Ghebreyesus, nella conferenza stampa dell'11 marzo 2020 sul Covid-19 nella quale è dato leggere: «In the past two weeks, the number of cases of Covid-19 outside China has increased 13-fold, and the number of affected countries has tripled. There are now more than 118,000 cases in 114 countries, and 4,291 people have lost their lives. Thousands more are fighting for their lives in hospitals. In the days and weeks ahead, we expect to see the number of cases, the number of deaths, and the number of affected countries climb even higher. WHO has been assessing this outbreak around the clock and we are deeply concerned both by the alarming levels of spread and severity, and by the alarming levels of inaction. We have therefore made the assessment that Covid-19 can be characterized as a pandemic. Pandemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death. Describing the situation as a pandemic does not change WHO's assessment of the threat posed by this virus. It doesn't change what WHO is doing, and it doesn't change what countries should do. We have never before seen a pandemic sparked by a coronavirus. This is the first pandemic caused by a coronavirus. And we have never before seen a pandemic that can be controlled, at the same time. WHO has been in full response mode since we were notified of the first cases. And we have called every day for countries to take urgent and aggressive action. We have rung the alarm bell loud and clear!».

² Al momento della redazione del presente lavoro solo in Italia si contano oltre venticinquemila decessi.

Nella citata dichiarazione il Direttore Generale del WHO, dopo aver ringraziato pubblicamente Iran, Italia e Repubblica di Corea per le misure adottate per rallentare il virus e controllare l'epidemia, aveva anche indicato ai Paesi già interessati – oltre a quelli che di lì a breve lo sarebbero inesorabilmente stati – l'elenco delle azioni per contenere i danni; attività che per semplicità possono qui riassumersi come segue: «Find, isolate, test and treat every case and trace every contact; Ready your hospitals and protect and train your health workers».

È innegabile che, al fine di predisporre le misure ritenute idonee a contenere il contagio, gli Stati sono stati e saranno ancora sottoposti ad ingenti spese volte ad accrescere le risorse dei rispettivi sistemi sanitari impegnati e a erogare servizi, in alcuni casi, oltre cento volte superiori rispetto a quelli dei periodi “ordinari”³. Di tanto è a conoscenza il WHO che ha chiesto a tutti i Governi di prendere decisioni politiche forti, in alcuni casi addirittura impopolari, per tutelare la salute dei propri cittadini.

Naturalmente il maggior sforzo in campo sanitario rappresenta solo una minima parte del problema in quanto i *lockdown*, già proclamati e in buona parte conclusi in quasi tutti gli Stati coinvolti dal contagio, hanno di fatto paralizzato le economie nazionali, con danni che sono tutti ancora da calcolare sia in relazione al drastico calo del PIL mondiale per l'anno in corso, sia al tempo di effettiva ripresa a condizioni equivalenti a quelle *ante* pandemia⁴.

2. La possibile risposta efficace alla crisi in ambito europeo

Orbene, nello scenario in questa sede solo sommariamente delineato, appare di tutta evidenza come gli Stati membri dell'UE si sono trovati a dover fare i conti con le regole da essi stessi tracciate al fine di consentire una stabile convivenza comune nel sistema comunitario o euro unitario⁵.

³ A titolo esemplificativo e non esaustivo basti pensare ai due ospedali costruiti nella Provincia di Wuhan in Cina e anche alle riconversioni forzate di numerosi nosocomi italiani al fine di destinarli alla degenza dei malati di Covid-19 o alla tanto richiesta terapia intensiva e subintensiva.

⁴ L'ultima previsione in ordine cronologico è quella resa da *Standard & Poor's* il 24 aprile 2020, che prevede una contrazione del PIL italiano pari al 9,9%. In ogni caso l'ultimo *out look* del Fondo monetario internazionale prevede un calo medio nell'area euro del 7,1%.

⁵ Cfr. comunicazione della Commissione del 13.03.2020 Risposta economica coordinata all'emergenza Covid-19, COM (2020) 112 final, e in particolare gli allegati 1 e 2, ove sono espresse le stime sull'impatto economico della crisi

Senza voler entrare in questioni di carattere meramente politico, estranee agli scopi della presente trattazione, appaiono più che rilevanti le ben note tensioni, scatenatesi all'esito dell'insorgenza dell'emergenza sanitaria, tra i Paesi facenti parte del "fronte" o "blocco del nord"⁶ e quelli del meridione di Europa⁷, in ordine alle risposte che l'Unione dovrebbe o avrebbe già dovuto dare alle esigenze degli Stati più colpiti dal contagio da Covid-19⁸.

Nonostante, però, le soluzioni immaginate siano sensibilmente diverse tra le due opposte fazioni, nessuno dubita del fatto che l'UE debba, in termini stringenti, provvedere a mettere in campo misure eccezionali per contrastare gli effetti economico-sociali della crisi⁹; e che anzi, le medesime rappresenterebbero addirittura un banco di prova per la sopravvivenza stessa dell'organizzazione internazionale, almeno nella forma in cui siamo stati abituati a conoscerla dall'inizio del nuovo millennio¹⁰.

La considerazione in base alla quale le misure necessarie avranno gli effetti sperati solo se prese a livello comunitario discende dal fatto che, sin dal Trattato di Maastricht, le Alte Parti Contraenti hanno progressivamente collegato le proprie economie al fine di costituire «un'Unione economica e monetaria che comporti, in conformità delle disposizioni del presente trattato, una moneta unica e stabile»¹¹.

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:91687006-6524-11ea-b735-01aa75ed71a1.0015.02/DOC_2&format=PDF.

⁶ Sin dalle fasi iniziali della crisi epidemica sono apparsi contrari a soluzioni di condivisione del debito, anche solo relativo a strumenti *ad hoc* per fronteggiarla, Germania, Olanda e Austria.

⁷ Accanto alle richieste iniziali, principalmente avanzate da Italia e Spagna, sembra essersi schierata anche la Francia, rompendo dopo diversi anni l'asse che ha governato lungamente i processi decisionali europei.

⁸ A data 24 aprile 2020 i trentamila casi di contagio sono stati superati in Olanda e Belgio mentre in Francia Germania, Spagna e Italia sono oltre 150.000.

⁹ Cfr. Comunicazione della commissione - Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19 in GUCE del 20.03.2020, C 91 I, p. 1.

¹⁰ Cfr. Lettera di alcuni Premier europei al Presidente del Consiglio europeo Charles Michel del 25 marzo 2020 che si conclude con la seguente espressione: «If we want to tomorrow's Europe to live up to the aspirations of its past, we must act today, and prepare our common future. Let us open this debate now and move forward, without hesitation».

¹¹ Cfr. art. G. del Trattato di Maastricht (in GUCE N. C191/2 del 29.7.92) che sostituisce l'originario art. 2 del Trattato CEE con il seguente: «La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri».

Dopo una prima fase caratterizzata dal cd. metodo comunitario¹², il disegno è stato, poi, completato dopo circa 20 anni con il Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'unione economica e monetaria¹³, comunemente conosciuto come *Fiscal Compact* (in seguito: T/SCG)¹⁴.

Tuttavia, com'è dato comprendere anche da una superficiale lettura del complesso sistema implementato, tutte le misure volte al controllo delle finanze pubbliche degli Stati devono essere interpretate alla luce dell'oggetto e dello scopo dei Trattati istitutivi e, pertanto, devono servire a sostenere «il conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale»¹⁵.

Pur con l'auspicio che le posizioni politiche espresse nei giorni della crisi possano, *re melius perpensa*, subire delle significative “deviazioni” verso una maggiore apertura ad agire con fermezza per sostenere le economie nazionali dei Paesi europei fortemente danneggiati dallo *status quo*, il Consiglio europeo del 26 marzo 2020 non ha prodotto alcun risultato¹⁶, mentre il successivo del 23

Una disposizione pressoché analoga è oggi contenuta nell'art. 3 del TUE (ultima versione consolidata in GUUE C 202/18 del 7.6.2016).

¹² Tale fase è stata caratterizzata dall'emanazione di molteplici atti di diritto derivato quali: il Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio della zona euro, il Regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro, il Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, il Regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, il Regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi e la Direttiva 2011/85/UE del consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

¹³ Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria del 2 marzo 2012, non pubblicato in Gazzetta Ufficiale, non sottoscritto da Regno Unito, Croazia e Repubblica Ceca e entrato in vigore il 1° gennaio 2013, ratificato dall'Italia con la legge 23 luglio 2012, n. 114.

¹⁴ In realtà l'art. 16 del trattato prevedeva, dopo una prima fase di attuazione l'abbandono del metodo intergovernativo in favore di quello comunitario precisando che: «Al più tardi entro cinque anni dalla data di entrata in vigore del presente trattato, sulla base di una valutazione dell'esperienza maturata in sede di attuazione, sono adottate in conformità del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea le misure necessarie per incorporare il contenuto del presente trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea».

¹⁵ Cfr. art. 1 del Trattato sulla stabilità, cit., in base al quale: «Con il presente trattato le parti contraenti, in qualità di Stati membri dell'Unione europea, convengono di rafforzare il pilastro economico dell'unione economica e monetaria adottando una serie di regole intese a rinsaldare la disciplina di bilancio attraverso un patto di bilancio, a potenziare il coordinamento delle loro politiche economiche e a migliorare la *governance* della zona euro, sostenendo in tal modo il conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale».

¹⁶ Nella sezione “Affrontare le conseguenze socioeconomiche”, il Consiglio si è reso assolutamente inerte approfondendosi dell'elaborazione di nove punti programmatici, esorativi e/o autoreferenziali che non hanno alcun impatto

aprile ha di fatto delegato alla commissione un'analisi delle necessità e la predisposizione di una proposta di *recovery fund*, sul quale il voto finale appare tutt'altro che scontato¹⁷.

Resta, allora, da verificare se e in che misura il rilevante assetto pattizio, sopra richiamato, possa considerarsi ancora pienamente applicabile nonché la sussistenza, in capo a ciascuno Stato membro, del diritto a imporre significative deroghe in considerazione delle mutate circostanze di fatto.

3. I Trattati istitutivi e le fonti di secondo grado dell'ordinamento internazionale

Nonostante parte della dottrina¹⁸, anche sulla base della giurisprudenza comunitaria¹⁹, abbia da sempre sostenuto che l'impalcatura istituzionale dell'UE avrebbe dato vita ad un sistema spurio rispetto alle tradizionali forme di aggregazione tra Stati contemplate dal diritto internazionale (organizzazioni internazionali e confederazioni), non sembra potersi dubitare del fatto che i Trattati istitutivi e loro successive modificazioni soggiacciono integralmente alle regole dettate dal diritto internazionale²⁰, e segnatamente a quelle di carattere generale in ordine alle conseguenze scaturenti dall'inadempimento di obblighi di natura pattizia²¹, così come codificate dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 1969 (in seguito: CVT)²².

nella soluzione della crisi. I punti da 12 a 20 sono rinvenibili nel testo tradotto in italiano al seguente link: <https://www.consilium.europa.eu/media/43089/26-vc-euco-statement-it.pdf>.

¹⁷ Cfr. Conclusioni del presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020 al link: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020/>.

¹⁸ Si veda per tutti in termini tutt'altro che negativi R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019, p. 110.

¹⁹ Cfr. sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, nel caso *Van Gend en Loos*, causa 26/62 nella quale si espresse il noto principio in base al quale «In considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini».

²⁰ Sul punto si rinvia integralmente a U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, n. 2, p. 234 e ID, *Il diritto dell'Unione europea è ancora materia per internazionalisti?*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, pp. 553 ss.

²¹ Un'ampia ricostruzione delle norme internazionali in materia è stata fornita dalla Commissione di Diritto internazionale della Nazioni Unite nel *Progetto sulla responsabilità degli Stati*, 2001, *ILC report on 53^a Session*, UN. Doc. A/56/10.

²² Cfr. artt. da 54 a 64 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 1969.

Al riguardo va evidenziato come una parte la dottrina, espressasi agli inizi del secolo, pur allineandosi alla generale tesi secondo cui il sistema europeo andrebbe considerato un *tertium genus*, abbia sostenuto, però, che una svolta significativa rispetto alla configurabilità dei Trattati quale vera e propria fonte primaria e autonoma dell'ordinamento UE sarebbe stata suggellata dalla ratifica del Trattato che adotta (*rectius*: avrebbe adottato) una Costituzione per l'Europa, notoriamente mai avvenuta²³. Al contrario, contestualmente al definitivo abbandono del progetto, il Trattato di Lisbona del 2007²⁴, nel revisionare il Trattato sull'Unione europea (in seguito: il TUE), ha inserito l'art. 50, recante la ben nota procedura di recesso.

Una tale novella, nonostante sia stata persino definita come una “procedura di secessione”²⁵ al fine di valorizzare la natura costituzionale dei Trattati europei, altro non è che il recepimento a livello comunitario della comune causa d'inefficacia degli accordi internazionali di cui all'art. 54 CVT, dedicato all'estinzione di un trattato o al recesso da esso in virtù delle sue disposizioni o per consenso delle parti. Il che sembrerebbe ben attestare come, il sistema normativo europeo, seppure con le sue specificità e peculiarità, debba essere ricondotto nel ben definito alveo delle fonti di diritto internazionale (di natura pattizia), a conferma che l'intero ordinamento UE riposa, in ultima analisi,

²³ In questo senso vedi R. ADAM, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 108.

²⁴ In realtà la norma sull'*exit* era stata formulata per la prima volta proprio nel trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, come bilanciamento rispetto alla spinta eurounitaria.

²⁵ Per una breve bibliografia cfr. M. PUGLIA, *Art. 50 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014 pp. 339 ss.; F. SAVASTANO, *Prime osservazione sul diritto di recedere dall'Unione Europea*, in *Federalismi*, 2015, pp. 7-10; M.E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall'unione europea: una tensione mai sopita tra spinte “costituzionaliste” e resistenze “internazionaliste”* (*The discipline of the EU exit mechanism: a neverdormand tension between “constitutional” pressures and “international” resistances*), in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 2, p. 12; C. CLOSA, *Secession from a Member State and EU Membership: The View from the Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, pp. 3-4; C. CURTI GIALDINO, *Oltre la “Brexit”: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 13, p. 30; A. MIGLIO, *“Brexit” e il dilemma del prigioniero: sulla revocabilità della notifica del recesso prevista dall'art. 50 TUE*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 18, p. 14; F. BUONOMENNA, *Teorie a confronto ex articolo 50 TUE: “pre” e “post” “Brexit”*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2017, fasc. 57, pp. 28-48; L. DANIELE, *Brevi note sull'accordo di recesso dall'Unione europea ai sensi dell'art. 50 TUE (Short reflections on the withdrawal agreement from the European Union under Article 50 TEU)*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, fasc. 2, pp. 391-405.

sulla perdurante volontà degli Stati di mantenere in vita la relativa organizzazione²⁶, in forza del principio *pacta sunt servanda* sancito dall'art. 26 CVT²⁷.

Risulta, allora, evidente come, alla luce di quanto appena rilevato, le manifestazioni di volontà degli Stati dell'UE espresse a Lisbona, confermino, ove mai ce ne fosse bisogno²⁸, l'ovvia possibilità di applicare ai Trattati europei l'intera Parte V, Sezione III della CVT dedicata all'inefficacia degli accordi internazionali.

A questo punto, preliminarmente s'impone, una corretta analisi dell'oggetto e dello scopo del TUE e del T/SCG, come espressamente indicati nelle rispettive norme introduttive, al fine di verificare se la prassi dei membri e delle Istituzioni possa considerarsi conforme e precipuamente orientata al loro raggiungimento. In caso contrario, come appare evidente, gli Stati che si ritenessero danneggiati potrebbero far valere le norme internazionali in materia di sospensione dei trattati, quale legittima forma di reazione all'altrui inadempimento.

Ebbene, sin dal preambolo e dai primi articoli, il TUE e il T/SCG precisano gli scopi che le parti si sono prefissate all'atto della loro ratifica.

Seppure da una sommaria analisi, è possibile rilevare che l'art. 2 del TUE considera, quale fondamento dell'Unione, il rispetto della dignità umana mentre il successivo art. 3, eleva a scopo primario dell'organizzazione il benessere dei suoi popoli, la piena occupazione e il progresso sociale, rispetto ai quali la crescita sostenibile e l'economia sociale di mercato fortemente competitiva sono considerati strumenti imprescindibili per conseguirlo. Entrambe le norme annoverano lo spirito di

²⁶ In precedenza il TCE prevedeva, infatti, solo una clausola di revisione di talché sembrava esclusa la possibilità di porre fine all'esperienza europea senza che lo Stato uscente fosse considerato inadempiente agli obblighi pattizi, fatto salvo ovviamente l'ipotesi di un *contrarius actus* adottato da tutti gli Stati parte.

²⁷ Cfr. art. 26 CVT rubricato *Pacta sunt servanda*: ogni trattato in vigore vincola le parti e queste devono eseguirlo in buona fede.

²⁸ In realtà, seppure con specifico riguardo all'utilizzo delle norme internazionali come parametro di legittimità dell'operato delle Istituzioni, la stessa Corte aveva implicitamente ammesso il rapporto gerarchico tra queste e il diritto comunitario sin dalla sentenza del 12.12.1972 *International Fruit Company NV* in cause riunite da 21 a 24-72. Si veda in particolare il par. 7/9 nel quale si precisa «affinché la validità di un atto comunitario possa risultare inficiata da una sua incompatibilità con una norma di diritto internazionale, occorre in primo luogo che questa norma sia vincolante per la Comunità». Naturalmente, qualora la norma in questione abbia natura consuetudinaria, le Istituzioni sono obbligate al suo rispetto come chiarito dalla stessa Corte nella successiva sentenza del 24.11.1992 *Poulsen e Diva Navigation* in causa C-286/90. In tale sentenza, al par. 9, i Giudici di Lussemburgo precisano, infatti «in primo luogo, si deve premettere che le competenze della Comunità devono venir esercitate nel rispetto del diritto internazionale». Il principio viene definitivamente confermato nella sentenza della Corte del 16.06.1998 *Racke GmbH & Co. c/ Hauptzollamt Mainz Ne*, in causa C-162/96, per la cui analisi si rinvia al successivo par. 5.

solidarietà quale elemento irrinunciabile del processo di integrazione. A tale quadro fa, poi, da *pendant* l'art. 4 allorquando precisa che l'organizzazione «rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale» (par. 2) e ancora «in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» (par. 3).

A tanto deve aggiungersi che l'effettiva equiparazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000²⁹ ai Trattati, ha elevato a rango cd. “costituzionale” europeo anche l'art. 35 della stessa che delimita il campo delle azioni UE, precisando che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana.

Tali principi devono, infine, ritenersi recepiti nel T/SCG che, se per un verso dichiara di voler rafforzare il pilastro economico dell'unione economica e monetaria, sostenendo gli obiettivi in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale³⁰, dall'altro precisa che la sua applicazione sarà possibile nella misura in cui è compatibile con i Trattati e con il diritto dell'Unione europea³¹.

Concepita in questi termini, appare più che evidente come l'intenzione degli Autori dei richiamati strumenti pattizi fosse quella di dar vita a un sistema comune in grado di garantire un rinnovato benessere per i cittadini del vecchio continente attraverso l'implementazione di misure, tra le quali il mercato unico e successivamente la moneta unica, volte a garantire standard di vita elevati nonché la più ampia difesa dei diritti umani, la piena occupazione, il progresso sociale e la tutela della salute umana.

²⁹ Cfr. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, versione adattata all'esito dell'entrata in Vigore del Trattato di Lisbona, in GUCE C 326 del 26.10.2012, pp. 391-407, Art. 35: «Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

³⁰ Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria del 2 marzo 2012, art. 1, comma 1.

³¹ *Ibid.*, art. 2 comma 2.

4. L'inadempimento ai Trattati e la possibile applicazione dell'art. 60 della Convenzione di Vienna

Come chiarito fin dalla prime battute della presente indagine, i cittadini europei si sono trovati a dover far fronte a un'emergenza sanitaria senza precedenti, causa per ora di oltre 140.000 decessi nel vecchio continente (dei quali oltre due terzi in Italia, Spagna, Francia e Regno Unito) e dalla quale certamente discenderà una grave crisi economica, imprescindibile se solo si tiene conto dell'aumento delle spese sanitarie e dei *lockdown*, già proclamati nei principali paesi dell'Unione, che non hanno consentito lo svolgimento di alcuna attività economica per un notevole lasso di tempo.

In una siffatta condizione, al fine di porre i popoli al riparo da conseguenze ancor più gravi, in virtù del principio di solidarietà e nel pieno rispetto degli obiettivi fissati dai Trattati, l'UE avrebbe potuto e/o dovuto portare a termine, in tempi adeguati alle necessità, le procedure di cui ai par. 1 e 2 all'art. 122 TFUE³².

La prima delle due citate norme in materia di politica economica dà facoltà alla Commissione di proporre al Consiglio di adottare misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti in uno Stato membro; la seconda, con la stessa procedura, autorizza l'Istituzione a concedere assistenza finanziaria allo Stato membro che si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo. Pur convenendo sul fatto che la formulazione letterale della norma non sembrerebbe imporre alcuno specifico obbligo a carico delle Istituzioni, una corretta interpretazione sistematica e teleologica suggerisce di valutare le facoltà concesse alla luce dello spirito di solidarietà, da questa espressamente evocato, e del principio di leale cooperazione tra Stati e Istituzioni³³, che impone a ciascuno di non porre in essere attività tali da

³² Cfr. articolo 122 TFUE (già 100 del TCE): «1. Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia. 2. Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa».

³³ Come è noto il principio è sancito dall'13 del TUE secondo cui: «1. L'Unione dispone di un quadro istituzionale che mira a promuoverne i valori, perseguirne gli obiettivi, servire i suoi interessi, quelli dei suoi cittadini e quelli degli Stati membri, garantire la coerenza, l'efficacia e la continuità delle sue politiche e delle sue azioni. Le istituzioni dell'Unione sono: il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione europea (in

limitare l'effettività del diritto dell'UE, fissando peraltro il dovere di contribuire alla piena realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

Non meno rilevante appare, poi, la collocazione della norma all'interno della Politica economica che, ai successivi articoli, prescrive una sequela di limiti e divieti. In una visione prospettica sembra, allora, che le specifiche attribuzioni in materia di assistenza finanziaria si pongano, in una situazione caratterizzata dalla necessità, come un'esplicita deroga alle suddette limitazioni, prescrivendo alle Istituzioni, una volta che se ne verificano le condizioni presupposte, di prendere posizione sulle azioni da metter in campo³⁴.

Tanto chiarito, appare di tutta evidenza come l'Italia sia stata interessata dalla metà di febbraio 2020 da una carenza significativa di presidi sanitari utili e necessari a contenere l'epidemia da Covid-19. In quelle condizioni la Commissione avrebbe potuto attivare la procedura di cui all'art. 122, par. 1 TFUE. Nulla di tanto è stato fatto per tempo, tant'è che il Governo italiano ha dovuto reperire il materiale necessario sul piano internazionale acquistandolo o ricevendolo a titolo di aiuti³⁵. Invero, la Commissione, con notevole ritardo, solo in data 2 aprile 2020, ha presentato la proposta di regolamento, poi adottato il 15 aprile³⁶, per attivare il sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) 2016/369.

A parte la situazione emergenziale in materia di approvvigionamento sanitario, in ogni caso Italia, Spagna e Francia risultano comunque essere le nazioni maggiormente colpite da quella che

appresso "Commissione"), la Corte di giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea, la Corte dei conti. 2. Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione».

³⁴ Cfr. sentenza CGUE del 10 dicembre 2018 *Wightman c. Secretary of State* in causa C-621/18, punto 45 secondo cui «a tale proposito, si deve ricordare che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, quando si interpreta una disposizione del diritto dell'Unione occorre tenere conto non soltanto della formulazione di quest'ultima e degli obiettivi da essa perseguiti, ma anche del suo contesto e dell'insieme delle disposizioni del diritto dell'Unione. Anche la genesi di una disposizione del diritto dell'Unione può fornire elementi pertinenti per la sua interpretazione (cfr., in tal senso, sentenza del 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, punto 135; sentenze del 3 ottobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e a c. Parlamento e Consiglio*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, punto 50 e giurisprudenza citata, e del 17 marzo 2016, *Parlamento/Commissione*, C-286/14, EU:C:2016:183, punto 43)».

³⁵ Tanto appare confermato dalle scuse rese dal Presidente della Commissione Ursula von der Leyen nel discorso al Parlamento europeo, riunito in sessione plenaria, in data 16.04.2020, sull'azione coordinata dell'UE per combattere la pandemia di coronavirus e le sue conseguenze, rinvenibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/speech_20_675.

³⁶ Regolamento (UE) 2020/521 del Consiglio del 14 aprile 2020 che attiva il sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) 2016/369 e che ne modifica disposizioni in considerazione dell'epidemia di Covid-19, in GUCE L 117 del 15.4.2020, pp. 3-8.

appare una calamità senza precedenti. Pur tuttavia il Consiglio non è stato in grado di adottare alcuna misura significativa e ciò nonostante la Commissione, con la comunicazione 112/2020, aveva già dettato le linee guida per una risposta economica coordinata all'emergenza Covid-19³⁷.

Nella citata comunicazione, la stessa Commissione aveva richiesto al Consiglio di pronunciarsi sull'attivazione della clausola di salvaguardia contenuta nel T/SCG³⁸, su una serie di misure compatibili con l'art. 107 TFUE e, infine, aveva avviato sei procedure legislative³⁹ in risposta alla pandemia di Covid-19 volte, in buona sostanza, a un allargamento delle maglie dei fondi strutturali e di investimento europei già esistenti e all'implementazione di uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE). Ad oggi, pur risultando non completata solo tale ultima procedura, l'impatto effettivo delle azioni poste in essere non è in alcun modo percepibile all'interno delle economie domestiche, fatto salvo il temporaneo superamento del ben noto limite degli aiuti di stato, con ciò consentendo che ciascun membro possa almeno unilateralmente fronteggiare la grave situazione di crisi così determinatasi.

Chiarito questo quadro istituzionale, però, occorre debitamente sottolineare come, la pure legittima posizione dal punto di vista procedurale di alcuni Stati in seno al Consiglio – volta a

³⁷ Cfr. COM/2020/112 final.

³⁸ Cfr. art. 3 lett. c) del T/SCG in base al quale le parti contraenti possono deviare temporaneamente dal loro rispettivo obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo solo in circostanze eccezionali, come definito al paragrafo 3, lettera b). Ai fini della citata disposizione s'intendono "circostanze eccezionali" eventi inconsueti non soggetti al controllo della parte contraente interessata che abbiano rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure periodi di grave recessione economica ai sensi del patto di stabilità e crescita rivisto, purché la deviazione temporanea della parte contraente interessata non comprometta la sostenibilità del bilancio a medio termine.

³⁹ In virtù delle citate procedure sono stati adottati i seguenti regolamenti: Regolamento (UE) 2020/460 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020 che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013 e (UE) n. 508/2014 per quanto riguarda misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di Covid-19 (Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus), in GUCE L 99 del 31.3.2020, pp. 5-8; Regolamento (UE) 2020/521 del Consiglio del 14 aprile 2020 che attiva il sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) 2016/369 e che ne modifica disposizioni in considerazione dell'epidemia di Covid-19, in GUCE L 117 del 15.4.2020, pp. 3-8; Regolamento (UE) 2020/558 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013 e (UE) n. 1303/2013 per quanto riguarda misure specifiche volte a fornire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta all'epidemia di Covid-19, in GUCE L 130 del 24.4.2020, pp. 1-6; Regolamento (UE) 2020/559 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che modifica il regolamento (UE) n. 223/2014 per quanto riguarda l'introduzione di misure specifiche volte ad affrontare l'epidemia di Covid-19, in GUCE L 130 del 24.4.2020, pp. 7-10 e il Regolamento (UE) 2020/560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2020 che modifica i regolamenti (UE) n. 508/2014 e (UE) n. 1379/2013 per quanto riguarda misure specifiche per attenuare l'impatto dell'epidemia di Covid-19 nel settore della pesca e dell'acquacoltura, in GUCE L 130 del 24.4.2020, pp. 11-17.

mantenere il debito pubblico dell'eurozona a livelli ante crisi senza investire in deficit – si sostanzia di fatto in un'aperta violazione degli scopi prefissati dai Trattati in generale e, più specificamente, della clausola di solidarietà di cui all'art. 222 del TFUE, rispetto alla quale, lo si ricorda, a mente del Trattato, le Istituzioni sono deputate solo a fissare le modalità di attuazione.

La norma in questione, infatti, appare sufficientemente chiara nell'identificare i soggetti passivi dell'"obbligazione" di solidarietà allorquando precisa che nella situazione di necessità l'Unione e gli Stati membri devono agire congiuntamente al fine di prestare assistenza a uno Stato che ne abbia fatto richiesta attraverso le sue autorità politiche. Ciò nonostante la giurisprudenza comunitaria è apparsa da sempre restia a voler riconoscere l'esistenza di un principio di solidarietà economica, pur ammettendo la portata generale dell'art. 222 TFUE. Così il Tribunale, nel caso *Anagnostakis c. Commissione europea*, in maniera a dir poco apodittica, ha sostenuto che «tale clausola di solidarietà non riguarda manifestamente la politica economica e monetaria, né la situazione economica o le difficoltà di bilancio degli Stati membri». Una tale oscura affermazione è stata, però, contraddetta dalla stessa Istituzione, nella sentenza resa sul caso *Polonia c. Commissione*, nella quale si discuteva del principio di solidarietà energetica. Ebbene, nell'*obiter dictum* di cui ai parr. 69 e 70, i giudici di Lussemburgo ricostruiscono le disposizioni in materia come espressione del principio generale contenuto nella clausola di chiusura all'art. 222 TFUE⁴⁰, cosicché un'eventuale esclusione della politica monetaria dal suo campo di applicazione, affermata nella prima delle due sentenze appena citate, avrebbe dovuto essere espressamente stabilita dal Trattato. In assenza di una specifica previsione in tal senso, non v'è dubbio che il principio debba ritenersi applicabile anche all'assistenza finanziaria, il cui fondamento giuridico va ricercato proprio nell'art. 122 TFUE.

In un simile contesto, appare indiscutibile che i continui appelli da parte del Presidente del Consiglio italiano alla reciproca assistenza, dovuta alla situazione necessitata in cui si trova il nostro

⁴⁰ Cfr. sentenza del Tribunale del 10 settembre 2019 *Polonia c. Commissione*, in causa T-883/16, parr. 69 e 70, nella quale la Corte precisa che il principio di solidarietà energetica è «espressione specifica, in tale settore, del principio generale di solidarietà tra gli Stati membri, menzionato, in particolare, all'articolo 2 TUE, all'articolo 3, paragrafo 3, TUE e all'articolo 24, paragrafi 2 e 3, TUE, nonché all'articolo 122, paragrafo 1, TFUE e all'articolo 222 TFUE. Tale principio è alla base di tutto il sistema dell'Unione, conformemente all'impegno stabilito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE [...] Quanto al suo contenuto, occorre sottolineare che il principio di solidarietà comprende diritti e obblighi tanto per l'Unione quanto per gli Stati membri. Da un lato, l'Unione è vincolata da un obbligo di solidarietà nei confronti degli Stati membri e, dall'altro, gli Stati membri sono vincolati da un obbligo di solidarietà tra loro e nei confronti dell'interesse comune dell'Unione e delle politiche da essa condotte».

Paese, sono una chiara manifestazione della “richiesta” prevista dall’art. 222 del TFUE, e che la stessa non ha ricevuto la dovuta considerazione almeno sotto il profilo della capacità delle misure fin qui adottate a contrastare la crisi. Né in questo senso può dirsi minimamente sufficiente la risposta fornita dall’Eurogruppo del 9 aprile 2020, che in buona sostanza pare essersi limitato a consentire un’attivazione particolare del MES⁴¹, limitandola alla copertura delle sole maggiori spese sanitarie sopportate dagli Stati. Analoghe considerazioni sono state già proposte in precedenza con riguardo al successivo Consiglio europeo del 23 aprile 2020.

In ogni caso, la proposta caldeggiata dai Paesi del fronte del nord, in particolare Germania e Olanda, non è in alcun modo compatibile con la clausola di solidarietà imposta dal Trattato e tanto per diverse motivazioni di ordine tecnico e sistematico oltre che testuale.

In primo luogo il Meccanismo europeo di stabilità è una organizzazione internazionale istituita nel 2012, sulla base di un accordo intergovernativo⁴², dotata di ampia autonomia istituzionale, economica e decisionale rispetto all’impianto dell’UE che, in estrema semplificazione, si occupa di fornire prestiti sotto diverse forme agli Stati dell’Eurozona che si trovino in difficoltà. L’aiuto così concesso si atteggia come un fattore eteronomo rispetto all’economia dello Stato beneficiario con l’aggravante che, in base all’art. 8, par. 5, lo stesso rimane in ogni caso obbligato a contribuire al capitale autorizzato⁴³. In conseguenza, almeno per ciò che riguarda la posizione degli Stati che maggiormente contribuiscono alla formazione della dotazione finanziaria dell’organismo, la richiesta di attivazione del MES si traduce in una mera speculazione finanziaria a suo danno. Il beneficiario utilizza “risorse proprie” per finanziare un meccanismo che le restituisce sotto forma di prestito con interessi, previa firma di un accordo con la Commissione europea, volto al controllo delle politiche economiche domestiche a garanzia della restituzione.

Se appare, allora, evidente l’opportunità della predisposizione e utilizzazione di un tale strumento, nei casi in cui le politiche economiche di uno Stato rendano attuale il rischio di alterare la

⁴¹ Sentenza del Tribunale del 30 settembre 2015 *Anagnostakis c. Commissione europea*, in causa T-450/12, par. 60.

⁴² Trattato istitutivo del MES, firmato il 2 febbraio 2012 ed entrato in vigore in data 8 ottobre 2012, a seguito della ratifica dei 17 Stati membri dell’Eurozona (a cui si sono aggiunti la Lettonia, il 1° gennaio 2014, e la Lituania, il 1° gennaio 2015).

⁴³ L’Italia, dopo Germania e Francia, è il terzo contributore dell’organizzazione per una quota pari al 17,7917% e un capitale investito di € 125.395.900.000.

stabilità finanziaria della zona euro, lo stesso non può dirsi allorché sussistano situazioni di carattere eccezionale che da un lato consentono la deroga al Patto di stabilità e dall'altro dovrebbero permettere l'attivazione della clausola di solidarietà.

Va, poi, considerato, come già ampiamente chiarito, che gli Stati particolarmente colpiti dalla pandemia incontreranno ovviamente una sensibile contrazione del PIL per una durata indefinita che la stessa scienza economica non è ancora in grado di valutare⁴⁴, cosicché un prestito MES rischierebbe di non produrre alcuna significativa utilità sull'economia nazionale del beneficiario. Al contrario e come mirabilmente spiegato da un noto osservatore, appare fin troppo chiaro che l'unica risposta utile che l'Eurozona deve dare al fine di scongiurare una depressione dagli effetti devastanti e quella che *involve a significant increase in public debt*⁴⁵.

In tali condizioni, deve ritenersi che il reiterato diniego da parte di alcuni Stati europei a fornire adeguate risposte ai recenti scenari integra in pratica una violazione manifesta dello scopo dei trattati europei e della relativa clausola di solidarietà legittimando il ricorso all'art. 60 CVT⁴⁶, che nel codificare il principio *inadimplenti non est adimplendum*, detta un'articolata disciplina che varia a seconda che la violazione riguardi un trattato bilaterale o multilaterale.

Con specifico riguardo alla seconda tipologia di strumenti pattizi, in forza al par. 2 dell'art. 60 CVT – fatta salva l'ipotesi di cui alla lett. a) relativa alla sospensione per accordo di tutte le parti diversa da quella inadempiente – la Convenzione consente la sospensione dei rapporti derivanti

⁴⁴ Sul punto si rinvia integralmente alle previsioni pubblicate dal FMI al link: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>, in base alle quali vi sarà una contrazione media dell'economia mondiale del 3% che, tenuto conto delle sole economie, avanzate si attesta intorno al 7,5% per l'area euro e al 5,9% per gli USA.

⁴⁵ Cfr. M. DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilize accordingly*, in *Financial Times* del 25.03.2020, secondo cui «The challenge we face is how to act with sufficient strength and speed to prevent the recession from morphing into a prolonged depression, made deeper by a plethora of defaults leaving irreversible damage. It is already clear that the answer must involve a significant increase in public debt. The loss of income incurred by the private sector – and any debt raised to fill the gap – must eventually be absorbed, wholly or in part, on to government balance sheets. Much higher public debt levels will become a permanent feature of our economies and will be accompanied by private debt cancellation» (<https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b>).

⁴⁶ Una tale soluzione appare auspicabile se solo si tiene conto del fatto che l'Italia partecipa alle spese per sostenere l'organizzazione in una misura considerevole ed è tra i cd. "contributori netti" con un saldo negativo per lo Stato, nel settennio 2012-2018, di circa 36,3 miliardi di euro e un saldo medio di 5,2 miliardi l'anno. Sul punto si rinvia alla relazione annuale della Corte dei Conti 2019, *I rapporti finanziari con l'Unione europea e l'utilizzazione dei Fondi europei*, redatta sulla base dei dati forniti dalla Commissione Europea (www.corteconti.it/HOME/StampaMedia/ComunicatiStampa/DettaglioComunicati/Dettaglio?Id=3f3c662d-0e7d-43f0-87ae-30055bb9431a).

dall'intero trattato multilaterale a condizione che «the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty»⁴⁷.

La norma citata fissa, però, rigorose condizioni per la sua applicazione quali l'inadempimento di carattere sostanziale di un'altra parte contraente e la modifica sostanziale della posizione dello Stato istante all'interno del sistema pattizio, tenuto conto della natura del trattato.

Con riguardo alla prima, l'affermata violazione dei Trattati istitutivi derivante dalla mancata attivazione delle azioni imposte dall'art. 122, par. 1 e 2 TFUE e, più in generale, dalla clausola di solidarietà, sembrerebbe allora integrare perfettamente la condizione applicativa richiesta dalla norma.

Invero le disattese disposizioni, giova ribadirlo, corrispondono a delle precise regole diritto positivo, in ogni caso rivestendo un carattere essenziale per la realizzazione dell'oggetto e dello scopo del TUE. D'altronde, tutti gli sforzi comuni in ordine alla creazione di un'unione economica e monetaria basata su una crescita economica equilibrata, sulla stabilità dei prezzi e su un'economia di mercato fortemente competitiva, volta alla piena occupazione e al progresso sociale europeo, sarebbero evidentemente risultati vani nel caso in cui uno o più dei maggiori contributori a tale processo si trovasse "abbandonato" in una grave crisi finanziaria determinata dalla pandemia *de qua*. Non a caso le norme del Trattato, che in questa sede si assumono violate, hanno il precipuo scopo di scongiurare un tale effetto, attraverso un meccanismo di condivisione e soluzione e, in ultima analisi, di partecipazione al rischio, seppure in condizioni di carattere eccezionale e di assoluta gravità.

In ordine, poi, alla posizione dello Stato che invocasse l'applicazione dell'art. 60 CVT, va considerata la particolare natura dei Trattati UE, di carattere sostanzialmente associativo, rispetto ai quali alcun senso potrebbe avere la sospensione nei soli riguardi dei soli *defaulting States*⁴⁸.

V'è, inoltre, da rilevare che qualora le parti maggiormente colpite dall'emergenza fossero costrette ad azioni meramente nazionali a tutela della salute dei cittadini e della salvaguardia delle attività economiche dei privati, queste vedrebbero in ogni caso modificata la loro posizione all'interno del sistema pattizio in quanto dovrebbero da un alto distrarre fondi pubblici per far fronte ai bisogni

⁴⁷ Cfr. art. 60, par. 2, lett. c), CVT.

⁴⁸ B. SIMMA, C.J. TAMS, *Article 60 Termination or Suspension of the Operation of a Treaty as a Consequence of its Breach*, in CORTEN and KLEIN (EDS), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary Volume II*, 2011, pp. 1361 ss.

collegati alla crisi e dall'altro mantenere il rapporto tra deficit e PIL nei limiti imposti dall'articolo 126, par. 2 e dal Protocollo 12 TFUE, il tutto mantenendo gli impegni in materia di finanziamento dell'organizzazione.

Chiarito, dunque, il persistere delle condizioni in base alle quali la Convenzione di Vienna autorizza la sospensione di qualsiasi obbligo scaturente dal TUE e TFUE, resta da valutare la sede giurisdizionale in cui il diritto degli Stati membri può essere fatto valere.

Il par. 5 dell'art. 65 della Convenzione, in materia di denuncia del trattato, fa salvi diritti e obblighi delle parti in materia di composizione delle controversie mentre l'art. 344 del TFUE impone ai membri di non attivare rimedi giurisdizionali extra-comunitari, cosicché sembrerebbe che la violazione di specifici obblighi scaturenti dal trattato debba essere fatta valere esclusivamente attraverso la procedura di cui all'art. 259 TFUE⁴⁹.

5. L'accordo sul MES e la clausola *rebus sic stantibus*

Un discorso diverso merita l'accordo sul Meccanismo europeo di stabilità che ha in parte affiancato e in parte sostituito il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) e il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF).

Il MESF, istituito con il regolamento UE 407/2010, aveva come base giuridica l'art. 122, par. 2 TFUE e lo specifico compito di fornire assistenza finanziaria dell'Unione a uno Stato membro in circostanze eccezionali. Accanto a tale strumento e in esecuzione di quanto convenuto dall'ECOFIN del 9 maggio 2010, diciassette Stati membri, tra i quali anche l'Italia, avrebbero di lì a breve costituito una società anonima di diritto lussemburghese, con capitale sottoscritto di 28 milioni di euro, diviso in proporzione alle quote nel capitale della BCE, denominata *European Financial Stability Facility* (EFSF). Tale società veicolo, che ha fornito assistenza finanziaria a Irlanda, Portogallo e Grecia, ad oggi opera sostanzialmente in regime di liquidazione avendo definitivamente terminato le proprie attività nel 2013.

⁴⁹ Sul punto va, però, considerato che pur ammettendo che la procedura d'infrazione a iniziativa di parte consente ai membri dell'UE di far constatare il mancato adempimento di un obbligo comunitario di una altra parte contraente, con conseguente sua condanna, non sembra che tale istanza giurisdizionale possa dirsi "effettiva" nel caso, come quello che ci occupa, nel quale si richieda la sospensione del Trattato istitutivo.

Dopo tale prima fase, con il trattato firmato il 2 febbraio 2012 ed entrato in vigore l'8 ottobre dello stesso anno⁵⁰, veniva, quindi, istituito il MES, del quale l'Italia ha sottoscritto una quota di capitale di oltre 125 miliardi di euro, di cui 14 già liberati⁵¹. Nel 2017, la Commissione proponeva di integrare il MES nell'ordinamento istituzionale dell'UE, trasformandolo in un Fondo monetario europeo (FME). La procedura legislativa, mai conclusa, ha riaperto, però, la discussione tra i membri volti alla modifica del Trattato a livello intergovernativo.

Al fine di corroborare le conclusioni alle quali si perverrà alla fine della presente disamina, occorre *in primis* mettere in luce le principali difformità tra i tre strumenti citati e ciò non solo dal punto di vista del ruolo attribuibile a ciascuno nel sistema delle fonti ma anche di quello delle ricadute nell'ambito delle economie degli Stati coinvolti.

Non v'è dubbio che sotto il primo profilo il MESF fosse riconducibile al diritto derivato europeo e l'EFSF rappresentasse, invece, un contratto di natura meramente interna mentre l'attuale MES sia un vero e proprio accordo internazionale, in alcun modo differenziandosi dalle altre norme dei trattati se non per l'*occasio legis* da ricercare nella cooperazione tra gli Stati membri nella materia coperta dall'art. 136 TFUE, peraltro, all'uopo appositamente modificato⁵².

Tralasciando le pure opportune considerazioni sull'EFSF, tenuto anche conto della sua natura provvisoria e soprattutto della circostanza che lo stesso ha a tutt'oggi già esaurito le sue attività, va con forza denotato che MESF e MES sono nati sostanzialmente con la stessa finalità, ovvero la possibilità di concedere assistenza finanziaria agli Stati anche attraverso il ricorso all'indebitamento verso terzi⁵³.

⁵⁰ Il trattato istitutivo del MES è stato ratificato dall'Italia con la legge 23 luglio 2012, n. 116.

⁵¹ Il dato è pubblicato sul sito della Banca di Italia alla sezione: Finanza pubblica: fabbisogno e debito - febbraio 2020 del 15 aprile 2020 (<https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/finanza-pubblica/index.html>).

⁵² La modifica all'articolo 136 TFUE è stata approvata dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011 ed è entrata in vigore il 1° marzo 2013 a seguito della ratifica degli (allora) 27 Stati membri dell'UE. Essa prevede l'aggiunta all'art. 136 del seguente paragrafo: «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». L'Italia ha ratificato la modifica dell'art. 136 con la legge 23 luglio 2012, n. 115.

⁵³ Cfr. gli artt. 1 e 2 del regolamento 407/2010 e l'art. 3 del Trattato sul MES. Il primo prevede che «Al fine di preservare la stabilità finanziaria dell'Unione europea, il presente regolamento fissa le condizioni e la procedura per la concessione dell'assistenza finanziaria dell'Unione a uno Stato membro che subisca o rischi seriamente di subire gravi perturbazioni economiche o finanziarie causate da circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo» (art. 1) e «A tal fine, conformemente a una decisione del Consiglio ai sensi dell'articolo 3, la Commissione è autorizzata a contrarre

Tuttavia, è immediatamente possibile individuare tra i citati meccanismi due differenze sostanziali. La prima riguarda il fatto che le operazioni messe in campo dal MESF venivano decise dal Consiglio e gravavano sul bilancio dell'Unione mentre il trattato MES, anche a prescindere dell'effettiva erogazione di prestiti, è dotato di un sistema decisionale autonomo e si fonda sulle finanze dei membri, i quali partecipano al capitale della nuova organizzazione con risorse proprie.

La seconda, pure inscindibilmente legata alla prima, è relativa alla compatibilità dei citati meccanismi con l'intero impianto dei Trattati istitutivi. Com'è noto, infatti, il MESF, almeno nella versione originaria era uno strumento che trovava la sua base giuridica proprio nell'art. 122, par. 2 TFUE. In buona sostanza, si trattava di uno strumento di solidarietà in grado di fornire assistenza proprio agli Stati che si fossero trovati, "senza colpa" e in ragione di "circostanze eccezionali" eccedenti la loro capacità di controllo, non più in grado di garantire il loro apporto alla stabilità dell'eurozona. Appare, allora, evidente che la stessa limitazione posta in linea di principio al suo utilizzo avrebbe giustificato un'assistenza finanziaria, peraltro, imposta all'Unione e agli Stati in base all' art. 122, par. 2 TFUE, senza alcuna necessità di gravare sull'economia del beneficiario con delle condizionalità. Questo da una parte garantiva l'attivazione di strumenti non aventi carattere afflittivo e dall'altro escludeva *ab origine* la necessità di invocare la clausola generale di solidarietà, imposta dall'art. 222 TFUE. Non a caso, le cd. "condizionalità" furono introdotte nel MESF solo successivamente e, precisamente, con la modifica intervenuta con il regolamento 1360/2015 del Consiglio che ha inserito il par. 2*bis* all'art. 3 del regolamento (UE) n. 407/2010⁵⁴.

Al contrario, il MES impone, sin dalla propria creazione, l'accettazione da parte dello Stato beneficiario di una sorta di "commissariamento" dovuto alla sottoscrizione del protocollo d'intesa di cui all'art. 13, parr. 3 e 4 del relativo trattato, attraverso il quale questa specifica e autonoma organizzazione internazionale si garantisce la restituzione del capitale, chiedendo il rispetto di

prestiti per conto dell'Unione europea sui mercati dei capitali o con le istituzioni finanziarie» (art. 2, par. II cv.). La seconda disposizione individua gli scopi dell'organizzazione internazionale come segue: «L'obiettivo del MES è quello di mobilitare risorse finanziarie e fornire un sostegno alla stabilità, secondo condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto, a beneficio dei membri del MES che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari, se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri. A questo scopo è conferito al MES il potere di raccogliere fondi con l'emissione di strumenti finanziari o la conclusione di intese o accordi finanziari o di altro tipo con i propri membri, istituzioni finanziarie o terzi».

⁵⁴ Una tale modifica si è resa evidentemente necessaria anche al fine di non mettere in concorrenza i due strumenti di finanziamento.

condizioni rigorose, commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto, che possono spaziare da un programma di correzioni macroeconomiche al rispetto costante di condizioni di ammissibilità predefinite⁵⁵.

Considerato, allora, che lo stesso Consiglio Europeo ha sostenuto, nella riunione del 16 e 17 dicembre 2010, che il MES avrebbe di fatto sostituito le azioni di cui all'art. 122 TFUE⁵⁶, sarebbe stata necessaria anche una modifica di tale ultima disposizione, oltre a quella già riportata dell'art. 136 TFUE. Invero, seppure appare sufficientemente improbabile una sua qualunque concreta applicazione, la mancata revisione dell'art. 122 TFUE, imporrebbe all'UE di fornire assistenza finanziaria ai Paesi che non hanno adottato la moneta comune a condizione migliori rispetto quelle pattuite con lo strumento intergovernativo *intra* zona euro. In ogni caso e in considerazione del notevole tasso di sinallagmatica delle prestazioni eventualmente ricevute dal MES, quest'ultimo non può in alcun modo supplire e conseguentemente escludere l'applicabilità della generale clausola di solidarietà, *ex art.* 222, par. 1, lett. *b*), TFUE, che impone di prestare assistenza agli Stati colpiti da calamità naturale⁵⁷.

⁵⁵ Com'è noto che l'Eurogruppo del 9 aprile 2020 al par. 16 della relazione finale ha deciso l'utilizzazione di quello che stato definito *MES light o senza condizionalità*. Lo stesso sito istituzionale dell'organismo, alla sezione *ESM's role in the European response*, ha già pubblicato delle FAQ con le quali sembrerebbe spiegare le nuove condizioni della linea di credito, già nota come *Enhanced Conditions Credit Line (ECCL)*. Si tratta di una delle due tipologie di assistenza finanziaria disciplinate dall'art. 14 par. 1 del trattato e meglio specificate dall'art. 2 delle *Guideline on Precautionary Financial Assistance*, pubblicate sul sito istituzionale dell'organismo (https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_precautionary_financial_assistance.pdf). In ogni caso la prima delle due norme citate condiziona il concedendo aiuto alle condizioni rafforzate *ex art.* 12, par. 1 e precisa che le stesse sono precisate in dettaglio nel protocollo d'intesa, conformemente all'art. 13, par. 3. In altre parole la possibilità di concedere linee di credito senza condizionalità è subordinata a una modifica, seppure temporanea, del Trattato istitutivo che, in assenza di procedura di revisione, deve essere approvata da tutti i membri dell'organismo e della quale ancora non si è parlato. In mancanza di un'espressa modifica nel senso immaginato dall'Eurogruppo, il MES, come detto organismo autonomo rispetto al sistema istituzionale europeo, sarebbe autorizzato ad utilizzare le norme del trattato istitutivo che in qualche misura consentono la modifica unilaterale delle condizioni in corso d'opera. Sul punto si veda in particolare i parr. 5 e 6 del citato art. 14 in base ai quali «5. The Board of Directors shall decide by mutual agreement on a proposal from the Managing Director and after having received a report from the European Commission in accordance with Article 13(7), whether the credit line should be maintained. 6. After the ESM Member has drawn funds for the first time (via a loan or a primary market purchase), the Board of Directors shall decide by mutual agreement on a proposal from the Managing Director and based on an assessment conducted by the European Commission, in liaison with the ECB, whether the credit line continues to be adequate or whether another form of financial assistance is needed».

⁵⁶ Cfr. 4° considerando della Decisione del Consiglio Europeo del 25 marzo 2011 (2011/199/UE) che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, in GUCE del 6.4.2011 - L 91/1.

⁵⁷ Nel concetto di calamità naturale è pacificamente compreso il caso di pandemia. Cfr. voce *Calamità naturale*, in *Treccani Enciclopedia on-line* (<http://www.treccani.it/enciclopedia/calamita-naturale/>).

Tanto premesso, va, altresì, considerato come il MES, non preveda alcuna possibilità di disinvestimento da parte dei suoi membri, né una generale procedura di *exit*, oramai inserita persino nei Trattati istitutivi⁵⁸.

In assenza di uno specifico procedimento e tenuto conto della sua particolare natura di carattere certamente finanziario, resta, allora, da interrogarsi sulla possibilità di ricostruire il diritto a disinvestire quale principio generale di diritto riconosciuto dalle Nazioni civili *ex art. 38* dello Statuto Corte internazionale di Giustizia. Ebbene, nonostante la maggior parte degli ordinamenti domestici annoveri, nell'ambito dei contratti associativi, una forma di recesso (*appraisal right* nei sistemi di *common law*), non si può in questa sede non rappresentare come la letteratura comparatistica debba fare i conti con una vasta tipologia di istituti, differenziati tra loro in ordine ai presupposti e alle conseguenze da essi scaturenti⁵⁹. Ad ogni buon conto, nei sistemi societari domestici, prevale il riconoscimento del diritto di *exit* quale reazione a specifiche decisioni della maggioranza, normalmente di rilevante interesse per la vita dell'ente, con la quale il socio si trova in disaccordo. Solo in rari casi, come ad es. nell'ordinamento italiano, il recesso assume carattere stabile all'interno dello statuto della società, almeno nelle ipotesi in cui questa sia contratta a tempo indeterminato. Allo stesso modo, in relazione agli effetti, le procedure di *exit* possono distinguersi tra quelle che impongono all'ente la liquidazione della quota e quelle che consentono e/o sono tese a facilitare la sostituzione della persona del socio al fine di mantenere integro il capitale investito.

Chiarito, dunque, che ad oggi appare impossibile sostenere l'esistenza di un principio generale di diritto riconosciuto dalle Nazioni civili che consenta il recesso da qualunque strumento pattizio di natura associativa, la risoluzione unilaterale del Trattato rimane, tuttavia, possibile allorquando sia la Convenzione di Vienna a renderla legittima in base alle disposizioni della relativa Parte V, Sez. III.

Particolare attenzione ai fini della presente indagine finisce con l'assumere tra gli altri quel peculiare motivo di recesso di cui all'art. 62 CVT. Questa disposizione, espressione del principio della risoluzione per eccessiva onerosità, consente, infatti, allo Stato di liberarsi dagli obblighi da esso stesso

⁵⁸ Tale scelta appare altamente discutibile se solo si tiene conto del fatto che la tecnica legislativa utilizzata nel trattato presenta notevoli affinità proprio con l'*IMF articles of agreement*, il quale, però, all'art. XXVI prevede la possibilità di recesso *ad nutum* di ciascuno Stato membro.

⁵⁹ Per una compiuta analisi comparatistica cfr. P. GUARAGNELLA, *Diritto di disinvestimento: un'analisi comparatistica tra diritto di recesso e appraisal right statunitense*, in *Rivista di diritto societario*, 2013, fasc. IV, pp. 766 ss.

contratti in tutti quei casi in cui il mutamento significativo delle circostanze di fatto esistenti al momento della ratifica renda l'adempimento oltremodo gravoso⁶⁰.

Non v'è dubbio che le condizioni applicative della norma in parola siano particolarmente stringenti, anche alla luce dell'interpretazione di essa fornita dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, e ciò in considerazione del fatto che un uso incontrollato della relativa causa di estinzione/sospensione sarebbe di per sé sufficiente a svuotare di efficacia il fondamentale principio *pacta sunt servanda*, sul quale si fonda il diritto dei trattati⁶¹.

Invero, in quasi tutti i casi in cui è stata invocata la regola, le corti internazionali adite, pur non esitando a riconoscerle il rango di norma consuetudinaria, non hanno ritenuto che la situazione concreta integrasse i presupposti per la sua applicabilità. Al più, si sono registrate situazioni in cui le controvertenti parti, a seguito della sua invocazione, hanno ritenuto di addivenire ad una soluzione condivisa e con ciò implicitamente ammettendone la rilevanza per la prosecuzione dei rapporti pattizi in essere⁶². Ad oggi, l'unica concreta applicazione del principio proviene proprio dalla Corte di giustizia UE nella sentenza sul caso *Racke*⁶³, in cui i giudici di Lussemburgo, richiamando la rilevante

⁶⁰ Per un'analisi dei profili di applicabilità della clausola cfr. J.P. BULLINGTON, *International Treaties and the clause "rebus sic stantibus"*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1927; A. MARESCA, *Il Diritto dei Trattati*, Milano, 1971, pp. 700 ss.; E.B. IMPALLOMENI, *Il principio rebus sic stantibus nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Milano, 1974; L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, Padova, 1983; V. ATHANASSIOS, *Termination of Treaties in International Law: The Doctrines of Rebus sic Stantibus and Desuetude*, in *Clarendon Press*, University Michigan, 1985; S. FORLATI, *Diritto dei Trattati e Responsabilità Internazionale*, Milano, 2005, pp. 164 ss.; M. SHAW, M. FOURNET, *Article 62*, in O. CORTEN, P. LEIN, *Les Conventions de Vienne sur le droit déstraité: commentaire article par article*, 2006, pp. 2229s s.; G. SCALESE, *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, Napoli, 2008, pp. 42 ss.; S. FOIS, *I valori fondamentali del "nuovo" diritto internazionale e il principio pacta sunt servanda*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010; C. RABL BLASER, *Die clausula rebus sic stantibus im Völkerrecht*, Berna, 2012.

⁶¹ Sul punto cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., p. 298 e S. FOIS, *I valori fondamentali del "nuovo" diritto internazionale e il principio pacta sunt servanda*, cit., pp. 27 ss.

⁶² Per una completa ricostruzione della prassi in materia si rinvia a F. DETLEV, *Rebus Revisited: Changed Circumstances in Treaty Law*, in *Columbia journal of transnational law*, 2005, pp. 466 ss.

⁶³ Sentenza della Corte del 16.06.1998 *Racke GmbH & Co. c/ Hauptzollamt Mainz*, in causa C-162/96, punto 46 «ne deriva che le norme del diritto consuetudinario internazionale relative alla cessazione e alla sospensione delle relazioni convenzionali a motivo di un cambiamento fondamentale di circostanze vincolano le istituzioni della Comunità e fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario». Per un'ineccepibile e anche critica ricostruzione della sentenza cfr. R. MASTROIANNI, *La rilevanza delle norme consuetudinarie sulla sospensione dei trattati nell'ordinamento comunitario: la sentenza Racke*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1999, pp. 45 ss. e anche S. FURLAN, *L'utilizzazione del mutamento di circostanze a fini sanzionatori da parte della Comunità: riflessioni in margine alla sentenza Racke*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, pp. 315 ss.

giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia⁶⁴, hanno compiutamente ricostruito i termini di applicazione del principio *de quo*, quali l'esistenza di circostanze costituenti una base essenziale per il consenso delle parti e il loro cambiamento atto a trasformare radicalmente la portata degli obblighi che restano da adempiere. La Corte UE ha così ritenuto che una situazione di pace nella *ex* Jugoslavia fosse condizione essenziale, tenuta in debito conto dalla Comunità al fine sottoscrivere il denunciato accordo di cooperazione, come dimostrato dagli obiettivi indicati nel preambolo, e che il successivo scoppio delle ostilità in quell'area ne avesse integrato una modifica sostanziale, giustificando, per giunta, il mancato rispetto da parte dell'UE della procedura di denuncia di cui agli artt. 65 ss. CVT, in quanto ritenuta non corrispondente al diritto internazionale generale.

Senza entrare nel merito di tali ultime pure discutibili asserzioni della Corte, pare a questo punto che gli stessi principi potrebbero essere invocati, *mutatis mutandis*, dal Governo italiano per invocare l'inefficacia del MES. Tale accordo, infatti, oltre alla quota di capitale già liberata, espone l'Italia alla richiesta da parte del Consiglio dei Governatori di versare oltre centodieci miliardi di euro fino alla corrispondenza della quota di capitale autorizzato⁶⁵. Ebbene, alla data di ratifica del Trattato, tutti gli indicatori finanziari nazionali davano conto di una situazione certamente ben diversa e migliore rispetto a quella conseguente alla pandemia da Covid-19. In una tale situazione un accordo intergovernativo, particolarmente oneroso per le finanze pubbliche, volto a fornire assistenza finanziaria ad altre nazioni dell'area euro al fine di mantenere la stabilità della moneta unica, poteva risultare utile al perseguimento di uno scopo comune. Tuttavia, la modifica sostanziale delle circostanze oggi avvenuta a seguito della pandemia causata dal Covid-19 indubbiamente stravolge, rendendo eccessivamente gravosi, gli obblighi scaturenti dal meccanismo e, pertanto, sembrerebbe consentirne la risoluzione o quantomeno la sospensione.

Sul punto non sembra che possano considerarsi ostative le tesi in base alle quali il MES, pure se dotato di propria autonomia, sarebbe inscindibilmente collegato con il sistema istituzionale europeo, considerati i compiti attribuiti dallo stesso trattato alla Commissione e alla Corte.

⁶⁴ Sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 25 settembre 1997 sul caso *Gabčícovo - Nagymaros*, Ungheria c. Slovacchia.

⁶⁵ Cfr. art. 9, par. 1 del Trattato secondo cui «1. Il consiglio dei governatori può richiedere il versamento in qualsiasi momento del capitale autorizzato non versato e fissare un congruo termine per il relativo pagamento da parte dei membri del MES».

Sono ben note le tensioni dottrinali in ordine alla possibilità di utilizzare la causa di estinzione *rebus sic stantibus* in relazione alla sola UEM⁶⁶, che potrebbe rappresentare un caso non dissimile da quello qui analizzato. Tuttavia non sembra che le argomentazioni addotte per escludere la legittimità di una siffatta operazione possano essere replicate pure con riguardo agli obblighi scaturenti dal MES. I sostenitori della teoria negazionista fondano, infatti, le proprie ragioni su due punti sostanziali: il primo, di carattere formale, ha ad oggetto la mancata previsione all'interno dei Trattati della risoluzione parziale degli obblighi da esso scaturenti; la seconda riguarda, invece, la circostanza in base alla quale la partecipazione alla moneta unica è ritenuta obbligatoria per tutti gli Stati che ne abbiano i requisiti, fatta eccezione per quelli ai quali è stato riconosciuto il diritto di *opting out*⁶⁷.

Sotto il primo profilo pare, addirittura, che la tesi riposi su un principio sostanzialmente inesatto. In buona sostanza tali studiosi, partendo dall'assunto secondo il quale i Trattati erano stati immaginati come una sorta di Costituzione dell'ordinamento europeo, come tale durevole nel tempo e con vigenza non modificabile in via unilaterale, vorrebbero sostenere che la procedura di *exit* si porrebbe come eccezione rispetto al principio, con la conseguente sua applicabilità solo al caso espressamente definito di abbandono totale dall'organizzazione. Tuttavia, come già ampiamente chiarito, la stessa Corte di giustizia, principale fautrice della teoria dell'autonomia dell'ordinamento unitario e della sua indipendenza da quelli nazionali, non ha esitato ad ammettere che le norme di diritto internazionale si applicano anche ai Trattati, vincolando le istituzioni europee.⁶⁸ Per l'effetto, la procedura di *exit* rappresenta, allora, solo una modalità applicativa dei principali generali in materia di estinzione dei trattati, già codificata dalla Convenzione di Vienna e non un particolare diritto riconosciuto ai Paesi UE dal Trattato di Lisbona.

Con riguardo, invece, al secondo profilo, coloro che affermano l'impossibilità di lasciare l'area euro pur rimanendo membri dell'UE, focalizzano la loro attenzione sull'art. 140 TFUE e in special

⁶⁶ Cfr. J. VAN OVERTVELDT, *The end of the Euro: the uneasy future of the European union*, Chicago, 2011, pp. 9 ss.; G. DELLA CANANEA, *L'Ordinamento giuridico dell'Unione Europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, in *La Comunità Internazionale*, 2012, pp. 3 ss.; DI TARANTO, *Il salvataggio temporaneo di Atene? Vantaggioso solo per Berlino*, in *Milano Finanza*, del 16 marzo 2012; G. PERONI, *La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, 2012, pp. 138 ss.; G. PACCIONE, *Il diritto di uno stato membro dell'Unione europea ad abbandonare l'eurozona*, in *diritto.it*.

⁶⁷ In origine Regno Unito e Regno di Danimarca. Ad oggi, quindi, solo il secondo in considerazione del completamento della procedura di Brexit.

⁶⁸ Cfr. sentenze *Racke GmbH e Poulsen e Diva Navigation*, cit.

modo sulla circostanza in base alla quale la procedura di abolizione della deroga ha natura automatica rispetto allo Stato volontà del “paese oggetto di valutazione”, con conseguente obbligo di adozione della moneta unica in caso di esito positivo⁶⁹. In altre parole il sistema definito dai Trattati, prevedendo come obbligatoria l’adozione dell’euro una volta soddisfatta la condizione di affidabilità, escluderebbe l’ammissibilità di una deroga sopravvenuta, fatta salva una modifica delle norme esistenti in sede di revisione.

Eppure, quand’anche una tale osservazione fosse rilevante ai fini dell’obbligo di permanenza nell’area euro, le stesse considerazioni non potrebbero essere comunque replicate *sic et simpliciter* per il MES. Invero, il metodo intergovernativo utilizzato per la creazione del Meccanismo, pur trovando la sua base giuridica in una specifica disposizione del TFUE, consente di affermare la piena autonomia del Trattato rispetto al sistema delle fonti comunitario cosicché l’eventuale ritiro dalla cooperazione multilaterale che ha dato vita al MES, pure fondato sulla regola del mutamento radicale delle circostanze esistente al tempo della ratifica, non è atto ad incidere sui rapporti tra gli Stati membri né può in alcun caso potrà essere considerato un inadempimento agli obblighi comunitari.

L’eventuale controversia nascente dalla mancata accettazione delle altre parti, dovrà essere sottoposta in prima battuta al Consiglio dei governatori e, in caso di ulteriore disaccordo, alla Corte di giustizia, ai sensi dell’art. 37 del trattato⁷⁰.

FRANCESCO MAIELLO
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

⁶⁹ Cfr. art. 140, par. 2 e 3 TFUE, secondo cui: «2. Previa consultazione del Parlamento europeo e dopo dibattito in seno al Consiglio europeo, il Consiglio, su proposta della Commissione, decide quali Stati membri con deroga soddisfano alle condizioni necessarie sulla base dei criteri di cui di cui al paragrafo 1, e abolisce le deroghe degli Stati membri in questione. 3. Se si decide, conformemente alla procedura di cui al paragrafo 2, di abolire una deroga, il Consiglio, deliberando all’unanimità degli Stati membri la cui moneta è l’euro e dello Stato membro in questione, su proposta della Commissione e previa consultazione della Banca centrale europea fissa irrevocabilmente il tasso al quale l’euro subentra alla moneta dello Stato membro in questione e prende le altre misure necessarie per l’introduzione dell’euro come moneta unica nello Stato membro interessato».

⁷⁰ Sul punto, considerata la palese analogia della cooperazione multilaterale con quella rafforzata, espressamente prevista dal TFUE, si rinvia integralmente alla Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 sull’attuazione delle disposizioni del trattato relative alla cooperazione rafforzata (2018/2112(INI)) e precisamente al punto 34 che recita «ritiene che in tutti i casi di cooperazione rafforzata sia opportuno stabilire regole chiare per quanto riguarda il ritiro di Stati membri non più desiderosi di parteciparvi e l’espulsione di Stati membri non più conformi alle condizioni della cooperazione stessa; raccomanda che i termini e le condizioni del possibile ritiro o espulsione di uno Stato membro siano specificati nell’atto che istituisce la cooperazione rafforzata».

EMERGENZA COVID-19: NOTA IN MARGINE ALLA PRONUNCIA DEL GIUDICE DI PACE DI FROSINONE SENTENZA N. 513/2020. IL RUOLO CHIAVE DELL'INVOCATA ILLEGITTIMITÀ DEI PROVVEDIMENTI DEL GOVERNO

«Negli ordinamenti giuridici occidentali la figura del giurista, soprattutto nelle ultime tre decadi, ha vissuto un significativo processo di trasformazione. Tale trasformazione ha riguardato l'oggetto delle sue specifiche competenze, il contributo che è chiamato a fornire nel processo di produzione e applicazione delle regole, il ruolo sociale e culturale che occupa nelle rispettive comunità. Una simile trasformazione non può sorprendere. Essa costituisce la logica conseguenza dei celeri cambiamenti che hanno segnato la storia più recente della civiltà occidentale».

(A. PUNZI, *Prudentia iuris*, Torino, 2013, p. 4)

1. Introduzione - 2. Stato d'emergenza: profili filosofici e costituzionali - 3. Stato d'emergenza: profili costituzionali - 4. Specialità del regime "eccezionale" del 2020 e l'idea di una nuova cittadinanza - 5. L'*iter* argomentativo alla sentenza in commento. Una diversa conclusione

1. Introduzione

Il Giudice di Pace del Mandamento di Frosinone, dott. Emilio Manganiello, ha emesso la sentenza n. 516/2020, accogliendo il ricorso di un cittadino ed ha annullato il verbale sollevato dalla Polizia stradale con il quale si elevava una multa per aver violato il divieto di spostamento durante il *lockdown* non motivato da esigenze urgenti o lavorative. I motivi della decisione del Giudicante di Frosinone si basano su due aspetti: illegittimità della dichiarazione dello stato di emergenza per violazione degli artt. 78 e 95 della Costituzione e dei conseguenti DPCM nonché illegittimità del DPCM 9 marzo 2020 per violazione dell'art. 13 della Costituzione.

Il 31 gennaio del 2020 il Governo ha proclamato lo stato d'emergenza ai sensi del d.lgs. n. 1/2018, Codice della protezione civile (in riferimento poi alla legge n. 225 del 24 febbraio 1992). Difatti l'art. 7 dello stesso decreto (art. 5 della legge n. 225), con l'art. 5 che individua nel Presidente del Consiglio dei Ministri l'autorità nazionale di protezione civile attribuendogli poteri di ordinanza e di direttiva, stabilisce che: «Ai fini dello svolgimento delle attività di cui all'articolo 2, gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono in: a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o

estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa; c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24».

Dalla lettura della normativa vigente, e secondo quanto disposto dall'Ill.mo Giudicante, il rischio sanitario non è contemplato dalla norma. Tra l'altro, lo stesso riporta le norme costituzionali che non prevedono tale fattispecie: gli articoli 78 e 87 della Costituzione disciplinano la deliberazione dello stato di guerra, la proclamazione da parte del Presidente della Repubblica e il conferimento dei poteri necessari al Governo. Di conseguenza, il Giudice di Pace sostiene che «la dichiarazione adottata dal Consiglio dei Ministri il 31.1.2020 è illegittima, perché emanata in assenza dei presupposti legislativi, in quanto nessuna fonte costituzionale o avente forza di legge ordinaria attribuisce il potere al Consiglio dei Ministri di dichiarare lo stato di emergenza per rischio sanitario. Pertanto, poiché gli atti amministrativi, compresi quelli di Alta Amministrazione, come lo stato di emergenza sono soggetti al principio di legalità, la delibera del C.d.M. del 31.1.2020 è illegittima perché emessa in assenza dei relativi poteri da parte del C.d.M. in violazione degli 95 e 78 che non prevedono il potere del C.d.M. della Repubblica Italiana di dichiarare lo stato di emergenza sanitaria».

Da ciò ne consegue l'illegittimità degli atti successivi alla proclamazione dello stato di emergenza. Lo stesso invoca poi l'art. 76 della Costituzione: «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti». Ne consegue che, affinché la potestà normativa del Governo possa esplicarsi, la legge di delega deve espressamente indicare i principi e i criteri direttivi a cui deve conformarsi il Governo nell'esercizio della delega, l'oggetto della delega e il termine entro cui esercitare la delega. La mancanza di uno di questi elementi essenziali per la delegazione legislativa comporta l'illegittimità costituzionale della legge di delega. Nelle fonti del diritto, il decreto legislativo è un atto avente forza di legge che viene adottato dal Governo, previa legge di delega da parte del Parlamento.

Ancora, soffermandosi sulle misure urgenti di contenimento della diffusione del Covid-19, si è stabilito di evitare ogni tipo di spostamento in entrata e in uscita da territori indicati dalla

normativa (estesi a tutto il territorio nazionale dal DPCM del 9 marzo 2020): siamo dinanzi ad un obbligo di permanenza domiciliare. Il Giudice di Pace invoca, nel caso di specie, la violazione dell'art. 13 della Costituzione, che recita, al comma 1 e 2: «La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Infatti lo stesso Giudicante si è soffermato su alcune distinzioni: «la libertà di circolazione non può essere confusa con la libertà personale: i limiti della libertà di circolazione attengono a luoghi specifici il cui accesso può essere precluso, perché ad esempio pericolosi; quando invece il divieto di spostamento non riguarda i luoghi, ma le persone allora la limitazione si configura come limitazione della libertà personale. Certamente quando il divieto di spostamento è assoluto, come nella specie, in cui si prevede che il cittadino non può recarsi in nessun luogo al di fuori della propria abitazione è indiscutibile che si versi in chiara e illegittima limitazione della libertà personale, perché, nell'ordinamento giuridico italiano, l'ordine di rimanere nella propria abitazione non può essere imposto dal legislatore, ma solo dall'Autorità giudiziaria con atto motivato». Da qui il Giudice di Pace arriva alla statuizione dichiarando «la indiscutibile illegittimità del DPCM 9 marzo 2020».

2. Stato d'emergenza: profili filosofici

Alessandro Pizzorusso, nel commentare la voce *stato di emergenza*, ha tracciato la seguente definizione: «nell'ambito delle scienze sociali il termine “emergenza” (*emergency, urgence*, ecc.) è impiegato – in un significato non necessariamente tecnico – per indicare le situazioni improvvise di difficoltà o di pericolo, a carattere tendenzialmente transitorio (anche se non sempre di breve durata), le quali comportano una crisi di funzionamento delle istituzioni operanti nell'ambito di una determinata compagine sociale. Nei tempi moderni i problemi di questo genere sono normalmente analizzati soprattutto con riferimento all'attività dei pubblici poteri quali risultano organizzati nell'ambito degli Stati. Lo “stato di emergenza” di conseguenza indica: a) la situazione di fatto che si determina quando ricorrono circostanze di tal genere, e talora anche b) la situazione giuridica che consegue all'accertamento ufficiale della stessa situazione di fatto ai fini dell'adozione degli interventi che risultano opportuni per ovviare agli inconvenienti che ne derivano; l'atto di accertamento assume però di solito denominazioni più specifiche, come “dichiarazione di stato d'assedio”,

di “stato di pericolo”, e altre analoghe, variamente differenziate quanto ai loro presupposti e ai loro effetti giuridici¹. Lo stato di emergenza in termini giuridici non è altro che uno stato d’eccezione. Sosteneva Schmitt che il «sovrano è colui che decide nello stato d’eccezione»². Siamo dinanzi alla negazione dello Stato di diritto: l’art. 48 della Costituzione di Weimar prevedeva «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell’ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali». Non ponendosi dei limiti temporali, Hitler trasformò lo stato d’eccezione in una sorta di sistema perenne d’eccezione³. Partendo dall’idea che «la norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Ogni norma generale richiede una strutturazione normale dei rapporti di vita, sui quali essa di fatto deve trovare applicazione e che essa sottomette alla propria regolamentazione normativa»⁴, e pertanto nessuna norma per Schmitt può essere applicata ad una situazione di disordine e l’ordinamento, ha valore giuridico, dopo il raggiungimento della normalità. Pertanto la norma giuridica posta dallo Stato «vige soltanto fino a quando il rapporto di vita fattuale per il quale essa deve trovare applicazione è stabile e misurabile, il che equivale a dire che è al tempo stesso controllabile dal potere statale»⁵. Ancora per Schmitt «il Sovrano decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell’ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso perché a lui tocca la competenza di

¹ A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1993 (https://www.treccani.it/enciclopedia/stato-di-emergenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/). «Tecnicamente lo “stato di eccezione” è una misura di governo di emergenza [...] che attua una sospensione dell’ordine giuridico vigente. In quanto rottura o sospensione della validità delle norme, prevista dall’interno dell’ordinamento stesso o messa in atto dalle istituzioni, lo stato di eccezione si profila come una sorta di autonegazione del diritto che viene a situarsi in una zona di confine illocalizzabile tra ambito giuridico e ambito extragiuridico, ossia tra legge e mero esercizio della forza, non essendo riconducibile propria-mente a nessuna di queste due sfere. Lo stato di eccezione è infatti il punto nel quale la legge si applica disapplicandosi. Esso è dunque definibile come uno stato *kenomatico* (un “vuoto di potere”) piuttosto che come uno stato *pleromatico* (una “pienezza di poteri” nel senso della *plenitudo potestatis* formulata dal diritto canonico)». E. REDAELLI, *Legge ed eccezione. Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Nóema. Rivista online di filosofia*, 7 febbraio 2016, p. 1.

² C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del politico* (a cura di G. Miglio, P. Schiera), Bologna, 1972, p. 27.

³ «È questa concezione concreta dell’ordinamento che lo Schmitt ritiene adeguata alla realtà nazionalsocialista, a cui non si adatta il positivismo giuridico, unione di normativismo e decisionismo, espressioni entrambe, egli dice ora dell’individualismo. Mediante la concezione concreta egli intende superare il dualismo Stato-società: giacché anche per lui, come per gli altri teorici del nazionalsocialismo, lo Stato non deve essere considerato il detentore del monopolio di ciò che è politico, ma semplicemente uno dei tre ordini [...] che costituiscono l’unità politica» (cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, 2001, p. 316).

⁴ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, cit., p. 39.

⁵ *Ibid.*, pp. 96-97.

decidere se la costituzione in toto possa essere sospesa»⁶. La relazione tra norma ed eccezione determina l'elemento della sovranità e della decisione⁷: il sovrano è esterno nel momento della vigenza dell'ordinamento, ma diventa interno al sistema quando deve decidere sulla sospensione della costituzione. Possiamo ancora dire che il sovrano dimostra, per la teologia politica schmittiana⁸, la sua superiorità alla norma giuridica vigente: soggetto libero da ogni vincolo ordinamentale. L'eccezione segue il disordine e crea l'ordine: ma è anche il momento in cui, dinanzi ad un ordinamento in pericolo, si rende necessaria la sospensione. Carlo Galli sostiene come la posizione di Schmitt sulla sovranità determina l'idea di un elemento che apre l'ordinamento rideterminandolo⁹. Per Kelsen lo Stato è il soggetto sovrano e superiore: «lo stato che possiede un ordinamento giuridico è immaginato come una persona. Questa persona è soltanto una personificazione dell'unità dell'ordinamento giuridico. Il dualismo fra stato e diritto sorge dall'ipostasi della personificazione, cioè dall'affermare che questa espressione figurata è un essere reale, e dall'opporla così al diritto. [...] In questo modo, il tanto discusso problema se lo stato crea o non crea il diritto, si risolve dicendo che gli uomini creano il diritto sulla base delle sue proprie e determinate norme»¹⁰. Secondo Gianluigi Palombella «se il diritto era stato sino a Kelsen interamente attratto nell'orbita dello Stato, ora lo Stato è interamente astratto nell'orbita del diritto. In particolare, lo Stato viene rappresentato come un insieme di funzioni attribuite e regolate dall'ordinamento giuridico. [...] Non esiste per il diritto alcuna persona fisica, esiste solo una persona giuridica, ossia una costruzione del pensiero che si risolve

⁶ *Ibid.*

⁷ «Schmitt sostiene che il diritto sia valido – e quindi sia diritto – solo se fa concretamente corpo con una “decisione politica”. [...] Ne consegue che l'ordine costituito ha validità giuridica se e solo se si rivela basato su una consapevole decisione “politica”, cioè [...] su una decisione che, in un contesto conflittuale, si dimostri capace di stabilire e soprattutto salvaguardare l'esistenza di una collettività consapevole della propria identità e dei propri interessi. [...] In tal modo, Schmitt concepisce il diritto come decisione sovrana e originaria, riconducendo la validità giuridica dell'efficacia concreta delle decisioni e dei provvedimenti, che per questa ragione devono necessariamente svincolarsi dall'obbedienza all'astratto principio di legalità, secondo il quale, viceversa, tutti gli organi dello Stato devono agire secondo la legge» (F. CIARAMELLI, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2003, pp. 66-67).

⁸ Di Santo osserva come «attraverso le opere di Carl Schmitt, sono stati secolarizzati i concetti politici e giuridici sulla base dell'analogia». L. DI SANTO, *Per una teologia dell'Ultimo. Riflessioni sui diritti umani al tempo della crisi globale*, Napoli, 2012, p. 1.

⁹ Cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 2010, p. 338.

¹⁰ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves, Torino, 1967, p. 200.

nelle diverse ascrizioni contenute nell'ordinamento»¹¹. Kelsen preferisce una primazia dell'ordinamento internazionale¹²: «lo stato del diritto internazionale non è la persona giuridica del diritto interno, né una variante di quella, né tantomeno una differente persona giuridica. risulta così evidente il circolo vizioso stabilito da Kelsen: per lo studioso tedesco, se il diritto internazionale è il diritto che regola i rapporti fra stati, e se lo stato è lo stato ordinamento giuridico (del diritto interno), allora il diritto internazionale regolerebbe i rapporti tra gli stati persone giuridiche. Lo stato del diritto internazionale non è peraltro neppure, come talora si è ritenuto, quell'unico substrato di fatto che sta dietro ad entrambi gli ordinamenti. A differenza dello stato dell'ordinamento interno, che esiste (giusta la lezione di Kelsen) solo in quanto persona giuridica plasmata dall'ordinamento costituzionale, lo stato del diritto internazionale è proprio e precisamente entità di fatto; il suo venire in essere costituisce un fatto giuridico, quel fatto storico-effettuale cui l'ordinamento internazionale riconosce come specifica conseguenza giuridica la soggettività nell'ordinamento internazionale»¹³. Scrive Ciaramelli che «Kelsen concorda con Schmitt nel rifiutare alla validità giuridica un fondamento di tipo giusnaturalistico, ma contesta a Schmitt l'ancoraggio della validità alla dimensione politica, le cui decisioni occasionali e strumentali verrebbero in tal modo assolute, finendo col dissolvere lo statuto stesso del diritto e la consistenza d'uno spazio giuridico autonomo e neutrale»¹⁴. Appare chiara l'idea che Stato e diritto, in Kelsen, si identificano a vicenda¹⁵. Nella visione, invece, ordinamentale, il giurista siciliano Santi Romano¹⁶ determina un'idea di diritto come organizzazione: «l'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinano i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una

¹¹ G. PALOMBELLA, *Filosofia del diritto*, Padova, 1996, pp. 170-171.

¹² «Kelsen approda ad un "monismo programmatico", in cui l'unicità della sovranità si riferisce al diritto internazionale, proprio perché rifiuta il dualismo neohegeliano tra sovranità statale e sovranità internazionale, in cui la prospettiva della seconda dipende dalle esigenze della prima, relegando il diritto internazionale a diritto statale esterno». A. MARRAS, *Contro la deriva statalista della Rechtsphilosophie "neohegeliana": la sovranità dell'ordinamento internazionale in Hans Kelsen*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 1, 2019, p. 95. Si veda anche G. STELLA, *Sovranità e diritti*, Torino, 2013, pp. 125-133.

¹³ L. ZAGATO, *A proposito dello stato di eccezione. Contributo critico di un internazionalista intorno alla monografia di Agamben*, in *DEP*, 7, 2007, pp. 270-271.

¹⁴ F. CIARAMELLI, *Consenso sociale e legittimazione giuridica. Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 66-67.

¹⁵ «Il diritto, o l'ordinamento giuridico, c'è (è valido) perché c'è, ossia perché gli uomini per una ragione o l'altra lo osservano (è efficace)» (cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, cit., pp. 280-281).

¹⁶ *Ibid.*, p. 285: «Il Romano si pone, nello studio del diritto, dal punto di vista esattamente opposto a quello di Kelsen. Questi muoveva dalla norma, e giungeva infatti soltanto in un secondo tempo [...] all'ordinamento; il Romano muove dall'ordinamento, e nell'ambito di questo spiega il diritto anche come norma».

serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante»¹⁷. Ora la “necessità” la si riscontra quale «fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate»¹⁸. La norma giuridica trova la sua validità ed effettività dall'istituzione da cui deriva¹⁹. Proprio Schmitt nel mentre nella prima edizione di *Politische Theologie* vedeva contrapporsi due tipi di scientificità giuridica, “decisionismo e normativismo”, nel 1933, nella premessa alla seconda edizione, affianca anche l’“istituzionalismo”: due posizioni distinte, il diritto non è norma ma istituzione, ordinamentale in Santi Romano, di ordine concreto in Schmitt²⁰. Ciò che emerge è il luogo dello stato d'eccezione, ossia la decisione accompagnata dalla necessità. Afferma Rimoli «tornando a Schmitt, appare ovvio che il nesso tra dimensione teologica e dimensione giuridica si instaura a un livello assai profondo del pensiero complessivo dell'autore, che riprenderà in tempi più recenti e con toni accesi le sue riflessioni in merito all'esistenza di una teologia politica: in realtà, è questo uno dei temi più ricorrenti e significativi della tradizione in cui questi si iscrive, giacché l'idea di una *reductio ad unitatem* dell'intero paradigma dell'azione esprime nel modo più compiuto l'aspirazione fondante dell'assolutismo, da Bodin a Hobbes e a De Maistre, da Bonald a Donoso Cortés. Nell'atto eccezionale, per sua stessa natura svincolato da regole, emerge la pura decisione, e dunque la pura forza che la porta a esecuzione realizzandone gli

¹⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, p. 22.

¹⁸ ID., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1, 2019, p. 260. Ancora «e nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. e ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può aneli e ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà fermato e regolato le sue istituzioni fondamentali. Può cioè verificarsi una data condizione di cose che costituisca una manifestazione esplicita, impellente e categorica di bisogni e di forze sociali, nel senso che da essa emani immediatamente e direttamente, senza incertezze e senza possibilità di sottrarvisi, una norma obbligatoria: è un fatto che, per la sua natura, si presenta con le caratteristiche del diritto, è la necessità, prima fonte di quest'ultimo. donde la conseguenza che quando tutto il diritto positivo si fa consistere nella legislazione e nella consuetudine, s'incorre nell'inesattezza di non comprendere nel cosiddetto diritto non scritto anche la necessità. La quale ha di comune con la consuetudine il carattere di una manifestazione diretta delle forze sociali, ma se ne differisce per la maggiore energia e determinatezza della norma che ne deriva, nonché per l'effettiva efficacia, che non ha bisogno di un periodo di tempo più o meno lungo che la consacri: essa è sempre urgente e impellente» (*ibid.*, p. 261).

¹⁹ ID., *Diritto (funzione del)*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (a cura di M. Croce, M. Goldoni), Macerata, 2019, p. 86.

²⁰ «Il percorso teorico di Romano parte dall'ordinamento, e all'interno di questo spiega il diritto anche come norma, ma soprattutto come organizzazione. l'elemento della teoria romaniana che fece breccia in Schmitt fu sicuramente il concetto di ordinamento, di cui egli dovette avvertire immediatamente il potenziale antinormativista». S. PIETROPAOLI, *Ordinamento giuridico e konkrete ordnung per un confronto tra le teorie istituzionalistiche di Santi Romano e Carl Schmitt*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2, 2012, p. 9.

effetti: ciò soddisfa finalmente l'idea di un potere originario, di una capacità di dominio del reale affatto priva di limiti (a parte quello, hobbesiano, della mera razionalità rispetto al fine), che è quanto di più affine si possa trovare, sul piano politico e, mediamente, su quello giuridico, al concetto di onnipotenza (e di potenziale arbitrio, a dispetto delle tesi di Hobbes) di un ente supremo, di cui costituisce in fatto un nitido gesto di secolarizzazione. Al contempo, ovviamente, una tale concezione si pone quale sostanziale negazione dei modelli del costituzionalismo tradizionale, nato dall'esperienza medievale britannica come separazione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, ovvero tra esercizio del potere esecutivo (essenzialmente libera nel fine e nei mezzi) e attività di soluzione delle controversie (vincolata a regole e diritti acquisiti dai singoli) da parte del sovrano, e poi elaborato, in età moderna, dalle pur variamente declinate teorie edificative del modello dello Stato di diritto, da Locke e Bolingbroke, a Montesquieu e Rousseau. Il principio della divisione dei poteri, e soprattutto l'insieme dei *checks and balances* che a questo strettamente si connettono, è in verità, almeno in apparenza, l'antitesi di una libera espansione di questa *hybris* primigenia: lo Stato di diritto (posto come *rule of law* o come *Rechtsstaat*) si regge invece essenzialmente sul fine di un controllo (di un *autocontrollo*) di tale espansione, e sulla tutela di un nucleo crescente di diritti individuali, verso la quale sono orientati i sempre più raffinati strumenti di garanzia inseriti nel sistema giuridico, dall'indipendenza della magistratura, fino alle (relativamente recenti) forme di tutela giurisdizionale contro gli atti dell'amministrazione e alla rigidità della costituzionale, con il connesso controllo di legittimità delle leggi»²¹.

3. Stato d'emergenza: profili costituzionali

La Costituzione italiana non prevede alcun articolo che disciplina lo stato di emergenza/eccezione non rientrante nella categoria dello "stato di guerra" e nei casi posti negli articoli 13, 21 e 77 della Costituzione. Il costituzionalista Azzariti, nell'intervista rilasciata al quotidiano *La Repubblica* ha sottolineato la legittimità, per la tutela del diritto alla salute, delle misure eccezionali, purché limitate nel tempo²². Sui lavori preparatori alla Costituzione, i membri dell'Assemblea costituente non assunsero lo stato di eccezione come una regola in deroga a particolari situazioni di

²¹ F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *Rivista AIC*, 2007.

²² Cfr. L. MILELLA, *intervista a Gaetano Azzariti*, 8 marzo 2020 (https://www.repubblica.it/politica/2020/03/08/news/coronavirus_azzariti_le_misure_sono_costituzional_a_patto_che_siano_a_tempo_determinato_-250680089/).

necessità ed urgenza. In riferimento a ciò Giovanna De Minico, in un suo recente scritto, riportandosi ai lavori dell'Assemblea costituente, giustifica così la scelta dei costituenti: «sospendere i diritti di libertà equivaleva a sospendere la democrazia. Ritornare al tempo che preparò il secondo conflitto mondiale in Europa può aiutare a capire le ragioni di fondo dell'avversione alla clausola: l'art. 48 della Costituzione di Weimar, il cui peso fu decisivo sulla fine di quella Repubblica, aveva attribuito al Presidente del Reich il potere di adottare le misure necessarie a ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica. E così aveva creato le condizioni che da lì a breve avrebbero permesso a Hitler di arrivare al potere per una via formalmente lecita. L'art. 48 rappresentava dunque un triste esempio di una clausola, che, nata per difendere la democrazia, di fatto ne aveva favorito la dissoluzione a vantaggio del regime dittatoriale. Quindi, la storia stava suggerendo ai nostri Padri Costituenti un atteggiamento di cautela, da qui l'assoluto silenzio sul punto del testo approvato»²³. La non indicazione come previsione non determina una possibile applicazione attraverso un sistema di interpretazione analogica delle disposizioni poste: nel caso di specie agli organi costituzionali, quali il governo e il legislatore, spetta il potere di porre una conciliazione tra la prevenzione e il rispetto dei diritti e delle libertà riconosciute. Difatti la situazione emergenziale è oggetto di due teorie, quella monista e quella dualista: «la teoria monista deve il suo nome all'operazione di astrarre la funzione emergenziale dalla Costituzione, unica fonte di derivazione di ogni potere. Ne consegue che la funzione emergenziale avrà gli attributi propri del potere costituito: esiste se e nei limiti in cui l'ordinamento originario la preveda. Ecco il primo elemento di antitesi rispetto alla prospettazione dualista: un potere *in ordine* contro un altro *extra ordinem*. Si tratta pertanto di un'ipotesi di *potestas* che si muove in continuità con l'architettura costituzionale nella quale si va a inserire e che può sospenderla in parte e per un tempo definito. [...] Un'emergenza novativa dell'identità costituzionale ricorda invece la tesi dualista della funzione emergenziale; questa impostazione promuove la necessità da mero fatto *extra ordinem* a fonte originaria del diritto eccezionale, capace di sospendere libertà e principi fondativi di quell'assetto politico istituzionale per affermare complessi valoriali antitetici. Questa costruzione è chiamata dualista perché pone accanto alla costituzione la necessità la quale, pur mantenendo l'attributo *extra*, le scorre accanto con la medesima forza attiva e passiva. quindi, la necessità può tutto e nessun principio o valore costituzionale potrà resisterele, non essendo tenuta al rispetto del diritto preesistente, neanche di quello costituzionale, il che rimanda al suo

²³ G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, pp. 543-544.

fine: costringere l'ordinamento a evolversi dalla posizione in cui si trovava prima del fatto emergenziale in direzione di nuove dimensioni politiche. Questa necessità evolutiva presenterebbe una doppia natura: di fatto lecito rispetto al parametro di giudizio del nuovo ordine giuridico da essa stessa fondato; e anche di fatto illecito rispetto al parametro valutativo del vecchio ordine giuridico, solo in apparenza difeso, ma nella sostanza violato»²⁴. Dalla analisi delle norme costituzionali e della normativa legislativa, tenendo in considerazione i ruoli e i poteri conferiti dalla Costituzione, l'assimilazione del decreto di gennaio 2020 alla legge sulla protezione civile non ha ragione d'essere nella misura in cui l'ipotesi contemplata nella seconda normativa è un rilievo limitato, come rischio sanitario, ben diverso dalla realtà che stiamo vivendo. Lo stesso Presidente del Consiglio, nell'informativa alla Camera dei Deputati del 25 marzo 2020, afferma: «per la prima volta dalla fine del secondo conflitto mondiale, siamo stati costretti a limitare alcune libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, in particolare la libertà di circolazione e soggiorno (articolo 16), la libertà di riunione (articolo 17) nelle sue varie forme, la libertà finanche di coltivare pratiche religiose. I principi ai quali ci siamo attenuti nella predisposizione delle misure contenitive del contagio sono stati quelli della massima precauzione, ma, contestualmente, anche della adeguatezza e della proporzionalità dell'intervento rispetto all'obiettivo perseguito. È questa la ragione della gradualità delle misure adottate, che sono diventate restrittive via via che la diffusività e la gravità dell'epidemia si sono manifestate con maggiore severità, sempre sulla base delle indicazioni provenienti dal comitato tecnico-scientifico. Poiché il nostro ordinamento, e lo vorrei sottolineare, non conosce – a differenza di altri ordinamenti giuridici – un'esplicita disciplina per lo stato di emergenza, abbiamo dovuto costruire, basandoci pur sempre sulla legislazione vigente, un metodo di azione e di intervento che mai è stato sperimentato prima»²⁵.

Siamo dinanzi ad una nuova stagione costituzionale: sicuramente il Governo, come previsto anche dall'art. 77 della Costituzione, è l'organo che maggiormente può rispondere, come tempestività, a momenti temporali di straordinarietà ma con un ruolo ben definito di intervento del Parla-

²⁴ *Ibid.*, pp. 547-548.

²⁵ G. CONTE, *Coronavirus. Informativa del Presidente del Conte alla Camera dei deputati* (<http://www.governo.it/it/media/coronavirus-informativa-del-presidente-conte-alla-camera-dei-deputati/14379>). In merito alla figura del Presidente del Consiglio dei Ministri e sui suoi poteri il Governo ha preferito l'adozione di provvedimenti accentrando onde evitare attività normative delle Regioni, non in ossequio al dettato dei DPCM. Cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19 paper, 18 marzo 2020, p. 6.

mento, che nel caso di specie vede esautorare i suoi compiti. Tutto ciò è messo ancora più in evidenza da un Parlamento poche volte convocato e dall'uso ampio dei DPCM. Proprio quest'ultimi, poco utilizzati in passato essendo atti di volontà presidenziali, oggi rappresentano una fonte primaria per affrontare l'emergenza, tale da degradare il sistema delle fonti del diritto e mettere in risalto atti propriamente amministrativi: «in sintesi, questa inedita sequenza regolatoria fondata sui decreti legge e DPCM solo formalmente rispetta la gerarchia delle fonti, ma nella sostanza aggredisce l'ordine gerarchico e le riserve perché presenta un tessuto normativo che concentra la prescrittività, non tanto nel decreto legge, quanto nel DPCM, promosso sul campo a fonte monocratica quasi primaria»²⁶. Un uso improprio dei DPCM, anche dopo l'arretrarsi della fase pandemica, ha indotto

²⁶ G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, cit., p. 558. Scrive Azzariti: «lo stato d'eccezione non è il paradigma fondativo delle nostre comunità politiche, non è la regola, non può neppure essere legittimato come strumento di governo, deve invece nei limiti del possibile essere circoscritto. Se, infatti, non si può negare che la necessità "di fatto" assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento, non si deve accettare che terminato lo "stato di necessità" la rottura delle regole prosegua. In alcuni casi è la stessa Costituzione a indicare i limiti dell'eccezione, in altri tutto avviene fuori da ogni previsione normativa, nel vuoto delle norme». G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, pp. II-III. «Tutto si è giocato su questo rapporto tra decreto-legge e DPCM, all'inizio concepito in modo improprio come una sorta di delega in bianco e successivamente in modo più corretto, attraverso una più puntuale tipizzazione delle misure adottabili. Resta l'interrogativo se la strada intrapresa fosse davvero una strada obbligata o se non sarebbe stato preferibile, tenuto conto dei riflessi che il contenuto dei DPCM produce sulla tutela dei diritti fondamentali, esaurire nei decreti legge la previsione delle misure da adottare e rinviarne la disciplina specifica alla fonte regolamentare, fonte, come è noto sottoposta ad una serie di controlli preventivi (Consiglio di Stato e Presidente della Repubblica). Questa prassi ha posto una seconda questione di carattere generale relativa agli equilibri della forma di governo e, più in particolare in ordine al ruolo del Parlamento: escluso dalla dichiarazione dello stato d'emergenza ed escluso dalla definizione del contenuto dei DPCM la sua funzione si è limitata all'approvazione delle leggi di conversione dei decreti legge via via presentati dal Governo alle Camere. Una situazione che oggettivamente vede dunque penalizzato l'organo parlamentare, tanto da convincere il Governo ad impegnarsi a presentare alle Camere il contenuto dei DPCM prima della loro adozione, al fine di raccogliergli le osservazioni. Una previsione debole e che conferma, anche da questo punto di vista, i dubbi sulla correttezza del ricorso a questo tipo di fonte. Ancora, la terza questione riguarda i riflessi che il contrasto all'epidemia ha prodotto nei rapporti tra Stato e sistema delle autonomie. Al riguardo mi pare che due siano le considerazioni da fare. La prima è che in una situazione come quella che è venuta a crearsi è forse inevitabile che si sviluppi una spinta all'accentramento dei poteri decisionali (non foss'altro che per ragioni di tempestività degli interventi e delle misure messe in campo e per la necessaria unitarietà dei medesimi). La seconda è che questa spinta avrebbe dovuto essere bilanciata dalla previsione del rafforzamento degli strumenti di partecipazione a monte delle decisioni governative. Invece, proprio su questo piano, la prassi adottata ha visto l'attivazione di forme di coordinamento deboli, con la conseguenza del nascere di frizioni sfociate in certi casi in un aperto contenzioso nascente dal contrasto tra ordinanze regionali e la disciplina dettata dai DPCM. Si è toccato così con mano, per l'ennesima volta, quanto sia necessario ripensare a fondo il tema dei meccanismi che oggi regolano i raccordi centro-periferia, tema di cui si discute da almeno un trentennio senza che si sia arrivati a soluzioni pienamente soddisfacenti. Infine, la quarta questione attiene alle limitazioni imposte all'esercizio dei diritti di libertà, pressoché tutti coinvolti dalle misure restrittive adottate dal Governo, ben al di là della sola libertà di circolazione e soggiorno di cui all'art. 16 Cost. Al riguardo, oltre ai dubbi già espressi sul tipo di fonte utilizzata nella prassi, un discorso a parte merita la verifica di quanto le misure stesse rispondano ai criteri di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza rispetto alle finalità perseguite». P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, pp. 297-298.

comunque il Governo a proseguire il loro utilizzo mettendo totalmente in crisi il sistema delle fonti del diritto. L'auspicio è una stabilizzazione giuridica dell'emergenza, con la confluenza dell'intero parlamento: «rendere permanente ciò che dovrebbe essere precario, è indispensabile il consenso delle minoranze, il cui assenso deve crescere man mano che l'emergenza esce dalla temporaneità per avvicinarsi al paradigma della definitività. Quindi, compiere questa conversione causale della fattispecie emergenza – in un'espressione normalizzare lo stato d'eccezione, evento comunque sconsigliabile per la sua pericolosità – richiede una consapevolezza e un'aggregazione di consensi ben più ampie di quelle sufficienti a sostenere un Governo»²⁷.

4. Specialità del regime “eccezionale” del 2020 e l'idea di una nuova cittadinanza

L'inibizione alla libertà di circolazione sarebbe stata auspicabile con una fonte costituzionalmente garantita posta nel decreto legislativo o decreto legge. Si necessita di un maggiore coinvolgimento del Parlamento per le seguenti ragioni: il prolungamento dello stato di emergenza, il coinvolgimento dell'intero territorio nazionale e la proibizione allo svolgimento di diritti costituzionalmente garantiti. Osserva Cintioli: «il tema del coinvolgimento del parlamento sembra importante per più ragioni, evidentemente. Valga il profilo generale dei “pesi e contrappesi” che, se non altro per l'importanza del precedente istituzionale così segnato, viene comunque in gioco. Poi, sembra che la difficoltà delle scelte da prendere e il rischio che possano comportare crescente impopolarità – non solo quando si tratta di limitare la libertà di circolazione ma anche quando si tratta di attivare il ritorno al lavoro pur se in un contesto di non completo dominio della pandemia – potrebbe essere ovviata anche con queste forme di migliore e più ampia responsabilizzazione istituzionale. Il ruolo del parlamento, quindi, risulta piuttosto marginale. Il recupero sostanziale del dialogo tra maggioranza e opposizione in forme alternative, come l'istituzione di cabine di regia o la fissazione di dialoghi periodici non può sul piano dell'analisi giuridica (e, in verità, non solo su di essa) dirsi equivalente»²⁸. Uno Stato di diritto è tale se esiste la garanzia nella tutela dei diritti attraverso l'esistenza di una Costituzione. Quest'ultima non può pre-costituire uno stato di emergenza: ecco allora

²⁷ *Ibid.*, p. 562: «In ogni caso, sul piano dell'opportunità politica, si deve rilevare come l'utilizzo dei DPCM, sebbene consenta al governo di intervenire rapidamente per fronteggiare l'emergenza, rappresenti un aggiramento della dialettica parlamentare e non favorisca certo la collaborazione della maggioranza e delle minoranze parlamentari».

²⁸ F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it.*, Osservatorio emergenza Covid, 13 marzo 2020, p. 11.

una legalità ampia, di piena emergenza, con il governo capace di adottare le misure necessarie per affrontare la crisi. Dette misure, generali, astratte e motivate devono rappresentare il giusto bilanciamento tra il diritto alla salute e gli altri diritti come punto di equilibrio tra il principio di legalità e il principio di necessità, senza snaturare l'ordinamento costituzionale. La Costituzione necessita di «mantenere anche nei casi di emergenza alcune garanzie formali proprie dello Stato di diritto (o, in altri termini, di attenuare al massimo il distacco fra costituzione formale e costituzione reale)»²⁹. Al contrario c'è chi sottolinea che, a fronte di uno sbilanciamento a favore dell'esecutivo nei casi emergenziali, il principio di separazione dei poteri viene ripristinato attraverso il controllo parlamentare e le garanzie giurisdizionali³⁰. Ciò che ha fatto emergere questa pandemia è una democrazia che ha valorizzato il dovere di difendere la comunità sociale con la tutela del diritto alla salute. Una democrazia non è tale senza diritti, ma i doveri danno valenza giuridica e forza alla democrazia. Senza i doveri non esiste la nazione intesa come cittadinanza. L'egoismo individuale si tramuta in egoismo sociale quando i diritti e i doveri non si bilanciano a vicenda³¹. Siamo dinanzi alla possibilità di creare l'universalità della cittadinanza³²: l'obiettivo è «costruire un'Europa dei cittadini, e non solo dei mercati, di non avere come unico riferimento il *market citizen*, ma un cittadino pienamente inserito in un flusso di relazioni sociali»³³. La sussidiarietà e la solidarietà permettono la piena realizzazione della dignità umana e il compimento del bene comune. Al di là delle differenze che contraddistinguono gli individui, c'è un'idea comune, una dignità comune, che l'uomo gode per il semplice fatto di essere uomo, perché radicato nella natura della persona.

5. L'*iter* argomentativo alla sentenza in commento. Una diversa conclusione

Il Giudice di Pace è l'organo giurisdizionale preposto a dirimere le controversie civili di piccola entità. Ha specifiche competenze in materia civile, penale e amministrativa. La competenza civile è ampia, praticamente analoga a quella del Tribunale e regolata per valore. Quella amministrativa riguarda sanzioni e multe (comminate ai sensi della legge 689/81 e del codice della strada), quindi verbali, ordinanze/ingiunzioni e, in alcuni casi, cartelle esattoriali. Ai sensi della legge

²⁹ C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, p. 194.

³⁰ P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006, p. 237.

³¹ Cfr. L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014.

³² Cfr. M.C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari, 2014, p. 5.

³³ Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 33.

374/1991 l'articolo 1 recita «è istituito il giudice di pace, il quale esercita la giurisdizione in materia civile e penale e la funzione conciliativa in materia civile secondo le norme della presente legge. L'ufficio del giudice di pace è ricoperto da un magistrato onorario appartenente all'ordine giudiziario». Pertanto i giudici di pace appartengono alla giurisdizione ordinaria³⁴. Nel suo ruolo il Giudice di Pace di Frosinone ha fondato la sua decisione sulla illegittimità degli atti posti in essere dal potere esecutivo, inquadrando la questione sull'art. 16 della Costituzione che determina la possibilità di limitare la circolazione e il soggiorno per ragioni di natura sanitaria, ponendo così in capo al Parlamento, il luogo della normazione generale, e il Governo, il luogo dell'emanazione. Sicuramente un decreto legislativo avrebbe assolutamente attuato concretamente il rispetto delle fonti del diritto. Da questa idea come forma di auspicio, l'Ill.mo Giudicante di Frosinone ha statuito la sua decisione. Ne deriva che quando il divieto di spostamento è assoluto, limitando la libertà personale, vi è una incompatibilità con il principio di inviolabilità delle garanzie individuali che sono il fondamento dell'ordinamento italiano in quanto ordinamento di uno Stato democratico. Sulla scorta di tali argomentazioni il Giudice di pace ha accolto il ricorso e previa disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo (la dichiarazione dello stato di emergenza e il verbale opposto su di questa fondato) ha annullato la sanzione comminata.

Vanno poste alcune osservazioni. L'Ill.mo Giudicante erra quando qualifica gli atti del Governo come autoritari paragonabili ad un sistema sicuramente dispotico («del resto, tali illegittime

³⁴ Cfr. Cass., n. 19741/2014: «Con la legge istitutiva nasce e si sviluppa un modello di giudice laico (attualmente composto nella quasi totalità da avvocati) con funzione giurisdizionale propria, inizialmente solo in materia civile e poi anche penale, cui dapprima è affidata la trattazione di giudizi generalmente intesi di minor valore, cui è seguito l'ampliamento delle competenze stabilito nel tempo dal legislatore (ad esempio fino a € 20.000,00 nei giudizi di risarcimento per danno da sinistro stradale), per alleggerire il carico dei Tribunali e rispondere, con efficienza, alla domanda di giustizia». G. MORETTI, *Il Giudice di pace nella previsione della Legge n. 57/2016*, in *Questione Giustizia*, 2016. Il modello di giudice disegnato dal legislatore del 1991 «a metà tra onorarietà e professionalità ed investito, ex art. 7 cod. proc. civ., di una competenza ben più che bagatellare, come osserva un'attenta dottrina abbia assorbito l'intera competenza per valore del conciliatore e del pretore, oltre ad incunearsi in materie statisticamente assai rilevanti per il contenzioso civile con l'obiettivo primario di ridurre l'enorme carico di lavoro della magistratura togata, gravemente compromissivo della credibilità e dell'effettività dell'amministrazione della giustizia civile. Una prima, diacronica ricognizione del dato normativo consente così di cogliere il progressivo aumento della competenza non solo sotto il profilo del valore delle controversie, ma anche della loro rilevanza sociale rispetto a quelle riservate al vecchio giudice conciliatore. Il nuovo magistrato onorario (come ancora rilevato acutamente in dottrina) nasce allora come organo da proporre a difesa delle regole della convivenza e della tolleranza, poiché proprio in ordine a siffatte questioni l'elevato costo della giustizia aveva privato il cittadino della tutela giudiziaria, mentre il proposito di fare di tale giudice una sorta di Ombudsman togato è rimasto comunque vincolato a precisi limiti di competenza, funzionali al raggiungimento di scopi non di mera deflazione, bensì di più razionale distribuzione del carico giudiziario tra giudici diversi: in definitiva (come si è suggestivamente osservato), ad un recupero dell'efficienza come valore anche democratico, giacché sono i soggetti più deboli, i soggetti subalterni, quelli normalmente più colpiti dalle inefficienze del sistema e del sistema giurisdizionale, civile e penale» (cfr. Cass., ord. n. 21582/2014).

misure di sanità pubblica sono state recepite dal DPCM sul modello di quelle adottate in Stati non democratici, come la Cina, che hanno un ordinamento costituzionale autoritario giuridicamente incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale»). Il nostro è un sistema democratico, con una Costituzione rigida e valoriale: la pandemia ha colpito l'intero pianeta e i nostri padri costituenti non avrebbero potuto mai prevedere accadimenti simili. Negli ordinamenti europei, (quelli nati dagli orrori della seconda guerra mondiale, democratici e con applicazione piena del principio della separazione dei poteri), lo stato d'eccezione determina lo spostamento della competenza legislativa in capo all'organo esecutivo, non eliminando il controllo democratico degli organi costituzionali. La situazione di emergenza, temporanea, determina una compressione del sistema delle fonti giuridiche, con uno spostamento transitorio delle competenze: il ruolo dell'organo della rappresentanza parlamentare viene svilito dinanzi ad un rafforzamento del potere governativo. Siamo dinanzi ad un sistema "dinamico", ma non certamente dittatoriale: la democrazia non si annulla perché i suoi organi di garanzia possono osservare e intervenire per eventuali violazioni. La normativa in tema di protezione civile, disciplinando lo stato d'emergenza, consente una deroga al sistema generale: ammissione delle ordinanze in deroga al sistema legislativo vigente in casi di emergenza. La Corte costituzionale con la sentenza n. 418/1992 ha statuito «non risulta irrazionale infatti che, di fronte alla imminenza e alla gravità del pericolo per l'integrità di beni fondamentali per l'uomo, siano individuate autorità in grado di agire immediatamente, coordinando l'azione di tutti gli organismi implicati, né risulta irrazionale che tali autorità siano individuate in quelle statali, tenuto conto del coinvolgimento nella emergenza di amministrazioni di ogni livello, incluso per l'appunto quello centrale». La decretazione di urgenza da parte dell'organo esecutivo, costituzionalmente "controllato", determina una riduzione delle prerogative parlamentari ed in generale dello Stato di diritto. Sarebbe auspicabile un organo costituito *ad hoc* che possa esercitare le prerogative di un organo tendente al giudizio di conformità degli atti del Governo. Vincenzo Baldini, in *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, sintetizza così, concludendo, il ruolo dello Stato dinanzi alla pandemia: «in definitiva, anche ai tempi del Coronavirus resiste e si afferma lo Stato costituzionale di diritto quale presidio insuperabile a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, ben oltre lo zelo operativo delle istituzioni territoriali per cercare di contrastare la diffusione del virus. Buone, forse, le intenzioni dei rappresentanti di tali istituzioni, meno buoni sicuramente i rimedi apprestati. L'emergenza sanitaria deve essere con misure appropriate e ragionevoli da parte delle istituzioni e degli organi competenti, pur se tali misure comportano, come nella specie, il

sacrificio anche drastico di diritti di libertà. Tanto, però, non implica mai la rinuncia a una tutela giurisdizionale, ex artt. 24 e 113 Cost., quando il potere non sia esercitato in modo conforme alla legge e, perciò, si mostri illegittimo e prevaricatore. La Costituzione liberale con i suoi principi e valori anche nei tempi dell'emergenza segna la linea di discriminare tra ciò che è giusto e legittimo e ciò che, comunque, resta vietato. È un imperativo che vale per tutti»³⁵.

RAFFAELE MAIONE
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

³⁵ V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020, p. 14.

LOS MECANISMOS INSTITUCIONALES PARA LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA COVID-19. EL CASO ESPAÑOL

1. Introducción - 2. Los mecanismos institucionales del estado de alarma - 3. Las respuestas legislativas “ordinarias” en materia de salud pública - 4. Los instrumentos contenidos en la Ley de Seguridad nacional - 5. Conclusiones

1. Introducción

Nos encontramos, como es sabido, ante una situación de emergencia muy (por no decir totalmente) diferente frente a las situaciones de crisis inicialmente previstas en el momento de aprobación de la Constitución española. Prever una pandemia como la actual o haber tenido en cuenta (no solo a la hora de redactar el texto constitucional, sino también su consecuente desarrollo legislativo) la pandemia ocasionada por la mal denominada “gripe española” en los años 20 del siglo XX era impensable¹.

La Constitución prevé mecanismos para hacer frente a situaciones extraordinarias mediante la declaración de alguno de los tres estados o situaciones de emergencia previstos (alarma, excepción y sitio) y que fueron tempranamente desarrollados mediante la Ley Orgánica 4/1981². A los mecanismos institucionales ahí previstos dedicaremos el apartado 1 de este trabajo.

También se ha discutido la procedencia de la declaración del estado de alarma en lugar de utilizar otros instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico español y, en concreto, el que más ha sido propuesto como alternativo es el de la legislación de salud pública, la cual contiene otro instrumento o mecanismo para hacer frente a la crisis sanitaria: es el que determinan la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad del año 1986, modificada en el año 2003³. A los

¹ Sobre el tema cfr. el estudio de I. RAMOS VÁZQUEZ, *La epidemia de 1918-1919 y la acción del Estado en España*.

² Se ha discutido en la doctrina y en la opinión pública si el estado de emergencia a declarar era el denominado estado de alarma o el de excepción; a los efectos de este trabajo no interesa tanto esa duda, pues afecta a los derechos fundamentales que pueden ser limitados y no a los mecanismos institucionales dispuestos para hacer frente a la misma. Ver sobre este tema la aportación de M.J. CARAZO LIEBANA, *Limitación versus suspensión de derechos en el estado de alarma consecuencia de la Covid-19: el caso español*.

³ La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, contempla el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como órgano de coordinación entre el Estado y las CCAA, atribuyéndole una nueva composición y funciones. La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, permite a las autoridades “sanitarias” adoptar “medidas” en el caso de que «así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad» (art. 1): estas medidas son las de «reconocimiento, tratamiento,

mecanismos institucionales previstos en la normativa sanitaria dedicaremos el apartado 2 de este trabajo.

El tercer instrumento para hacer frente a la crisis es el previsto en la Ley 36/2015, de Seguridad Nacional, puesto que la misma, entre los riesgos o amenazas que afectan al nuevo concepto de seguridad nacional, incluye las pandemias. A los mecanismos institucionales previstos en esta última norma dedicaremos el apartado 3 de este trabajo.

Los mecanismos previstos en las citadas normativas (excepción, salud pública y seguridad) han sido utilizados, aunque tan solo el primero de ellos con la intervención de las Cortes Generales como elemento de control; el segundo prevé el control judicial; mientras que el tercero estaría sometido a los controles ordinarios políticos y jurisdiccionales⁴. El control en esta materia es importante en cuanto que la función de control recae sobre unos mecanismos cuya inteligencia final como instrumentos de lucha para afrontar la crisis es el clásico de concentrar el poder en manos del Poder Ejecutivo⁵.

Una premisa importante es que en toda esta materia no hay posibilidad de acceder (al menos hasta el momento de escribir este artículo, agosto de 2020) a información pública relativa a los acuerdos o a los debates o incluso las convocatorias de las distintas comisiones o órganos encargados de la gestión. El ejemplo paradigmático es la inexistencia total y absoluta de rastro

hospitalización o control» (art. 2) en el supuesto de que se aprecien «indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad»; y el art. 3 señala que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles» se pueden «adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», es decir, medidas “indeterminadas” pero necesarias para hacer frente a al riesgo de transmisión. Las medidas específicas que la norma contempla (hospitalización, control de enfermos y reconocimiento de estos), así como las indeterminadas, pueden restringir derechos fundamentales. En el ámbito institucional el art. 1 prevé únicamente una lacónica – pero amplia – mención a «las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias», las cuales podrán «adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad». Sobre las medidas “indeterminadas” ver J.R. VILLALBÍ, M. CUSÍ, J.A. CAYLÀ, J. DURÀN, J. GUIX, *El ejercicio de la autoridad sanitaria: los principios, lo reglamentado y la incertidumbre*, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 21 n. 2/2007.

⁴ El art. 24.3 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad nacional, solo exige que se informe inmediatamente al Congreso.

⁵ La materia ha despertado el interés de la doctrina, no solo nacional, sino también italiana, cfr. F. PASTORE *Dinamiche dei rapporti tra Governo, maggioranza e minoranze parlamentari*, en S. STAIANO, *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020; desde la óptica italiana para el caso español cfr. S. CURRERI, C. MARCHESE, *Il “voto telematico no presencial” nell’esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome*, en *Federalismi.it*, n. 12/2020, pp. 76 ss. Para una visión en profundidad (y amplia, pues abarca a los parlamentos autonómicos) cfr. AA.VV., *El parlamento ante el Covid-19, Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Zaragoza, 2020.

alguno de las reuniones del Consejo Interterritorial de Sanidad que ha sido el órgano encargado de la gestión de la pandemia una vez finalizada la declaración del estado de alarma. Los únicos documentos encontrados donde se hace mención a su existencia son los relativos a los debates que se han producido en sede parlamentaria⁶.

Ello supone que la información ha sido comunicada al público a través de los medios de comunicación y, lo que es peor, es que esa es la única forma en la que el estudioso o cultor de la materia tiene para acceder a la misma.

El problema es que la información de los medios de comunicación está muy ideologizada o sectorializada, por lo que pierde objetividad y, en consecuencia, los presupuestos obtenidos de esa información deben ser objeto de ponderación a la hora de extraer conclusiones fiables. Además, los partidos políticos han utilizado la gestión de la crisis como arma de su lucha política por lo que los medios de comunicación también reciben esta influencia que se traduce en un información parcial o inexacta. En definitiva, este problema metodológico en cualquier trabajo de investigación se traduce en este apartado introductorio en una primera conclusión y es el de la falta de transparencia en la gestión de la crisis⁷.

Por falta de transparencia queremos decir que no se puede acceder a los documentos originales sobre los que se apoyan las decisiones exceptuando aquellos que se hacen en forma de norma jurídica (pues han de ser publicados en el Boletín Oficial del Estado) o los debates en el Parlamento que también son objeto de reproducción. Y este punto es especialmente importante por qué la falta de transparencia/información tiene como consecuencia que la imputación de responsabilidades a las administraciones intervinientes va a estar condicionada por la capacidad de los actores políticos de comunicar con la ciudadanía a través de los medios de comunicación.

En otras palabras, el debate puede ir al margen de la realidad y sirva como ejemplo de lo que acabo de afirmar la idea que se ha transmitido a la opinión pública de que el Estado era durante el estado de alarma quién se encargaba de la compra centralizada de PCR y mascarillas

⁶ Esta falta de transparencia y de información se agravó con la decisión de la Secretaria de Comunicación de Presidencia del Gobierno de no permitir las preguntas libres por parte de los periodistas que cubren habitualmente la información del Gobierno; se cambió la metodología de las ruedas de prensa por la de seleccionar previamente las preguntas que se van a responder; ello condujo a una protesta de los medios de comunicación que decidieron no formular ninguna pregunta aunque seguían participando en las ruedas de prensa para poder informar a sus lectores. Véase: https://www.abc.es/espana/abci-abc-deja-participar-ruedas-prensa-censura-previa-gobierno-202004041745_noticia.html.

⁷ Véase al respecto el artículo publicado por el diario *El País* al mes de la declaración del estado de alarma: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-16/la-crisis-empana-la-transparencia-del-gobierno.html>.

mientras que en la realidad es que estas compras de material sanitario de lucha contra el coronavirus podrían ser (y eran) también efectuadas por las comunidades autónomas e incluso por las entidades locales⁸.

2. Los mecanismos institucionales del estado de alarma

La declaración del estado de alarma se produce mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, el cual recoge que el órgano competente para hacer frente a la crisis es el “Gobierno de la Nación” (art. 4.1). El Poder Ejecutivo asume así el denominado mando único para la gestión de la pandemia.

El apartado 2 de ese mismo artículo establece como «autoridades delegadas del Gobierno» a los Ministros de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad (a este último se le atribuyen, además, todas las competencias residuales necesarias para hacer frente a la crisis), los cuales quedan en todo caso bajo la superior dirección del “Presidente del Gobierno”.

El Decreto, en definitiva, concentra todo el poder en el Presidente del Gobierno el cual tendrá el apoyo de los cuatro ministros antes citados. Este conjunto del Presidente más los cuatro Ministros conformó lo que se denominó “Comité Técnico de Gestión del Covid-19”. Y aquí encontramos otro ejemplo de la falta de transparencia o de información; este Comité no está creado por el Real Decreto que declara el estado de alarma ni por ninguna otra norma aprobada por el Gobierno; la reunión del Presidente con los cuatro Ministros pasa a denominarse Comité Técnico de Gestión del Covid-19 por mor de las cosas, es un órgano no institucionalizado jurídicamente pero que es operativo en su funcionamiento, un uso institucional sin formalización

⁸ Un ejemplo de esta situación lo podemos leer en el periódico sobre información sanitaria y farmacéutica española denominado *El Global* en el siguiente link: <https://elglobal.es/politica/escudero-critica-que-el-estado-no-ha-puesto-facil-a-madrid-la-compra-de-material-sanitario/>. O también en el diario *La Gaceta Médica*: <https://gacetamedica.com/politica/salvador-illa-compra-centralizada-no-significa-compra-unica/>. Sobre la problemática de la adquisición de material sanitario puede verse la información ofrecida por el diario *El País* en el siguiente link: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-21/test-a-26-euros-y-mascarillas-a-051-el-gobierno-ha-gastado-al-menos-350-millones-en-material-sanitario.html>. O también en el diario digital *El Español* que hace un análisis a nivel internacional del caos de las compras, poniendo de relieve que la problemática no es solo de España sino internacional: https://www.elespanol.com/espana/politica/20200424/gobierno-perdiendo-batalla-test-jungla-canibal-proveedores/484702872_0.html.

jurídica⁹; e igualmente sucede con la composición que se irá paulatinamente ampliando para incluir a los 4 Vicepresidentes¹⁰.

La composición del Comité ya había sido ampliada previamente, pues junto a las autoridades delegadas/ministros se incorporaron también los “responsables técnicos” de los cuatro Ministerios, en concreto el Director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, el Jefe del Estado Mayor de Defensa, los Directores adjuntos de la Policía Nacional y Guardia Civil, así como el Secretario General de Transportes.

En definitiva, podemos afirmar que se produce una concentración de poderes en manos del Presidente del Gobierno quién, como no puede ser de otra forma, necesita recabar el apoyo de los Departamentos Ministeriales más directamente afectados o involucrados con la gestión de la crisis cómo son Sanidad, en primer lugar, el Ministerio del Interior para poder gestionar las posibles ejecuciones forzosas de las medidas restrictivas adoptadas, Transportes, puesto que la circulación y el abastecimiento de la población se convierte en un elemento clave para la paz social durante el confinamiento y, por último, Defensa por el significativo papel que el ejército desempeña en situaciones de emergencia a través de la denominada Unidad Militar de Emergencias (UME). Pero se trata de “apoyo” no de dirección de la crisis, pues es el Presidente quien ostenta y tiene la última palabra, es decir la “superior dirección”.

Este papel se verá reforzado con las reuniones semanales que mantendrá el Presidente del Gobierno con los Presidentes de los ejecutivos de las Comunidades y Ciudades Autónomas, las denominadas “Conferencia de Presidentes”¹¹.

⁹ Información obtenida en el diario ABC de 18 de marzo: https://www.abc.es/espana/casa-real/abci-preside-reunion-coronavirus-bajo-normas-distancia-y-seguridad-prescritas-202003181748_noticia.html. Su único reconocimiento “oficial” es de la Agenda del Presidente, donde se puede comprobar que el Presidente se reunía con ese Comité todos los días a las 9,30 horas: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/agenda/Paginas/index.aspx?mts=202004>.

¹⁰ Ver información diario ABC de fecha 16 de abril en el que se señala que a las reuniones de este Comité se han unido los 4 Vicepresidentes del Gobierno: https://www.abc.es/espana/abci-sanchez-incorpora-cuatro-vicepresidentes-comite-gestion-coronavirus-202004161015_noticia.html.

¹¹ La Conferencia de Presidentes es el órgano de máximo nivel político de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y ocupa la cúspide del conjunto de órganos de cooperación multilateral. Está formada por el Presidente del Gobierno, que la preside, y por los Presidentes de las diecisiete Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla. La Conferencia de Presidentes es un acuerdo político no formalizado jurídicamente por lo que su funcionamiento depende de la voluntad del Presidente del Gobierno (en primer lugar, pues es quien lo preside) así como de los restantes presidentes de los ejecutivos autonómicos (que quieran o no la celebración de la misma). La Conferencia de Presidentes ha tenido un funcionamiento irregular, se creó en el año 2004 y hasta el 5 de abril de 2020 tan solo se reunieron en seis ocasiones; el 5 de abril fue la primera reunión de la Conferencia de Presidentes con ocasión del coronavirus y se celebró durante la declaración del segundo periodo del estado de alarma. Durante el estado de alarma se celebraron Conferencias de Presidentes todos los domingos por videoconferencia. La

Es relevante señalar que el Presidente del Gobierno asume los poderes en la gestión de la crisis (no solamente los propios sino también los) de las Comunidades y Ciudades Autónomas y Entidades Locales; es por ello que el artículo 4.3 del Real Decreto que declara el estado de alarma permite a las comunidades y ciudades autónomas y entidades locales solicitar que se adopten algunas de las medidas necesarias previstas en el artículo 11 de la Ley 4/81¹².

En otras palabras, cabe la posibilidad de establecer medidas diferenciadas en función de territorios concretos conformados por los ayuntamientos o las comunidades autónomas, si bien esta diferenciación territorial va a depender en última instancia de la voluntad del Presidente del Gobierno que es quien debe adoptar la decisión. Hasta el momento las decisiones adoptadas han afectado a todo el territorio de forma igual, salvo en el momento de la desescalada, que fue haciéndose en función de los datos ofrecidos y también de las exigencias solicitadas por las Comunidades Autónomas.

Este es un hecho interesante, en cuanto el estado de alarma, precisamente, prevé la posibilidad de delimitarlo territorialmente. Puesto que su declaración puede – y en este caso así lo ha sido – limitar derechos fundamentales, debe regir el principio de la menor invasión o afectación de los derechos. Sin embargo, esto no se ha producido, desde mi punto de vista

última conferencia (a fecha 31 de agosto) tuvo carácter presencial y se celebró el 31 de julio en la Comunidad Autónoma de La Rioja. De nuevo debemos destacar que si bien la deliberación de estas conferencias – como sucede en general con los órganos de carácter político – es secreta, no lo son los acuerdos que deben ser publicados. Así lo establece el Reglamento de funcionamiento interno aprobado por la propia Conferencia en el año 2017, cuyo artículo 5.1 establece que «las reuniones de la Conferencia serán a puerta cerrada» pero el apartado 3 añade que «Al término de cada reunión se hará pública una relación de los acuerdos y las recomendaciones adoptados.» El Reglamento se encuentra en la página web del Ministerio de Política Territorial y Función Pública: http://www.mptfp.es/dam/es/portal/politicaterritorial/autonomica/coop_autonomica/Confer_Presidentes/REGL_IN_TERNO_CP_consolidado_jul2017.pdf.pdf. A día de hoy, o no se ha adoptado ningún acuerdo, o estos todavía no han sido publicados. La existencia “oficial” de la reuniones de la Conferencia tan solo figura en la Agenda del Presidente del Gobierno (ver <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/agenda/Paginas/index.aspx?mts=202004>). Una vez más el contenido de las reuniones se conoce a través de la prensa.

¹² El artículo 11 de la Ley 4/81 prevé las siguientes medidas:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto».

Por su parte el artículo 4.3 del Real Decreto de declaración del estado de alarma establece que:

«Los actos, disposiciones y medidas a que se refiere el párrafo anterior podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno».

desacertadamente, en base a la afirmación de que el “virus no tiene fronteras”; es cierto, además de obvio, que el virus no conoce fronteras, pero también es igualmente obvio que si hay territorios donde la incidencia es menor, las medidas restrictivas deben ser menores¹³; bien entendido, que cuando hablo de “territorios” no estoy haciendo referencia a ninguna demarcación administrativa (ayuntamientos o provincias) o política (Comunidades Autónomas), sino a “espacios sanitarios” dentro del territorio nacional. La uniformidad ha puesto así de manifiesto:

1) La dificultad de la coordinación, pues es claro que solo con mucha coordinación horizontal y vertical pueden hacerse perímetros “sanos” y perímetros “peligrosos”, en donde las restricciones de los derechos pueden modularse; y lo paradójico es que lo que se exige a la autoridad sanitaria a través de la normativa reguladora de la salud pública, no se le exija al Gobierno; de alguna manera es como si el funcionario tuviera más responsabilidad que el político, que el agente técnico de salud tuviera que ponderar más la limitación de los derechos, que los representantes del pueblo (y recuérdese algo también obvio que, en nuestro sistema parlamentario, los representantes directos son los diputados y senadores, pues el Gobierno es elegido indirectamente). En cualquier caso, cabe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre este tema al existir un recurso de inconstitucionalidad presentado contra el estado de alarma por el GP Vox.

2) La falta de atención o de ponderación a la hora de adoptar las medidas limitativas de derechos o, dicho de otra forma, la invasión de ámbitos de derechos fundamentales por la “comodidad” de la gestión de la pandemia. Y si esa ha sido un elemento característico de la gestión de pandemia por el Gobierno de la Nación, ese mismo defecto se ha trasladado a las Comunidades Autónomas en la fase de la desescalada, siendo ilustrativo al respecto el caso de la provincia de Granada en donde la Comunidad Autónoma de Andalucía optó por retrasar a toda la provincia la entrada en la siguiente fase de la desescalada, cuando el distrito sanitario del norte de la provincia presentaba evidencias de poder seguir avanzando en la desescalada. En consecuencia, “todos” los ciudadanos de la provincia de Granada tuvieron limitados durante una

¹³ La limitación a la restricción de los derechos fundamentales o, dicho de otra manera, el respeto escrupuloso de los derechos, tratando que la limitación sea lo menos invasiva posible, lo menos perjudicial para su ejercicio, no es un prurito de un profesor de derecho constitucional que defiende los principios metodológicos del sistema de derechos fundamentales (que también) sino que están recogidos en la LO 4/1981 en su art. 1.1. y, como no podía ser de otra forma, también en la Exposición de Motivos del Real Decreto 463/2020 que declara el estado de alarma. La misma legislación sanitaria también refleja esta especial preocupación por los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 26.2 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), así como la Ley 36/2015 de Seguridad Nacional.

semana más sus derechos de libre circulación, cuando tan solo una parte de los mismos estaban todavía en situación de riesgo.

Tan solo dos de las 17 Comunidades Autónomas (Cataluña y Castilla-León) se apartaron de la ‘comodidad’ y delimitaron las áreas sanitarias con riesgo de las que no lo tenían, dividiendo así el territorio por áreas sanitarias y no por provincias¹⁴.

3) Si la dirección es única, sin embargo, la “gestión” de esas directrices corresponde a las comunidades autónomas (así como a las entidades locales en el ámbito de sus competencias) tal y como establece el artículo 6 del Real Decreto por el que se declara el estado de alarma¹⁵. No podemos por falta de espacio e, incluso, de conocimientos técnicos, si esa gestión ha sido homogénea o por el contrario ha introducido factores de diversidad que han mejorado la productividad del sistema. Desgraciadamente las noticias solo se reciben a través de la prensa y, esta se centra siempre más en los aspectos negativos del tema, lo que hace necesario acudir a las fuentes (la normativa adoptada al respecto por las 17 Comunidades Autónomas) lo que es una tarea difícil, ardua, laboriosa y, en todo caso, nos sitúa en la parte de la previsión, pero no del resultado.

3. Las respuestas legislativas “ordinarias” en materia de salud pública

Otro de los mecanismos mediante los que hacer frente a la pandemia es el de las leyes reguladoras de la salud. Se trata de regulaciones sanitarias que facultan a las autoridades sanitarias para adoptar medidas que afectan desde el establecimiento de prestaciones personales a la requisita de material, pasando por la realización de controles obligatorios a enfermos e, incluso, a la población general, es decir todo un arsenal de medidas necesarias para frenar la expansión de

¹⁴ Al respecto véase el Apéndice de la Orden del Ministerio de Sanidad MSD/399/2020, de 9 de mayo y sus correspondientes actualizaciones.

¹⁵ En este mismo sentido el apartado Duodécimo de la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, habilita a las Comunidades Autónomas para seguir adoptando medidas en relación con espacios y profesionales sanitarios, así como para dictar resoluciones interpretativas, dejando claro que son las Comunidades Autónomas las que tienen que seguir gestionando sus sistemas de salud. Sin embargo, es importante destacar que el sistema de salud es un sistema nacional, aunque “autonómico”, por lo que la coordinación es un elemento básico el funcionamiento del sistema; sobre este tema hablaremos en el epígrafe siguiente.

determinadas enfermedades. Esta regulación sanitaria puede incluso llegar a afectar al ejercicio de derechos fundamentales¹⁶.

La brevedad del articulado de la Ley Orgánica 3/1986 permite de manera amplia a la vez que indeterminada (en cuanto a las concretas medidas) la adopción de los instrumentos necesarios para hacer frente a situaciones de contagio colectivo: la norma no ha limitado el tipo de medidas que pueden ser adoptadas para prevenir los contagios o la propagación de enfermedades, siendo prácticamente una norma en blanco en cuanto a los instrumentos que pueden ser prescritos por las autoridades sanitarias. La breve normativa de salud se caracteriza porque regula múltiples medidas para hacer frente a las crisis sanitarias (y casi todas afectan a los derechos fundamentales) así como por la existencia de una doble cláusula general de cierre; esta doble cláusula, por un lado, permite adoptar cualquier otra medida, aunque no prevista por la normativa y, por otro, tiene como objetivo aplicarse a toda clase de crisis sanitarias¹⁷.

Desde la perspectiva institucional debemos señalar que la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, habilita a la Administración General del Estado y a las administraciones de las Comunidades Autónomas (y ciudades de Ceuta y Melilla), en el ámbito de sus respectivas competencias, a la adopción de cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley. En este punto interesa recordar que la materia salud pública es una materia transferida a las Comunidades Autónomas y en la que el Estado ha quedado vaciado de competencias ‘materiales’,

¹⁶ Su regulación básica se recoge en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Esta norma contiene tan solo cuatro artículos pero habilita para adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control (artículo 2), realizar acciones preventivas generales, control de enfermos y de personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato así como aquellos «que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» (artículo 3) y, por último, el artículo 4º establece la posibilidad del suministro centralizado por la administración de medicamentos, productos sanitarios o cualquier otro producto necesario para la protección de la salud.

La anterior norma ha de ser completada con el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (que establece otro “cheque en blanco” – deslegalización – a las autoridades sanitarias al habilitarlas a adoptar «las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas») y el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en cuyo apartado primero vuelve a hacer una revisión en blanco a las autoridades sanitarias al permitirles «adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley», añadiendo en el apartado segundo medidas concretas adicionales, como la inmovilización o el decomiso de productos y sustancias, la intervención de medios materiales o personales, el cierre “preventivo” de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias o la suspensión del ejercicio de actividades o la intervención de industrias o comercialización de productos y sustancias; y cerrando la descripción de medidas reiterando la habilitación abierta del apartado primero: «Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud»).

¹⁷ Confrontar A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87/2020, pp. 24 ss., quien hace un análisis detallado de las mismas.

es decir, de competencias que tienen que ver directamente con la asistencia sanitaria¹⁸; sin embargo, al Estado le sigue correspondiendo la coordinación general de la sanidad¹⁹.

El sistema de salud, aunque descentralizado sigue siendo único, es decir, se debería hablar más correctamente de un “sistema autonómico de salud” que es algo distinto que hablar de “17 sistemas autonómicos de salud”. Para que se pueda hablar de un “sistema de salud autonómico” parece que es muy importante la existencia de una coordinación entre los distintos sistemas a fin de que se ofrezca una respuesta similar en todo el territorio nacional, coordinación que puede/debe ejercer el Estado directamente o a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En el ámbito de la coordinación con las Comunidades Autónomas se ha creado el *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, que es la Conferencia Sectorial del sector en el que participan el Ministro y los Consejeros de salud de las 17 Comunidades Autónomas (y las ciudades de Ceuta y Melilla). Como establece el artículo 69 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud el Consejo es «el órgano permanente de

¹⁸ Las competencias del Estado en materia de salud pública se circunscriben ahora a las materias señaladas en el artículo 149.1.16ª de la Constitución española: sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, y legislación sobre productos farmacéuticos. Para J. Tudela Aranda, «el problema no es que al Estado le corresponda la competencia sobre legislación básica y coordinación sanitaria. El problema es que el desarrollo competencial ha provocado que se trate de una competencia vacía», en *Agenda Pública*, 23 de mayo de 2020. Parece que el problema de la coordinación entre instancias territoriales con autonomía política y el Gobierno de la nación también es un problema en Italia; cfr. C. EQUIZI, *Il difficile dialogo tra stato e regioni al tempo del coronavirus: dov'è la leale collaborazione?*, en *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020; E. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici... e rischiosi*, en *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, habla de «frammenti sparsi di un non-dialogo tra le stesse Regioni nonché tra queste ultime e lo Stato, che produce l'effetto di ingenerare confusione, perplessità e sfiducia dei cittadini nelle istituzioni, nazionali e/o locali, oltre a sollevare non poche problematiche di ordine costituzionale».

¹⁹ La “coordinación” de la sanidad, debe ser entendida como la «fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario» (definición obtenida de la página web del Ministerio de Sanidad: <https://www.mschs.gob.es/organizacion/consejoInterterri/introduccion.html>). Cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Coordinación general sanitaria*, en *Derecho y salud*, vol. 15, n. 2/2007; P. REMACHA ROIG, *Administración sanitaria. Coordinación institucional en el estado autonómico*, en AA.VV., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, 2016. Una perspectiva pesimista del sistema cfr R. MÚZQUIZ VICENTE-ARCHE, *La coordinación sanitaria. Lo que se preveía y lo que resultó*, en *Revista de Administración Sanitaria*, n. 5/2007, pp. 435-437. Para J. TUDELA ARANDA, *Reflexiones territoriales (federales) alrededor de la crisis Covid-19*, en *Agenda Pública*, 23 de mayo de 2020, «la crisis ha puesto de manifiesto, en ocasiones de forma dramática, la escasez, si no directamente inexistencia, de eficaces resortes de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entres éstas. Durante muchos años, se ha denunciado el déficit de instrumentos de colaboración y coordinación como uno de los males más serios de nuestro modelo territorial. Y también se ha contra-argumentado señalando que existía mucha más cooperación de la que normalmente se decía y que la situación no era diferente a otros Estados federales. Bien, creo que hoy es ya imposible no compartir la idea de que se trata de un déficit estructural. La crisis ha puesto de manifiesto que no hay instrumentos para una coordinación efectiva ni siquiera en un supuesto de máxima gravedad».

coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado».

Al estar la competencia de sanidad descentralizada, todas las Comunidades Autónomas han procedido a aprobar sus respectivas leyes de salud, las cuales han establecido un sistema de prevención de salud pública epidemiológica muy similar al establecido en la legislación nacional, de la que ya hemos dado cuenta.

En base a esta legislación (es decir, en base a sus competencias constitucionales y estatutarias) las Comunidades Autónomas dictaron antes de la declaración del estado de alarma acordada por el Gobierno de la Nación distintas medidas orientadas a prevenir la expansión del virus²⁰ que fueron desde las decisiones iniciales de suspensión de la actividad escolar en todos los niveles educativos o los eventos públicos más masivos y recomendaciones sanitarias de higiene y distanciamiento social, hasta prever o ejecutar medidas más invasivas como controles médicos forzosos, confinamientos de personas o poblaciones, requisas de bienes, intervención de la sanidad privada o suspensión de derechos laborales del personal sanitario y de emergencias²¹.

Según Nogueira, el papel del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud antes de la declaración del estado de alarma fue una reunión del día 9 de marzo en la que se adoptaron medidas para zonas que se encontraban en fase de transmisión comunitaria significativa como la Comunidad de Madrid, la ciudad de Vitoria y la también localidad vasca de Labastida²².

²⁰ Para obtener una completa información de cuáles fueron dichas medidas se recomienda consultar el Código Electrónico publicado por el BOE, *Covid-19: derecho europeo estatal y autonómico*, en el formato PDF está el listado de todas las normas autonómicas dictadas. Cfr. https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355¬a=1&tab=2.

²¹ A. NOGUEIRA LÓPEZ, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87/2020, p. 24.

²² *Ibid.* La misma autora confirma en nota número 3 que «estas medidas no fueron publicadas y la web del Consejo no está actualizada en relación con los acuerdos y órdenes del día». Sin embargo, poco más podemos saber de cuál ha sido el papel del Consejo Interterritorial en cuanto la página web del Ministerio de Sanidad no ofrece mayor información, a pesar de que continuó reuniéndose pues así lo declara el Ministro de Sanidad en sus comparencias semanales ante la Comisión de Sanidad en el Congreso de los Diputados durante la vigencia del estado de alarma. Lo único cierto es que entre el 9 y el 14 de marzo las comunidades autónomas dictaron medidas para hacer frente a la crisis sanitaria y que posiblemente estas medidas tuvieran su origen en reuniones del Consejo.

Estas medidas sanitarias adoptadas por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa²³, deben pasar por control judicial, es decir, deben de ser autorizadas o ratificadas por el órgano jurisdiccional correspondiente de la Comunidad Autónoma quién debe decidir sobre la competencia para dictar ese tipo de medidas así como si las mismas son proporcionales al riesgo que tratan de evitar.

Para evitar, creemos, posibles diferencias en las resoluciones judiciales que hubieran conducido a una situación de perplejidad entre la opinión pública, así como hubiera debilitado la conformación de la responsabilidad individual tan necesaria para hacer frente a la expansión del virus, el Decreto del Gobierno declarando el estado de alarma procede a la convalidación de todas esas medidas adoptadas previamente por las Comunidades Autónomas²⁴.

Adicionalmente, la Orden del Ministro de Sanidad 232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, habilita a las Comunidades Autónomas para seguir adoptando medidas en relación con espacios o profesionales sanitarios, para dictar resoluciones interpretativas, en definitiva, para seguir gestionando sus sistemas de salud. En otras palabras, bajo el mando único y centralizado del Presidente del Gobierno de la Nación, la gestión material de la pandemia sigue correspondiendo a las Comunidades Autónomas, a las que se deja un amplio margen de maniobra. Posteriormente, en la fase de desescalada, las Comunidades Autónomas también jugarán un papel importante si bien el órgano decisor será siempre el Presidente del Gobierno.

Por todo ello cobra especial relieve la actuación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del que, sin embargo, casi ninguna noticia tenemos salvo las que aporta el Ministro Illa en las comparecencias ante el Congreso de los Diputados o en alguna nota de prensa publicada en el Ministerio de Sanidad. De la nota de prensa publicada con ocasión de la comparecencia del ministro ante el Congreso de los Diputados hemos podido descubrir- siempre en palabras del Ministro- que el Consejo Interterritorial se ha reunido 35 veces desde el 1 de marzo, lo que supone una media de 3 reuniones por semana; el Consejo –siempre en palabras del

²³ Artículos 8.6.2.º y 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Para las medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad, será competente la Audiencia Nacional (art. 11.1.i).

²⁴ Así la Disposición final primera establece que: «1. Quedan ratificadas todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales con ocasión del coronavirus Covid-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con este Real Decreto».

Ministro- ha informado sobre Reales Decretos Leyes, ha aprobado planes de alerta temprana, ha decidido sobre adquisición de mascarillas, en definitiva ha tenido un papel importante pero desconocido para la opinión pública así como para aquellos estudiosos que quieran saber cómo ha actuado este organismo. En la página web del Consejo, como ya hemos mencionado anteriormente, no están publicados ni el orden del día de las reuniones ni las actas de las reuniones, ni los acuerdos adoptados. Lo que sí que parece es que las reuniones eran útiles y necesarias en base a la gran cantidad de veces que estas se han producido²⁵.

Concluimos este apartado afirmando lo que mencionábamos en la introducción: la falta de transparencia y de información que en toda esta materia se ha producido. Esta falta de transparencia nos conduce al tercer epígrafe de este estudio.

4. Los instrumentos contenidos en la Ley de Seguridad Nacional

La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, establece un nuevo supuesto de emergencia, que es la figura o el caso de la «situación de interés para la Seguridad Nacional» (art. 23), que puede ser declarada por el Presidente del Gobierno ante situaciones críticas como lo son las epidemias y que permite la activación, desde la cúspide del Poder Ejecutivo estatal, de los numerosos elementos que componen la Seguridad Nacional. Entre ellos, muy significativa pero exclusivamente, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las Fuerzas Armadas.

A este tercer epígrafe, vamos a dedicar tan solo unas líneas pues, aunque también ha sido utilizado, es imposible saber hasta dónde, cuándo, con quiénes o con que intensidad, circunstancia que confirma de nuevo la escasa transparencia del proceso.

Podría sorprender que una Ley denominada de “seguridad nacional” pueda ser utilizada en circunstancias de crisis sanitaria²⁶. Sin embargo, la lectura del artículo 3 de la Ley 36/2015, de 28

²⁵ J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Información y transparencia en la gestión de la crisis sanitaria del Covid-19: Balance crítico*, en *Derecho y salud*, vol. 30, n. 1/2020, pp. 81-90. Para el caso italiano cfr. el muy interesante trabajo de M. ESPOSITO, *I numeri del Covid-19, Le falle nella comunicazione ufficiale in Italia durante i primi mesi dell'emergenza coronavirus*, en S. STAIANO, *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, cit., pp. 759 ss. donde señala no solo la importancia de la información, sino incluso como la deficiente información puede ser (y es) objeto de uso partidista.

²⁶ Para el Tribunal Constitucional, el concepto de “seguridad nacional” es más amplio que el circunscrito al de orden público propio de los cuerpos policiales o de defensa propio del ejército. En este sentido la STC 184/2016 (FJ 3) hace un resumen de lo que para el Tribunal consiste la seguridad nacional: «Según la jurisprudencia constitucional la “seguridad pública” se refiere a la «actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadanos»; aunque no se limita a regular «las actuaciones

de septiembre, de Seguridad Nacional, aclara este punto pues establece que la seguridad nacional no solo está dirigida a proteger, además de “la libertad y los derechos” (entre los que se encuentra el derecho a la vida), sino también el “bienestar” de los ciudadanos; y dentro del concepto de bienestar es claro que también está la materia de la salud.

Por si hubiera alguna duda, la Estrategia de Seguridad Nacional del año 2017 – que es la vigente – establece entre los riesgos y amenazas que deben ser tenidos en cuenta el de las pandemias.

Para hacer frente a una crisis, la Ley de Seguridad Nacional establece que la gestión de crisis en situaciones excepcionales debe afrontarse mediante la denominada “Situación de interés para la Seguridad Nacional” (art. 23) que debe ser declarada por el Presidente del Gobierno mediante un Real Decreto (art. 24.1). Obsérvese que, en este punto, tanto para esta “situación de interés” como para la declaración del estado de alarma se utiliza el mismo instrumento normativo, el Real Decreto. Y, al igual que esta última, la declaración de la “situación de interés” exige la información inmediata al Congreso (art. 24. 3.º)²⁷ si bien con una muy significativa diferencia: en el ámbito de la seguridad nacional el Congreso solo podrá utilizar los mecanismos ordinarios de control, así no tendrá la potestad para autorizar o denegar una prórroga o la posibilidad de incluir medidas u obligaciones concretas al Ejecutivo.

La razón de esta no-intervención del Parlamento parece evidente, en cuanto, efectivamente, estamos en presencia de una situación grave, pero no tanto como la de los instrumentos constitucionales previstos en los artículos 116 o 155 de la Constitución, en dónde el Parlamento tiene mucho más protagonismo, pues las facultades que pueden ser asumidas por el Comité de Situación (o la Autoridad funcional designada) son básicamente de coordinación: así se señala en el artículo 23.2 según el cual «La situación de interés para la seguridad nacional es aquella en la

específicas de la llamada Policía de seguridad», pues «la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública» que «abarca un amplio espectro de actuaciones administrativas» (STC 86/2014, de 29 de mayo, FFJJ 2 y 4, entre otras) e incluye «un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido» (STC 235/2001, de 13 de diciembre, FJ 6, y las allí citadas). Y sigue diciendo en el mismo FJ 3 «Esta interpretación restrictiva viene referida a la necesaria preservación de las competencias autonómicas, pero comporta situar “de modo predominante” dentro del concepto, como también declara la STC 25/2004, en el mismo FJ 6: «las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104 CE», así como: las situaciones o productos que son susceptibles de ocasionar graves riesgos para personas y bienes, lo que exige la adopción de medidas de especial intensidad».

²⁷ Para L. COTINO HUESO, *Los Derechos fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87/2020, p. 94, «La regulación de esta “situación” es pretendidamente críptica y deficiente, como viene a reconocer la misma STC 184/2016, de 3 de noviembre FJ 7º».

que [...] se requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes en el desempeño de sus atribuciones ordinarias [...]. garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles». En el mismo sentido el artículo 24.1.d) establece que la declaración de la situación de interés para la seguridad nacional incluirá el nombramiento de una autoridad “funcional” y la determinación de sus competencias para dirigir y “coordinar” las actuaciones que procedan. El hecho de ser adjetivada como autoridad funcional, pone de relieve ese perfil de gestor de competencias, antes que de responsable de la adopción de decisiones. Y en la gestión lo que se hace es utilizar las competencias existentes y en un Estado descentralizado política y territorialmente como es el español, la coordinación de esas competencias es de suma importancia²⁸.

Además, añade el apartado 3 del art. 23 que la situación de interés para la seguridad «se afrontará con los poderes y medios ordinarios de las distintas Administraciones Públicas». Ello significa, en nuestra opinión, que no cabe adoptar medidas excepcionales (que sí que caben en el estado de alarma) sino tan solo el de poner en marcha los mecanismos previstos en las regulaciones administrativas sectoriales relativas a la concreta situación de crisis. En el caso presente estaríamos hablando de utilizar la regulación sectorial referida a la salud, a la que ya hemos hecho mención en el epígrafe precedente indicando los instrumentos y alcance de los mismos.

El mecanismo de la Ley de Seguridad Nacional no ha sido puesto en marcha mediante un Real Decreto *ad hoc*, si no de forma indirecta o paralela con la declaración el estado de alarma. Es, precisamente, el mismo Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el que dispone en el artículo 4.4 la activación de «el Comité de situación previsto en la Disposición adicional primera de la Ley 36/2015 como órgano de apoyo al Gobierno en su condición de autoridad competente»²⁹.

Muy poca es la información que hemos podido obtener (solo noticias de prensa) y de la misma podemos afirmar que la actuación de los órganos previstos en la Ley de Seguridad

²⁸ Esta parece ser también la posición del Tribunal Constitucional en la ya citada STC 184/2016 cuando señala que la situación de interés es «un mecanismo de coordinación reforzada en el desempeño por cada Administración de sus atribuciones ordinarias, por lo que no altera el marco competencial» (FJ 7).

²⁹ La regulación de este órgano se contiene el recién aprobada Orden PRA/32/2018, de 22 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se regula el Comité Especializado de Situación.

Nacional ha sido de baja intensidad al menos a la luz de lo que señalan las noticias en los medios de comunicación³⁰.

A la falta de previsión del Consejo de Seguridad Nacional se le une también la falta de intervención del propio Departamento de Seguridad Nacional, que queda patente en la intervención del Director del Gabinete de Presidencia con ocasión de la presentación del Informe de Seguridad Nacional 2019 ante la Comisión Mixta Congreso-Senado de Seguridad Nacional el 25 de junio de 2020³¹. En dicha intervención, por una parte, no se hizo mención a actividad alguna desarrollada por el Departamento o el Consejo de Seguridad Nacional en relación al Covid-19 y, por otra parte, se destacó la necesidad de modificar la Estrategia Nacional 2017 -que tiene una duración prevista de 5 años-para, precisamente, incluir o insistir en el ámbito del riesgo de pandemias.

Respecto de la actuación del Comité de situación de crisis, que sería el órgano directamente encargado de llevar a cabo la tarea que le son propias, la única noticia que tenemos es que se reunió por primera vez el día 16 de marzo con el aspecto de haber sido una reunión más formal que funcional o de trabajo³².

³⁰ Así, por ejemplo, el Consejo de Seguridad Nacional se reunió a principios del mes de marzo y minimizó el riesgo de pandemia. Según el diario El País de 19 de junio de 2020 su titular dice que «El Consejo de Seguridad Nacional minimizó el 4 de marzo el riesgo de pandemia» añadiendo a continuación que «Diez días antes del estado de alarma consideró improbable una emergencia sanitaria» y en el cuerpo de la noticia «el máximo órgano asesor del presidente en materia de Seguridad Nacional, aprobó un informe que situaba el riesgo de que España sufriera una pandemia en 2020 como el más improbable de los 15 que contempla la Estrategia de Seguridad Nacional, con la excepción de la proliferación de armas de destrucción masiva; y el sexto menos peligroso de todos. Sí advertía de la necesidad de “modernizar los sistemas de vigilancia de la salud [pública] en España”».

³¹ Se puede obtener en la web del Congreso de los Diputados en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/DS/CM/DSCG-14-CM-14.PDF. En relación con los medios de comunicación ver: https://www.elconfidencial.com/espana/2020-06-25/ivan-redondo-coronavirus-informe-estrategia-seguridad-nacional_2655936/.

³² Según la propia Nota de Prensa de Moncloa: «Durante su intervención, la vicepresidenta primera del Gobierno ha instado a sus integrantes a proceder ante esta emergencia con “la máxima capacidad de reacción” y a trabajar con “absoluta eficiencia” en un escenario dinámico en el que las decisiones deben adoptarse “hora a hora” e impone la obligación de dar una respuesta “rápida y constante”». La misma Nota de Prensa señala quienes son los que se han reunido: «La reunión ha sido celebrada por videoconferencia y en ella han participado representantes de Presidencia del Gobierno; de Vicepresidencia Primera, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática; Vicepresidencia Segunda, Derechos Sociales y Agenda 2030; Vicepresidencia Tercera, Asuntos Económicos y Transformación Digital; Vicepresidencia Cuarta, Transición Ecológica y Reto Demográfico; del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación; de Justicia; Defensa; Hacienda; Interior; Transportes, Movilidad y Agenda Urbana; Industria, Comercio y Turismo; Agricultura, Pesca y Alimentación; Política Territorial y de Función Pública; Sanidad; Ciencia e Innovación; CNI y Secretaría de Estado de Comunicación», es decir, los miembros imprescindibles según la Orden de creación de este Comité (PCM/219/2020, de 13 de marzo) y, al que no han asistido otros tal y como prevé el art. 5 de la misma Orden, entre otros «a las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades con Estatuto de Autonomía, o de la Administración Local», teniendo en cuenta que su “contribución” era no solo “necesaria” sino que también afectaba

5. Conclusiones

Dividimos estas en “Constataciones” y en “Opiniones personales”.

Las “constataciones” son:

1) Falta de transparencia en la gestión de la pandemia, en el sentido de que falta información oficial de quien, como y porque se han adoptado las decisiones en todos los niveles institucionales que han participado en la gestión, desde el Presidente del Gobierno hasta las administraciones autonómicas, pasando por las Conferencias de Presidentes de Comunidades Autónomas o el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

2) Los mecanismos de control se han diluido, no solo los político-institucionales, sino los informales consistentes en el turno de preguntas tras las ruedas de prensa.

3) Concentración de poderes en manos del Presidente del Gobierno, bien por la vía del mando único asumido en el Real Decreto que declara el estado de alarma, bien por la vía de la declaración de la “situación de crisis” prevista en la Ley de Seguridad nacional.

4) Contacto permanente entre el Presidente del Gobierno de la Nación y los Presidentes de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia de Presidentes.

5) Contacto permanente entre el Ministro de Sanidad y los Consejeros de Sanidad/Salud de las Comunidades Autónomas a través de reuniones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud

6) La habilitación de los anteriores canales de coordinación no permite averiguar si la coordinación ha sido efectiva o no. Lo cierto es que el estado de alarma y las medias adoptadas han sido uniformes en todo el territorio nacional, sin que las Comunidades Autónomas tuvieran un papel relevante en el ámbito de la gestión.

Esa uniformidad ha facilitado mucho la actividad administrativa autonómica, en cuanto se trataba de ejecutar una medida y no de moldearla.

Esa falta de modulación ha supuesto en muchos casos una lesión de derechos fundamentales que han visto su libertad deambulatoria limitada por más tiempo del razonable.

7) La declaración del estado de alarma no ha supuesto la asunción de competencias por parte del Gobierno de la Nación de la gestión de la pandemia, que ha quedado en todo momento

«a sus respectivas competencias»
(<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mpresidencia14/Paginas/2020/160320-covid19-calvo.aspx>).

en manos de las Comunidades Autónomas, tanto a nivel de compras de material, como de gestión de personal, como de organización de las estructuras sanitarias.

8) Los instrumentos previstos en la Ley de Seguridad Nacional y que han sido implementados ofrecen un papel borroso, incierto, indeterminado de la nueva competencia del Presidente en materia de seguridad nacional.

9) La implementación de los instrumentos de la Ley de Seguridad Nacional no quedan muy claros.

Las “Opiniones personales” son:

1) La poca fiabilidad de las conclusiones que puedan obtenerse de la gestión de la pandemia por falta de información y, en consecuencia, su falta de utilidad pro-futuro

2) La falta de transparencia genera un uso partidista de la información: los medios de comunicación usan esa información de manera sesgada y sin posibilidad de ser contrastada.

3) La falta de información no permite individuar la responsabilidad atribuible a cada administración, algo que es básico en el juego de la democracia. Los datos han sido sustituidos por las declaraciones, las afirmaciones científicas por las opiniones. Los hechos han sido sustituidos por el relato.

4) La concentración de poder en el Presidente no ha tenido consecuencias materiales significativas (el uso o abuso del decreto-ley, que podría un termómetro de esa concentración, es una circunstancia que cabe calificar normal), pero sí una mayor aparición del Presidente en los medios de comunicación, lo cual hoy en día es muy important.

5) El contacto entre las administraciones autonómicas y la central a nivel de presidentes y de consejeros podría abrir una buena práctica político-administrativa propia de un Estado descentralizado políticamente: el fomento de la coordinación, ámbito inexistente en España durante la construcción y consolidación del Estado autonómico.

6) La posibilidad de llevar a cabo una gestión diferenciada no parece haber sido utilizada por las Comunidades Autónomas, en cuanto todas (excepto 2), por ejemplo, no han introducido matices en la desescalada optando por la comodidad del ámbito provincial o autonómico antes que el del “área sanitaria”.

7) Del examen llevado a cabo no podemos ni afirmar ni negar la existencia de un “sistema autonómico de salud” (es decir, un sistema nacional gestionado por las Comunidades Autónomas en función de sus peculiaridades, pero sin desigualdades; un sistema coordinado que ofrezca

respuestas similares –que no tienen por qué ser iguales- en todo el territorio del Estado) pues la falta de claridad o la ausencia de información impide llegar a una conclusión satisfactoria. Lo que sí que parece evidente es que el Estado ha carecido de “músculo” en la actividad de coordinación, incapacidad que puede provenir de la falta de instrumentos concretos que hagan efectiva esa realidad, como por ejemplo la inexistencia –o inoperancia- de la alta inspección.

8) El procedimiento de gestión de crisis en el ámbito de la seguridad nacional requiere una clarificación de su concreta implementación, no pareciendo ser un sistema funcional.

JORGE LOZANO-MIRALLES
Universidad de Jaén

*GOLDEN POWER E POWER TO REGULATE A FRONTE DELL'EMERGENZA
SANITARIA: DUE FACCE DELLA STESSA MEDAGLIA*

1. Introduzione - 2. Il meccanismo di controllo degli investimenti esteri diretti istituito nella cornice dell'Unione europea - 2.1. I poteri di controllo statale degli investimenti diretti esteri, o *golden powers*, e il loro rafforzamento come effetto dell'emergenza epidemiologica. Il caso italiano - 3. Cenni alle modalità di esercizio dei *golden powers* nel contesto di Paesi extra-europei: il caso statunitense - 4. Il *power to regulate* quale interferenza ulteriore con il godimento e la profittabilità degli investimenti diretti esteri. Il controverso rapporto con i *golden powers* - 5. Conclusioni

1. Introduzione

La crisi economica diffusasi a partire dal 2008 a livello globale e aggravatasi inevitabilmente per effetto della recente emergenza epidemiologica da Covid-19, se per un verso ha evidenziato la necessità di rafforzare la cooperazione tra Stati in una molteplicità di settori, primo fra tutti quello sanitario, per altro verso è stata all'origine di politiche marcatamente protezionistiche, segnando una rinnovata espansione dell'intervento dello Stato nell'economia e con essa un inedito ritorno a teorie economiche che sembravano oramai superate. Tra queste politiche, le misure adottate sia dentro che fuori dal continente europeo in materia di investimenti esteri diretti (IED) assumono un rilievo affatto particolare¹ e offrono l'occasione per riflettere sulle due diverse tipologie di interferenza che uno Stato può realizzare con riferimento agli stessi: una interferenza *a monte* (o pre-ammissione), specie attraverso l'esercizio del cd. *golden power*, ossia un insieme di poteri speciali (ad esempio quello di opporsi all'acquisto di partecipazioni in società operanti in settori strategici) funzionali a scongiurare *preventivamente* i possibili effetti pregiudizievoli di un investimento straniero su taluni interessi pubblici preminenti; e una interferenza *a valle* (o post-ammissione), realizzata per lo più attraverso il cd. *power to regulate*, ossia il diritto sovrano di uno

¹ Più in generale, la crescente rilevanza di considerazioni sovraniste nel dibattito politico sembra riflettersi anche sul ruolo dello Stato nell'arbitrato in materia di investimenti, di cui è in atto da tempo una profonda rimediazione. Ci si riferisce alle diverse proposte di riforma volte sia ad affermare una competenza statale esclusiva circa la composizione di liste di potenziali arbitri internazionali sia ad istituzionalizzare maggiormente questa forma di arbitrato. Sul punto sia consentito rinviare ai lavori in corso nell'ambito del Working Group III dell'UNCITRAL (https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state), nonché alle discussioni e alle riforme realizzate in ambito europeo, per le quali si veda, tra gli altri, G. ZARRA, *The New Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Proposed by the EU and the Geneva Centre for International Dispute Settlement. A Step forward or a Hasty Reform?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, pp. 389 ss.

Stato di assumere provvedimenti lesivi degli interessi degli investitori laddove ciò si renda necessario, ancora una volta, per tutelare un interesse pubblico rilevante.

Sia del primo che del secondo potere daremo conto nelle pagine che seguono. Segnatamente, muovendo dal rilievo per cui il *golden power* e il *power to regulate* sono esercitabili sulla base di presupposti (quale l'esigenza di tutela della salute) che spesso coincidono, la questione che si intende indagare è se uno Stato che interferisce con la profittabilità di un investimento attraverso l'esercizio del primo potere sia poi legittimato a realizzare una interferenza ulteriore attraverso l'esercizio del secondo; e ciò nonostante sia *l'interesse pubblico da proteggere sia le circostanze di fatto esistenti al momento dell'investimento* siano gli stessi. Detto diversamente, si tratta di stabilire se in un caso come questo il controllo preventivo esercitato dallo Stato ospite sia idoneo a generare nell'investitore la legittima aspettativa per cui il suo *asset, una volta ammesso*, sarà al riparo da eventuali misure che possano pregiudicarne il godimento.

2. Il meccanismo di controllo degli investimenti esteri diretti istituito nella cornice dell'Unione europea

Per inquadrare correttamente la questione *de qua*, e avendo anzitutto riguardo al contesto europeo, occorre muovere dal regolamento n. 2019/452 del Parlamento e del Consiglio del 19 marzo 2019², il quale, in vigore dal 10 aprile dello stesso anno ma applicabile solo a partire dall'11 ottobre scorso, istituisce un quadro per il controllo degli IED realizzati da operatori extra-europei (art. 1, par. 1). Si tratta in particolare di una disciplina adottata nella cornice dell'azione europea in materia di politica commerciale comune³ e che pur ribadendo l'importanza degli IED ai fini della crescita dell'Unione (di cui rafforzerebbero «la competitività, creando posti di lavoro ed economie di scala, apportando capitali, tecnologie, innovazione e competenze e aprendo nuovi mercati per le esportazioni dell'Unione», *considerando* n. 1), consente agli Stati di sottoporli a controllo, ancorché nel rispetto di un insieme di regole comuni volte, almeno in linea di princi-

² Il regolamento è consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=IT>. Al riguardo si vedano, tra gli altri, i diversi contributi apparsi in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, pp. 57 ss. e S. SCHILL, *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, pp. 105 ss.

³ Come è noto, infatti, con le modifiche intervenute nel 2009 con il Trattato di Lisbona, il settore degli IED è stato incluso nella più ampia azione europea in materia di politica commerciale comune (art. 207 TFUE), la quale, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. e), TFUE, è di competenza esclusiva dell'Unione.

pio, a favorire una più stretta cooperazione sia nei loro rapporti reciproci sia nei rapporti con la Commissione.

Ora, come è stato efficacemente sintetizzato in dottrina⁴, il regolamento si muove lungo tre diverse linee direttrici: i) la *procedimentalizzazione* dello scrutinio degli investimenti; ii) l'*oggettivizzazione* dei criteri sulla base dei quali accertare la pericolosità dell'investimento in termini di sicurezza e ordine pubblico; e infine iii) l'*istituzionalizzazione* dei meccanismi di cooperazione.

Per quanto riguarda il punto *sub i*) a venire in rilievo è l'art. 3, ossia la norma che dopo aver ribadito la facoltà per gli Stati membri di «mantenere, modificare o adottare meccanismi per controllare gli investimenti esteri diretti nel loro territorio per motivi di sicurezza o di ordine pubblico», fissa le caratteristiche a cui detti meccanismi andrebbero informati e che sono: la trasparenza («[l]e norme e le procedure connesse ai meccanismi di controllo, compresi i termini temporali pertinenti, devono essere trasparenti e non operano discriminazioni tra paesi terzi», par. 2), la certezza dei tempi («[g]li Stati membri applicano termini temporali nel quadro dei rispettivi meccanismi di controllo», par. 3), l'effettività («[g]li Stati membri che dispongono di un meccanismo di controllo mantengono, modificano o adottano le misure necessarie a individuare e prevenire l'elusione dei meccanismi di controllo e delle decisioni di controllo», par. 6) e infine la possibilità di essere contestati dagli investitori attraverso la predisposizione di adeguati mezzi di ricorso («[g]li investitori e le imprese interessati hanno la possibilità di presentare ricorso contro le decisioni di controllo delle autorità nazionali», par. 5). La procedimentalizzazione finisce dunque per rappresentare una garanzia anzitutto per gli operatori stranieri che di fatto vengono messi nella condizione di conoscere in anticipo i margini entro cui gli Stati possono muoversi. Che sia così del resto si desume chiaramente dal *considerando* n. 7 del regolamento, e dall'importanza che esso attribuisce alla garanzia della «*certezza del diritto* per quanto riguarda i meccanismi di controllo» (corsivo aggiunto).

Passando ora alla seconda linea direttrice, ossia all'*oggettivizzazione* dei criteri che consentono finanche di impedire l'operazione di un investitore straniero, ad assumere importanza è l'art. 4 del regolamento (rubricato «[f]attori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione»). Così, il par. 1, sul presupposto che è di competenza esclusiva degli Stati dare contenuto ai valori della «sicurezza» e dell'«ordine pubblico», elenca (senza pretesa di

⁴ G. SCARCHILLO, *Golden Powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al Regolamento (Ue) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2020, pp. 569 ss., in particolare p. 593.

esaustività) una serie di settori essenziali per la difesa dei valori in questione (ad esempio infrastrutture critiche quali energia, trasporti, acqua, salute ecc.), invitando gli Stati e la Commissione a considerare gli effetti potenziali di un investimento diretto estero su tali settori e dunque, di riflesso, sulla sicurezza e l'ordine pubblico. Anche il par. 2, d'altra parte, si muove nella stessa logica dell'oggettivizzazione, ma con riferimento ai requisiti soggettivi dell'investitore straniero: «Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione tengono altresì conto, in particolare, se: a) l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti; b) l'investitore estero sia già stato coinvolto in attività che incidono sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in uno Stato membro; o c) vi sia un grave rischio che l'investitore intraprenda attività illegali o criminali».

Per quanto riguarda l'*istituzionalizzazione*, infine, gli articoli 6, 7 e 8 indicano le modalità attraverso cui gli Stati membri (sia nei loro rapporti reciproci, sia nei rapporti con la Commissione) cooperano in relazione rispettivamente a i) investimenti esteri diretti oggetto di un controllo in corso; ii) investimenti esteri diretti non oggetto di un controllo in corso e infine iii) investimenti esteri diretti che possono incidere su progetti o programmi di interesse per l'Unione. Si tratta dunque di meccanismi che, attraverso una serie di regole procedurali, istituzionalizzano la cooperazione in un settore ove sembra ve ne sia particolarmente bisogno; basti pensare all'ipotesi (contemplata dall'art. 6, par. 3) in cui un investimento estero diretto sia idoneo a incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico di più di uno Stato.

2.1. I poteri di controllo statale degli investimenti diretti esteri, o *golden powers*, e il loro rafforzamento come effetto dell'emergenza epidemiologica. Il caso italiano

Senza entrare nel dettaglio delle singole legislazioni nazionali, è sufficiente ricordare che gli Stati membri si sono progressivamente adeguati al nuovo regolamento dell'Unione. Così ha fatto anche l'Italia, che da un lato, già con la disciplina *golden power* di cui ai d.l. nn. 21/2012⁵ e

⁵ Decreto legge 15 marzo 2012, n. 21, *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, G.U. Serie Generale n. 63 del 15 marzo 2012 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2012/03/15/012G0040/sg>).

22/2019⁶, aveva anticipato parte delle soluzioni adottate nel regolamento, e dall'altro lato, con d.l. n. 105/2019⁷, ha provveduto all'adeguamento di tale disciplina al suo contenuto.

L'emergenza epidemiologica, peraltro, è stata all'origine di un rafforzamento ulteriore dei poteri speciali, grazie soprattutto alla comunicazione della Commissione europea del 25 marzo 2020⁸. La Commissione, infatti, consapevole che in una situazione del genere l'apertura dell'Ue agli investimenti esteri andasse bilanciata da adeguati strumenti di controllo onde evitare scalate ostili su *asset* strategici, ha anzitutto invitato «gli Stati membri ad avvalersi, appieno, dei meccanismi di controllo degli IED per tenere conto di tutti i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche, per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici e per altri settori critici, come previsto nel quadro giuridico dell'Ue». La stessa Commissione, d'altra parte, ha invitato «quegli Stati membri che attualmente non dispongono di un meccanismo di controllo, o i cui meccanismi di controllo non riguardano tutte le operazioni pertinenti, a istituire un meccanismo di controllo completo e, nel frattempo, ad avvalersi di tutte le altre opzioni disponibili per far fronte ai casi in cui l'acquisizione o il controllo di una determinata impresa, infrastruttura o tecnologia comporti un rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico nell'Ue, compresi i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche e per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici».

Il monito della Commissione non ha tardato a trovare riscontro anche nel nostro ordinamento giuridico. Così, il decreto liquidità (d.l. n. 23/2020)⁹ ha reso più efficaci i meccanismi già esistenti ed esteso l'ambito di applicazione della disciplina *golden power* sia *ratione materiae*, includendovi tutti i settori strategici indicati dal già citato art. 4 del regolamento Ue del 2019

⁶ Decreto legge 25 marzo 2019, n. 22, *Misure urgenti per assicurare sicurezza, stabilità finanziaria e integrità dei mercati, nonché tutela della salute e della libertà di soggiorno dei cittadini italiani e di quelli del Regno Unito, in caso di recesso di quest'ultimo dall'Unione europea*, G.U. Serie Generale n. 71 del 25 marzo 2019 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/03/25/19G00032/sg>).

⁷ Decreto legge 21 settembre 2019, n. 105, *Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica*, G.U. Serie Generale n. 222 del 21 settembre 2019 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/09/21/19G00111/sg>).

⁸ Comunicazione della Commissione europea, *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)*, 25 marzo 2020, C(2020) 1981 (https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158676.pdf).

⁹ Decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*, G.U. Serie Generale n. 94 dell'8 aprile 2020 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/04/08/20G00043/s>).

(compresi il settore finanziario, creditizio e assicurativo)¹⁰, sia *ratione personarum*, estendendone parzialmente l'efficacia anche a soggetti esteri intraeuropei, ossia provenienti da altri Stati membri dell'Unione, ancorché con un limite temporale fissato al 31 dicembre 2020; si tratta nello specifico del caso in cui un investitore o anche un'amministrazione pubblica di uno Stato membro acquisisca il controllo di società operanti nei settori strategici appena richiamati¹¹.

In estrema sintesi, allo stato attuale, una impresa (di un Paese terzo o europeo a seconda dei casi) attiva nei settori in questione è tenuta a notificare al Governo una informativa completa su talune delibere e atti societari; il Governo, a sua volta, nell'esercizio dei poteri speciali, può: i) opporsi all'acquisto di partecipazioni; ii) porre il veto all'adozione di delibere societarie; e infine iii) imporre specifiche prescrizioni e condizioni. Inoltre, sempre il decreto liquidità ha previsto la possibilità per il Governo di aprire il procedimento anche d'ufficio, laddove le imprese interessate non adempiano i summenzionati obblighi di notifica¹².

3. Cenni alla modalità di esercizio dei *golden powers* nel contesto di Paesi extra-europei: il caso statunitense

Anche fuori dal continente europeo, invero, il controllo sugli investimenti esteri diretti si è progressivamente rafforzato. E ciò a prescindere dalla situazione emergenziale causata dalla pandemia da Covid-19.

Solo per limitarsi a un esempio piuttosto significativo, basti pensare all'ampliamento dei poteri del Comitato sugli investimenti esteri negli Stati Uniti (CFIUS, secondo l'acronimo inglese), ossia il Comitato del Governo federale americano presieduto dal Segretario al Tesoro, e il cui compito è quello di analizzare le implicazioni per la sicurezza nazionale degli investimenti stranieri in alcuni settori strategici, tra cui (oltre alla sicurezza) la tecnologia, le telecomunicazioni, le infrastrutture e l'energia¹³.

¹⁰ Si veda *supra* par. 2.

¹¹ Artt. 15-17, d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

¹² Per una ricostruzione del quadro normativo italiano in materia si vedano i diversi contributi apparsi in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 141 ss.; G. SCARCHILLO, *Golden Powers e settori strategici nella prospettiva europea: il caso Huawei. Un primo commento al Regolamento (Ue) 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 584 ss.; F. TOSI, *L'attuale fisionomia del Golden Power nell'ordinamento giuridico italiano*, in *diritto.it*, 2017.

¹³ Per un'analisi del meccanismo statunitense di controllo degli investimenti esteri diretti si veda di recente C. MANN, *The Global Rush Toward Foreign Direct Investment Screening: Lessons from the United States*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 15 ss. Più in generale, poi, per una analisi

In particolare, il meccanismo di funzionamento del Comitato non è molto dissimile dalla procedura adottata in Italia, nel senso che è suo potere avviare l'esame di una operazione a seguito della notifica volontaria da parte degli investitori o di una segnalazione da parte di terzi ovvero anche a prescindere dall'una e dall'altra; laddove l'operazione sia ritenuta rischiosa per la sicurezza nazionale, è possibile imporre determinati requisiti e finanche bloccarla.

Ebbene, per far fronte al crescente pericolo di acquisizioni estere di settori strategici, i poteri del Comitato sono stati significativamente rafforzati grazie al *Foreign Investment Risk Review Modernization Act*, promulgato ad agosto 2018 ed entrato in vigore lo scorso 13 febbraio 2020¹⁴. Così, ad oggi, gli investimenti soggetti a monitoraggio includono nuove tipologie di transazioni, tra cui acquisizioni immobiliari in aree sensibili e partecipazioni societarie, comprese quelle minoritarie, che fornirebbero accesso a informazioni sensibili o tecnologie afferenti al business della società.

4. Il *power to regulate* quale interferenza ulteriore con il godimento e la profittabilità degli investimenti diretti esteri. Il controverso rapporto con i *golden powers*

L'esame svolto finora mostra una chiara tendenza, sia dentro che fuori il continente europeo, a controllare l'accesso degli investimenti esteri diretti sulla base di criteri stringenti, posti da normative che se da un lato recano con sé l'indubbio vantaggio di essere particolarmente dettagliate, e dunque "certe" in termini di prevedibilità riguardo la loro applicazione, dall'altro lato, e almeno in apparenza, si atteggiavano a strumenti intrinsecamente protezionistici. La prospettiva però cambia, e di non poco, se la questione viene esaminata avendo riguardo all'intera durata economica dell'investimento, ossia: alla luce degli ulteriori poteri che lo Stato ospite può esercitare su di esso nella fase successiva all'ammissione nel territorio nazionale; e che l'attuale situazione di emergenza sanitaria rende sempre più incisivi nell'ottica di tutelare la vita della popolazione. Il riferimento va al cd. *power to regulate* e agli effetti pregiudizievoli che il suo esercizio può produrre sul godimento e la profittabilità dell'investimento. Sul punto valgono le considerazioni che seguono.

L'interferenza con gli investimenti diretti esteri realizzata in via preventiva e sempre più frequentemente a livello nazionale va di pari passo con gli impegni che un numero crescente di Stati assume a livello internazionale con il fine precipuo di favorire l'afflusso di capitale straniero. E in-

in chiave comparatistica dei meccanismi di screening, si rimanda allo studio della International Bar Association, *Summary of the System of State Intervention in Foreign Investments in Selected Jurisdictions*, 2020, pp. 68-69.

¹⁴ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/285/united-states-of-america-foreign-investment-risk-review-modernization-act>.

fatti se è vero che il diritto internazionale generale non pone alcun margine a meccanismi di *screening* preventivi (tanto da indurre taluno a parlare di una sorta di “autodeterminazione economica”¹⁵), e che sul piano pattizio gli Stati si limitano per lo più a regolamentare l’ammissione degli investimenti esteri in linea con la disciplina nazionale, ossia conservando un’ampia discrezionalità¹⁶, è altrettanto vero che sempre sul piano pattizio, ma con riferimento a investimenti già ammessi nel territorio del Paese ospite, gli stessi Stati sono invece inclini a limitare la propria sovranità. Si tratta soprattutto di accordi bilaterali conclusi tra lo Stato ospite e lo Stato dell’investitore, e contenenti una serie di garanzie materiali, tra cui il principio del trattamento giusto ed equo, che i due Stati riconoscono reciprocamente agli investitori dell’altro Stato. Questa circostanza, per quanto possa apparire paradossale, in realtà si spiega agevolmente: la decisione se investire o meno in un Paese straniero dipende non solo e non tanto delle eventuali restrizioni che potrebbero incontrarsi al momento dell’accesso, ma soprattutto dal quadro normativo in cui l’investimento (una volta ammesso nel territorio dello Stato ospite) è destinato a inserirsi.

D’altra parte, il fatto che lo Stato ospite assuma degli impegni convenzionali nei confronti degli investitori di un altro Stato non gli impedisce di disattenderli, laddove ciò sia richiesto dalla necessità di tutelare un interesse pubblico rilevante. Questa deroga agli obblighi internazionali si realizza proprio attraverso l’esercizio del *power to regulate*, il quale, come già anticipato, si identifica con il potere dello Stato di comprimere i diritti degli investitori nel legittimo perseguimento di interessi collettivi essenziali¹⁷.

¹⁵ Sul punto si veda di recente L. FUMAGALLI, *The Global Rush Towards National Screening Systems on Foreign Direct Investment: A Movement Facing No Limits? Remarks from the Point of View of Public International Law*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 45 ss., in particolare p. 47: «Rules of customary international law [...] do not deal with the ‘admission’ of FDIs. Those rules of general international law, in other words, do not put any limit of principle to the freedom of States to govern, or even forbid, foreign investment. Therefore, no limits are put to the screening of FDIs, through the mechanisms set by States in order to define the procedures for the exercise of such sovereign right. Control on admission of foreign investment is a component of the sovereignty of States and an apparent application of a sort of right of ‘economic self-determination’».

¹⁶ Con riguardo ai diversi approcci seguiti in tema di ammissione degli IED si veda di recente G. ROJAS EL-GUETA, *Il rapporto tra discipline nazionali in materia di foreign direct investment screening e diritto internazionale degli investimenti*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, cit., pp. 175 ss.

¹⁷ Sul *power to regulate* si vedano, in generale, C. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Oxford, 2014; A. PELLET, *Police Powers or the State’s Right to Regulate*, in M. KINNEAR (a cura di), *Building International Investment Law: The First 50 years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 447 ss.; G. ZARRA, *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*, in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, pp. 95 ss.

Più nello specifico, il potere in parola ha trovato un ampio riconoscimento sia nella prassi arbitrale sia nella prassi convenzionale, fino al punto da rendere per lo meno plausibile l'esistenza al riguardo di una vera e propria norma di diritto internazionale generale¹⁸.

Così, già nel lodo nel caso *Marvin Feldman c. Messico*¹⁹, il tribunale arbitrale investito della controversia ha riconosciuto espressamente l'esistenza di una consuetudine per cui ogni governo avrebbe il potere di agire per la protezione di un interesse pubblico essenziale, anche laddove ciò comporti l'adozione di misure pregiudizievoli per gli investitori stranieri e senza peraltro l'obbligo di provvedere alla riparazione del danno²⁰.

D'altra parte, il numero di accordi o modelli di accordi bilaterali contenenti una clausola specifica al riguardo aumenta costantemente.

Per i primi, si pensi all'art. 23 dell'accordo Nigeria-Marocco²¹, in base al quale «in accordance with customary international law and other general principles of international, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives».

Per i secondi, si abbia riguardo proprio all'esperienza italiana. L'art. 4 della bozza del nuovo modello di trattato bilaterale di investimento (rubricato *Investment and Regulatory Measures*) stabilisce infatti quanto segue: «1. For the purpose of this Agreement, the Contracting Parties reaffirm within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment, or the promotion and protection of cultural diversity. 2. For greater certainty, the mere fact that a Contracting Party regulates, including through a modi-

¹⁸ In proposito cfr. *Methanex Corporation v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 agosto 2005, Part IV, Chapter D, par. 7; *Saluka Investment B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 marzo 2006, par. 253 ss.; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 luglio 2016, par. 290 ss. Per la prassi più risalente in materia, ma in un contesto diverso da quello dell'arbitrato in materia di investimenti, cfr. *Iran – U.S. Claims Tribunal, Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case Nos. 128 and 129, Interlocutory Award (Award No. ITL 55-129-3), in *Iran – U.S. Claims Tribunal Reports*, 1985, Vol. IX, pp. 248 ss. (in particolare, par. 90); *Iran – U.S. Claims Tribunal, Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and The United States of America*, IUSCT Case No. 880, Award (Award No. 460-880-2), 29 dicembre 1989, in *Iran – U.S. Claims Tribunal Reports*, 1989, Vol. XXIII, pp. 378 ss., par. 26.

¹⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 dicembre 2002.

²⁰ *Ibid.*, par. 103.

²¹ Accordo sulla reciproca promozione e protezione degli investimenti tra il Governo del Regno del Marocco e il Governo della Repubblica federale della Nigeria, firmato il 3 dicembre 2016 e non ancora entrato in vigore (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>).

fication to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Agreement». In breve, dunque, non solo lo Stato ha il potere di adottare misure regolatorie per fini legittimi quali la protezione della salute pubblica, ma anche di farlo compromettendo la profittabilità di un investimento e senza che ciò assurga a una violazione di un obbligo convenzionale²².

Ora, indipendentemente dalla natura giuridica del *power to regulate*, resta il fatto che un numero significativo di Stati ne fa applicazione e che molti dei presupposti che ne giustificano l'esercizio sono gli stessi sottesi ai *golden powers*. Si tratta di una circostanza tutt'altro che irrilevante, specie ove si consideri il cortocircuito nel quale si potrebbe cadere.

Poniamo il caso che un investitore, nell'attuale situazione di emergenza sanitaria, decida di investire in Italia in un settore critico qual è quello della salute pubblica, ad esempio acquistando partecipazioni in una società privata di produzione di mascherine chirurgiche, e si attivi per conseguenza il meccanismo di controllo tipico della disciplina *golden power*. La questione è quella di stabilire se, una volta superato positivamente lo *screening* in entrata e ammesso nel territorio italiano, lo stesso investimento, sulla base della medesima esigenza di tutela della salute e in presenza delle stesse condizioni esistenti al momento dell'ammissione, possa essere interessato da una ulteriore interferenza dello Stato ospite che nell'esercizio del *power to regulate*, e dunque senza alcun obbligo di risarcire il pregiudizio arrecato, decida ad esempio di nazionalizzare quella società²³.

Ebbene, a noi sembra che la risposta non possa che essere negativa, nel senso che nell'ipotesi appena prospettata l'esercizio dei poteri speciali da parte del governo genera inevitabilmente nell'investitore la legittima aspettativa (tutelata da un principio dell'ordinamento internazionale)²⁴ per cui il suo investimento sarà stabile e duraturo. Del resto, qualora detta aspettativa venisse disattesa, vi sarebbero senz'altro le condizioni per lamentarne la violazione, ad esempio –

²² Una bozza del modello è stata pubblicata in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, pp. 396 ss. Si veda anche il commento di A. PETRANGELI, M. SILVI, M. MALAGUTI, *Why and How to Upgrade the Italian Model BIT*, pp. 389 ss.

²³ Sul tema si veda G. LAMPO, *L'impatto del Covid-19 sui diritti degli investitori stranieri: le misure di contenimento dell'epidemia come espressione del "power to regulate" dello Stato ospite*, in P. ACCONCI ed E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, pp. 239 ss.

²⁴ Si tratta in particolare del principio che impone agli Stati di non frustrare l'affidamento generato in un soggetto da una condotta altrui, inducendolo a confidare nel conseguimento di un determinato risultato. Si veda in proposito, anche per la bibliografia ivi citata, F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, L'Aja-Heidelberg, 2018, pp. 86 ss.

in presenza di una clausola arbitrale inserita nel trattato bilaterale di investimento tra lo Stato ospite e lo Stato di nazionalità dell'investitore – rivolgendosi al competente tribunale arbitrale.

5. Conclusioni

In definitiva, le considerazioni che precedono, svolte anche attraverso la lente dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, convergono nel porre in luce la natura caleidoscopica dei *golden powers*, la cui funzione muta inevitabilmente a seconda della prospettiva da cui vengono osservati. E infatti se per un verso i poteri speciali rimangono uno dei tipici strumenti tramite cui lo Stato interviene nell'economia, limitando l'accesso di investimenti esteri diretti suscettibili di incidere negativamente sull'ordine pubblico e la sicurezza nazionale; per altro verso questi stessi poteri, laddove “certifichino” la compatibilità dell'investimento con le esigenze sovrane dello Stato che li ospita, ne assicurano la stabilità e la durevolezza, assumendo le sembianze di un altrettanto tipico strumento di garanzia.

FULVIO MARIA PALOMBINO
Università degli Studi di Napoli Federico II

LA TORTUOSA STRADA DEL “BLOCCO” DEI LICENZIAMENTI DURANTE LA PANDEMIA ATTRAVERSO IL SUSSEGUIRSI DEI DECRETI LEGGE FINO ALLA LEGGE DI BILANCIO PER IL 2021

A) PRIMA FASE: dal decreto Cura Italia al decreto Rilancio. 1. L’assetto iniziale - 2. I licenziamenti collettivi. La preclusione dell’avvio di nuove procedure e la sospensione di quelle pendenti: tempistica e ambito di applicazione - 3. Lo stop al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo: la delimitazione dell’ambito di applicazione - 4. Limiti temporali ed effetti sulla procedura di conciliazione *ex art. 7*, legge n. 604/1966 - 5. La peculiare ipotesi di revoca del licenziamento individuale per g.m.o. - 6. L’indagine sulla violazione delle disposizioni esaminate: la nullità del licenziamento - 7. Le conseguenze in relazione ai diversi regimi sanzionatori sul licenziamento illegittimo - 8. Il regime delle impugnazioni - 9. L’esclusione del blocco in caso di riassunzione per subentro nuovo appaltatore - 10. Il divieto di licenziamento in caso di aspettativa per Covid-19

B) SECONDA FASE: dal decreto d’agosto (d.l. n. 104/2020) al decreto “ristori” (d.l. n. 137/2020) fino alla legge di bilancio per il 2021. 11. Dal blocco a geometria variabile del Decreto d’agosto, al blocco di nuovo fisso con il Decreto “ristori” - 12. Il blocco “condizionato” del d.l. n. 104/2020 - 13. La questione dell’applicazione del blocco per i datori che non vogliono e non possano usufruire delle integrazioni salariali o dell’esonero - 14. Il ritorno al blocco generalizzato con il d.l. “ristori” n. 137/2020 - 15. Le eccezioni condivise dai d.l. n. 104 e 137/2020: la fine del blocco in caso cessazione dell’attività di impresa - 16. Il superamento del blocco tramite accordo collettivo aziendale di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro - 17. Il flash del temporaneo ampliamento temporale della possibilità di revoca del licenziamento - 18. Le incrementalmente tensioni sul piano manageriale e sul piano della pur sostenibile tenuta costituzionale del divieto

A) PRIMA FASE: dal decreto Cura Italia al decreto Rilancio. 1. L’assetto iniziale

Nel diritto del lavoro “dell’emergenza epidemiologica” declinato nel d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 trovano spazio, nell’art. 46, anche disposizioni espressamente dedicate ai licenziamenti, collettivi e individuali. La palese intenzione del legislatore è – anche con riguardo al licenziamento – quella di tentare di mitigare gli effetti negativi sui lavoratori della pandemia in corso, o, meglio, delle sue conseguenze sul piano economico.

Guardando al lontano passato, un provvedimento simile risulta essere stato assunto soltanto a seguito della grave situazione economico sociale determinatasi dopo gli eventi bellici, attraverso il d.lgs. luogotenenziale n. 523 del 1945, con efficacia peraltro limitata alle imprese industriali dell’Alta Italia (dall’Emilia Romagna in su)¹.

¹ È interessante notare che il blocco ivi delineato – attuato, s’intende, in un contesto storico e normativo del tutto diverso e non comparabile con l’attuale – in caso di non possibile utilizzo del lavoratore, consentiva al datore di

In breve, per il periodo stabilito, viene precluso l'avvio delle procedure per i licenziamenti collettivi e le procedure pendenti vengono sospese; al contempo il datore di lavoro non può procedere a licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo. Le fin troppo laconiche disposizioni in materia pongono, a mio avviso, tre questioni, che peraltro si intersecano: individuare i limiti temporali di efficacia, delimitare il loro raggio di applicazione e indagare sulle conseguenze di una loro violazione, nel silenzio sul punto del legislatore.

Per questa, che consideriamo la prima fase, alcune brevi considerazioni verranno svolte ad un'altra ipotesi eccentrica rispetto a quanto disposto dall'art. 46, ma comunque contenuta nel d.l. n. 18/2020, che delinea una peculiare ipotesi di divieto di licenziamento in materia di congedi per emergenza Covid-19².

2. I licenziamenti collettivi. La preclusione dell'avvio di nuove procedure e la sospensione di quelle pendenti: tempistica e ambito di applicazione

L'art. 46, d.l. n. 18/2020, in relazione al primo versante così dispone: «A decorrere dalla entrata in vigore del presente decreto, l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge n. 223/1991 è precluso per 60 giorni e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti successivamente alla data del 23 febbraio 2020».

In relazione alla durata di tali provvedimenti, il *dies a quo* per la preclusione e per la sospensione è quello del 17 marzo 2020, data di entrata in vigore del d.l. n. 18/2020³, a decorrere dalla quale deve essere calcolato il termine di 60 giorni. Il *dies ad quem*, quindi, originario, era quello del 15 maggio 2020. La lettera della legge mi pare chiara, anche nel confronto con quanto la stessa norma, con formula diversa, dispone in relazione alla diversa ipotesi della sospensione delle procedure pendenti successivamente alla data del 23 febbraio, cioè dal 24 febbraio. Non si tratta, peraltro, di un termine processuale, sicché va computato anche il 17 marzo, giorno in cui già aveva vigenza il blocco.

Successivamente, attraverso il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (disponibile tuttavia solo dal 20 maggio 2020) il legislatore ha deciso di sostituire nel d.l. n. 18/2020 l'originaria durata del blocco

lavoro di collocarlo in aspettativa (art. 2), con il pagamento di un'indennità di importo stabilito dalla legge, in parte a carico dell'impresa, in parte a carico della gestione dell'assicurazione contro la disoccupazione (art. 4); prevedeva inoltre la possibilità di una sospensione temporanea anche parziale della prestazione lavorativa (art. 8).

² Art. 23, comma 6, d.l. n. 18/2020.

³ Ai sensi dell'art. 127, d.l. n. 18/2020: «Il presente decreto entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e sarà presentato alle Camere per la conversione in legge».

di «60 giorni», con una di «cinque mesi»⁴. La durata del blocco è quindi ora fissata al 17 agosto 2020, ma il legislatore ha così creato un blocco “ciambella”, cioè col buco in mezzo. Invero, considerando che il precedente originario periodo di 60 giorni veniva a scadere il 15 maggio 2020, vi sono stati tre giorni (16, 17 e 18 maggio), in cui il blocco non era più vigente, al netto della problematica riguardante il 19 maggio 2020, data di entrata in vigore del nuovo d.l. n. 34/2020, pubblicato in G.U. del 19 maggio 2020, ma in realtà apparsa solo il 20 maggio 2020.

In un tale quadro pare difficile sostenere, peraltro in mancanza di specifiche indicazioni nello stesso d.l. n. 34/2020, che la disposizione citata abbia carattere retroattivo, a dire il vero comunque improprio, in quanto determinato da una modifica della disposizione originaria. Ovviamente l’annuncio della reiterazione del blocco, veicolato prima della sua originaria scadenza attraverso i mezzi di informazione, non poteva assumere alcun valore sul piano giuridico.

Al contempo, non si potrebbe escludere un’interpretazione tesa a validare l’efficacia (impropriamente) retroattiva delle disposizioni del d.l. n. 34/2020, tanto che ragioni di prudenza avrebbero dovuto indurre i datori di lavoro a soprassedere anche per quei tre-quattro giorni.

Quanto, poi, al campo di applicazione di tali previsioni, sia per la preclusione come per la sospensione, il riferimento è alle ipotesi individuate dagli artt. 4, 5 e 24, legge n. 223/1991. Si tratta della procedura di mobilità, ovvero quella che prelude al licenziamento collettivo, dopo l’esperimento infruttuoso della cassa integrazione guadagni straordinaria⁵, nonché direttamente la procedura di licenziamento collettivo, non preceduta dall’intervento della cassa integrazione straordinaria. Non può che rientrare nell’ipotesi descritta anche il caso del licenziamento collettivo per cessazione di attività⁶. La normativa in esame trova applicazione anche per la categoria dei dirigenti, laddove coinvolti in procedure di licenziamento collettivo⁷, mentre, invece, come vedremo, sul versante del licenziamento individuale si deve ritenere che il blocco non tocchi la figura del dirigente.

Resta da aggiungere che la sospensione delle procedure in corso opera a partire dal 17 marzo 2020 solo per quelle «pendenti successivamente alla data del 23 febbraio 2020», da intendere, quindi, a partire dal 24 febbraio 2020. In ordine al momento in cui si può ritenere “pendente” una procedura di mobilità o di licenziamento collettivo, si deve ritenere che questo avvenga con la

⁴ Art. 80, comma 1, lett. a), d.l. n. 34/2020.

⁵ Art. 4, comma 1, legge n. 223/1991.

⁶ Art. 24, comma 2, legge n. 223/1991.

⁷ Art. 24, comma 1, legge n. 223/1991.

presentazione del primo atto utile a iniziarla, cioè occorre far riferimento alla comunicazione preventiva, da inviare da parte delle imprese che intendano effettuare una procedura di mobilità o di licenziamento collettivo alle rappresentanze sindacali aziendali, nonché alle rispettive associazioni di categoria⁸. La suddetta comunicazione va considerata atto recettizio *ex art.* 1334 cod. civ. e, dunque, la sospensione potrà essere esclusa soltanto nel caso in cui la stessa sia giunta a conoscenza dei destinatari in data antecedente al 24 febbraio 2020.

Le procedure iniziate prima del 24 febbraio non vengono toccate dalla sospensione e, quindi, possono essere portate a compimento con l'intimazione dei licenziamenti, anche se questo avvenga durante il periodo di blocco, cioè dal 17 marzo al 15 maggio 2020.

Quanto all'identificazione della violazione, dalla lettera della legge si può quindi pianamente dedurre che nel caso di avvio di procedure di licenziamento collettivo o di non sospensione, cioè di prosecuzione di quelle in corso al 24 febbraio 2020, il licenziamento debba essere, per questo solo motivo, considerato illegittimo.

3. Lo stop al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo: la delimitazione dell'ambito di applicazione

Passando al secondo versante, quello del licenziamento individuale, l'art. 46 dispone che sino alla scadenza del suddetto termine (cioè dei cinque mesi, fino al 17 agosto 2020), «il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/1966». Si tratta come noto, del licenziamento intimato per «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»⁹. La precisazione posta all'applicazione della norma «indipendentemente dal numero dei dipendenti», forse rafforzativa nell'intenzione del legislatore, risulta in realtà anodina, priva cioè di un apprezzabile significato, giacché, come noto, nella normativa sui licenziamenti individuali il numero dei dipendenti rileva per individuare il regime di tutela applicabile in caso di licenziamento illegittimo, ma non assume alcun valore in ordine al motivo, qui oggettivo, che deve essere posto alla base del licenziamento.

Quanto alla delimitazione dell'ambito di applicazione della disposizione, nell'ipotesi previ-

⁸ Art. 4, comma 2, legge n. 223/91. La medesima disposizione prescrive che in mancanza di Rsa (o, si deve ritenere, di Rsu) «la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale».

⁹ Art. 3, legge n. 604/1966.

sta di licenziamento per giustificato motivo oggettivo pare dover rientrare quello per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, che viene appunto pacificamente ricondotto a quella ipotesi¹⁰.

Controversa rimane, invece, l'ipotesi del licenziamento per superamento del periodo di comporta per malattia, che si dovrebbe ritenere non rientrante nel blocco, in quanto per comune opinione si tratta di un'ipotesi a sé stante di licenziamento, per questo non ascrivibile a quella del giustificato motivo oggettivo¹¹. Tuttavia, si potrebbe considerarla “assimilabile” a quest'ultima, rimarcandone la natura comunque non disciplinare, tanto da includerla nel blocco valorizzando la *ratio* dello stesso.

Il riferimento esplicito alla fattispecie di cui all'art. 3, legge n. 604/1966 porta, poi, a escludere dal divieto il licenziamento del dirigente, che risulta fuori dal campo di applicazione della legge n. 604/1966¹². Peraltro, è noto che la giurisprudenza, con indirizzo consolidato, ritenga che la nozione di giustificatazza introdotta dalla contrattazione collettiva in materia di licenziamento del dirigente vada nettamente distinta dalle nozioni di giusta causa *ex art.* 2199 cod. civ., nonché da quella di giustificato motivo *ex art.* 3, legge n. 604/1966¹³. Quindi, non sarà possibile ritenere ingiustificato un licenziamento di un dirigente per motivi economico-organizzativi, solo in quanto questo sia stato intimato nel periodo in cui vige il divieto di licenziamento per g.m.o. *ex art.* 3, legge n. 604/1966. Sebbene questa esclusione possa essere considerata distonica con l'intento del legislatore di mitigare gli effetti delle crisi epidemiologica a favore di tutti i lavoratori, la lettera della legge non consente a nostro avviso di estendere il divieto – che proprio in quanto tale va interpretato in senso restrittivo – a casi ivi non espressamente previsti.

Esclusi dal blocco risultano poi, oltre ai residui casi di licenziamento *ad nutum*, senza ne-

¹⁰ Cfr., da ultimo, Cass. 21 maggio 2019, n. 13649; Cass. 22 gennaio 2019, n. 6678; Cass. 6 dicembre 2017, n. 29250; Cass. 4 ottobre 2016, n. 19774; cfr. S. GIUBBONI, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2016, I, pp. 621 ss.; R. VOZA, *Sopravenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel “puzzle” normativo delle ultime riforme*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, I, pp. 771 ss.

¹¹ Cfr. Cass., S.U., 22 maggio 2018, n. 12568, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, p. 1182, con nota di S. AURIEMMA; cfr. più di recente, Cass. 4 febbraio 2020, n. 2527; Cass. 3 aprile 2019, n. 9306; Cass. 7 dicembre 2018, n. 31763. Depongono in tal senso anche l'art. 7, comma 6, legge n. 604/1966, che esclude dalla procedura ivi prevista proprio il licenziamento per superamento del periodo di comporta, nonché l'art. 18, comma 7, legge n. 300/1970, che distingue sul piano sanzionatorio quest'ultimo dal licenziamento per g.m.o. Cfr. in termini A. PILEGGI, *Una riflessione sul diritto del lavoro alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, a cura di A. PILEGGI, Suppl. n. 3-4/2000 di *Lavoro e previdenza oggi*, p. 4.

¹² Art. 10, legge n. 604/1966.

¹³ Cfr., da ultimo, Cass. 4 gennaio 2019, n. 87; Cass. 26 ottobre 2018, n. 27199, volte a rimarcare che questa diversa nozione si estende sino a comprendere qualsiasi motivo di recesso che ne escluda l'arbitrarietà, con i limiti del rispetto dei principi di correttezza e buona fede e del divieto del licenziamento discriminatorio.

cessità di giustificazione e con il solo onere del preavviso *ex art.* 2118 cod. civ.¹⁴, i licenziamenti per giusta causa *ex art.* 2119 cod. civ. e per giustificato motivo soggettivo *ex art.* 3, legge n. 604/1966. Un caso che potrebbe suscitare dubbi è quello del licenziamento per scarso rendimento del dipendente, in quanto ipotesi che resta in bilico tra qualificazione come giustificato motivo oggettivo o giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Tuttavia, l'indirizzo più recente della giurisprudenza sembra propendere per questa seconda soluzione¹⁵, che ha trovato, peraltro, espresso riscontro da parte del legislatore nell'ambito dell'impiego pubblico privatizzato¹⁶, tanto da comportarne l'esclusione dallo stop imposto dalla legge. In ogni caso, si tratta di un'ipotesi che resta di difficile inquadramento già sul piano generale, tanto da dover indurre, a nostro avviso, le imprese a usare molta cautela nell'attivare un licenziamento così motivato nel periodo ivi vagliato del blocco dei licenziamenti per g.m.o.

Si impone, infine, sul punto una considerazione di ordine più generale. Va invero considerato che la normativa sul giustificato motivo oggettivo *ex art.* 3, legge n. 604/1966 – come tutta quella in materia di licenziamento – assume natura speciale, tanto da restare, per così dire, impermeabile agli istituti civilistici dell'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta definitiva o temporanea della prestazione *ex art.* 1256 cod. civ., nonché della risoluzione del contratto per impossibilità totale o parziale della prestazione dovuta *ex artt.* 1463 e 1464 cod. civ. Ne deriva che non può esservi spazio per attivare in questo periodo licenziamenti giustificati in base all'applicazione delle citate disposizioni del codice civile.

4. Limiti temporali ed effetti sulla procedura di conciliazione *ex art.* 7, legge n. 604/1966

Delimitato l'ambito di applicazione del blocco sui licenziamenti per g.m.o., per l'individuazione del suo termine di durata si deve far riferimento a quanto osservato in precedenza

¹⁴ Si tratta, lo ricordiamo, delle ipotesi del licenziamento durante il patto di prova; del licenziamento del dirigente (al netto della questione della giustificatezza in precedenza vagliata); del licenziamento del lavoratore domestico, di quello dei lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici; del licenziamento degli atleti professionisti; del recesso dal contratto di apprendistato alla fine del periodo formativo.

¹⁵ Cfr. Cass. 8 maggio 2018, n. 10963, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 1672, con nota di M. VICECONTE; Cass. 10 novembre 2017, n. 26676; Cass. 23 marzo 2017, n. 7522; cfr., di recente, M. PEDRAZZOLI, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Padova, 2011, pp. 86 ss.; P. BERNARDO, *Questioni sul licenziamento per scarso rendimento*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pp. 171 ss.; A. AVONDOLA, *Lo scarso rendimento: una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, I, pp. 127 ss.

¹⁶ Art. 55 *quater*, lett. *fquinquies*), d.lgs. n. 165/2001.

con riguardo all'ipotesi del licenziamento collettivo, così da poterne fissare la fine al 15 maggio 2020.

In questo caso la violazione viene integrata attraverso la comunicazione per iscritto del licenziamento¹⁷, atto da considerare come noto recettizio *ex art.* 1334 cod. civ.¹⁸. Quindi, se la suddetta comunicazione è partita prima del 17 marzo, ma è giunta al lavoratore destinatario dopo, il licenziamento deve ritenersi non toccato dal divieto di cui all'art. 46, d.l. n. 18/2020.

Su tale versante, questioni di non poco momento emergevano, poi, in relazione al tentativo di conciliazione obbligatorio, prescritto in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dall'art. 7, legge n. 604/1966 nei confronti di dipendenti assunti prima del 7 marzo 2015, in imprese che rientrano altresì per requisiti dimensionali nell'ambito di applicazione dell'art. 18 st.¹⁹. Prima di addentrarci nelle diverse situazioni che si possono verificare, occorre precisare che il licenziamento intimato all'esito della menzionata procedura «produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva²⁰».

Tale procedura non risultava espressamente sospesa, ma, a nostro avviso, un riscontro si poteva reperire nelle disposizioni che hanno sospeso i termini dei procedimenti amministrativi in corso, tipologia di atti entro la quale anche il procedimento per il tentativo obbligatorio di conciliazione pare potesse rientrare²¹. Questa lettura trovava espressa conferma in una Nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro del 24 marzo 2020, n. 2221, che si esprimeva nel senso della sospensione del termine di sette giorni per la convocazione delle parti *ex art.* 7, legge n. 604/1966²².

Occorre, peraltro, evidenziare che il periodo di sospensione dei suddetti termini è stato am-

¹⁷ Art. 2, legge n. 604/1966.

¹⁸ La giurisprudenza ritiene che in caso di consegna a mano, il rifiuto del lavoratore di ricevere la comunicazione del licenziamento equivale all'avvenuta consegna (v., di recente, Cass. 27 luglio 2017, n. 18661); nel caso di invio tramite servizio postale, la comunicazione si presume conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, salvo che questi provi di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne avuto notizia (art. 1335 cod. civ., v., ad es., Cass. 4 marzo 2003, n. 3195).

¹⁹ Si tratta delle imprese che integrano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, legge n. 300/1970.

²⁰ Art. 1, comma 41, legge n. 92/2012.

²¹ Art. 103, comma 1, d.l. n. 18/2020, che fa riferimento ai procedimenti amministrativi anche su istanza di parte, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, i cui termini sono sospesi tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020.

²² Nella nota si invitano gli Uffici a effettuare le convocazioni alla fine del blocco (ivi previsto al 15 aprile) «secondo una programmazione che consenta di osservare l'ordine cronologico di presentazione delle istanze nonché le misure di cautela già prescritte con la nota prot. n. 2117 del 10 marzo u.s.».

pliato dalle disposizioni del successivo d.l. n. 23/2020 fino al 15 maggio²³, che veniva a coincidere con il termine originario di scadenza del blocco dei licenziamenti qui vagliato.

Le difficoltà di reperire un chiaro riferimento normativo per questa ipotesi hanno trovato conferma in sede di discussione al Senato sulla conversione del d.l. n. 18/2020²⁴, attraverso la proposta di un emendamento teso a inserire nel testo dell'art. 46 precisi riferimenti sul punto²⁵, tuttavia non approvato.

Successivamente, con il d.l. n. 34/2020, quella modifica è stata inserita nel d.l. n. 18/2020, con efficacia a partire dal 19 maggio 2020²⁶. Per il periodo di buco, relativo ai giorni del 16, 17 e 18 maggio 2020, valgono le considerazioni svolte in precedenza.

Su queste basi, vagliamo la situazione – per la verità di non facile pratica realizzabilità – che si verifica nel caso in cui la descritta procedura obbligatoria volta alla conciliazione sia stata effettuata e già conclusa con esito negativo, ovvero con mancato accordo prima del 17 marzo, ma senza che sia seguita entro tale data l'intimazione del licenziamento.

In questo caso, seguendo la lettera della legge, pare si debba ritenere che il licenziamento non possa essere intimato nel periodo di stop, sebbene non possa essere esclusa una diversa più ardua lettura volta a renderlo possibile, laddove si riferisca il divieto dell'art. 46, d.l. n. 18/2020 al momento dell'efficacia del licenziamento (fissato al momento della comunicazione *ex art. 7, legge n. 604/1966*) e non dalla data della sua formale intimazione.

Comunque, in mancanza di diversa disposizione della legge, maggiore certezza si può avere nel considerare la procedura effettuata e conclusa non toccata dal blocco, tanto da rimanere legittima, al netto di possibili vizi di altro tipo. Ne deriva che allo scadere del blocco il datore di lavoro potrà intimare il licenziamento sulla base della procedura già conclusa, che, per quanto ricordato, avrà comunque effetto alla data, antecedente al blocco, della comunicazione al lavoratore dell'inizio della stessa. Il lavoratore dovrà comunque essere retribuito per il periodo lavorato. Inutile precisare che se la procedura di conciliazione si fosse già conclusa con una risoluzione consensuale, non potrebbero sorgere problemi di conformità alla normativa qui in esame.

²³ Art. 37, d.l. n. 23/2020.

²⁴ D.d.l. Senato n. 1776, approvato il 9 aprile 2020 e trasmesso il 10 aprile alla Camera.

²⁵ Proposta di modifica n. 46.4, che, tra l'altro, proponeva di aggiungere al comma 1 dell'art. 46 infine il seguente periodo «Sono altresì sospese le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604».

²⁶ Art. 80, comma 1, lett. a), d.l. n. 34/2020, per cui al comma 1, dell'art. 46, d.l. n. 18/2020 è aggiunto infine il seguente periodo «Sono altresì sospese le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604».

Passiamo a questo punto alla seconda ipotesi, di più facile frequenza, in cui la procedura è stata iniziata prima del 17 marzo, ma si trovi ancora *in itinere* a questa data. Per quanto osservato, i termini della procedura sono sospesi, sicché allo scadere del periodo di blocco potranno riprendere, con conseguente intimazione del licenziamento in caso di suo esito negativo.

5. La peculiare ipotesi di revoca del licenziamento individuale per g.m.o.

Tra le novità introdotte dal d.l. n. 34/2020 vi è inoltre la possibilità di revocare i licenziamenti per giustificato motivo intimati dal 23 febbraio al 17 marzo 2020, cioè prima dell’inizio del periodo di blocco²⁷. L’intento del legislatore è quello di offrire al datore di lavoro un’opzione conveniente per riattivare rapporti di lavoro già risolti, a salvaguardia dell’occupazione. Occorre ricordare che in generale la revoca del licenziamento necessita comunque del consenso del lavoratore, altrimenti non impedisce l’operare delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo²⁸. L’istituto ha avuto poi una sua peculiare regolamentazione, quale diritto potestativo in capo al datore di lavoro nel caso in cui la revoca fosse effettuata entro quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell’impugnazione del medesimo, con la conseguenza del ripristino del rapporto di lavoro e riconoscimento al lavoratore della retribuzione dal licenziamento alla revoca²⁹.

Nell’ipotesi ora declinata nel d.l. n. 18/2020 l’atto di revoca può avvenire “in ogni tempo”, con l’unica condizione che il datore di lavoro contestualmente faccia richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale, di cui agli artt. da 19 a 22 del medesimo d.l. n. 18/2020, a partire dalla data in cui ha efficacia il licenziamento. Il riferimento agli artt. da 19 a 22 del d.l. n. 18/2020 individua i nuovi trattamenti della cassa integrazione ordinaria, straordinaria e in deroga predisposti per il periodo di emergenza epidemiologica. Pertanto, il fatto che la revoca possa avvenire “in ogni tempo” va declinato nel senso che possa essere effettuata in realtà nei limiti di efficacia temporale dei trattamenti di integrazione salariale, la cui richiesta costituisce il presupposto per effettuare la revoca alle condizioni ivi previste.

Quanto agli effetti in questo caso della revoca, il rapporto di lavoro si intende ripristinato

²⁷ Art. 1 *bis*, d.l. n. 18/2020, inserito dall’art. 80, comma 1, lett. b), d.l. n. 34/2020.

²⁸ Cfr. Cass. 17 novembre 2016, n. 23435.

²⁹ Art. 18, comma 10, legge n. 300/1970 e art. 5, d.lgs. n. 23/2015, di analogo contenuto, per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015; cfr. A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 245/2015*, p. 6; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, 2019, VII ed., Milano, pp. 734; 744.

senza soluzione di continuità, ma altresì “senza oneri né sanzioni per il datore di lavoro”. Quindi, si tratta di una disciplina ancora più favorevole per il datore di lavoro rispetto a quella prevista nel quadro della disciplina del licenziamento attraverso le norme in precedenza ricordate che, espressamente, vengono qui derogate. Il lavoratore avrà, quindi, la possibilità di rientrare in azienda, ma senza il diritto alle retribuzioni per il periodo dal licenziamento alla revoca. Sebbene il periodo indicato di operatività di tale peculiare ipotesi di revoca sia limitato, qualche caso pare si potrà verificare.

6. L'indagine sulla violazione delle disposizioni esaminate: la nullità del licenziamento

Un altro punto critico delle disposizioni in esame concerne l'individuazione delle conseguenze derivanti dalla violazione delle stesse, dato che su questo aspetto la legge tace.

Ora, pare evidente che questa imponga al datore di lavoro dei divieti di licenziamento negli ambiti e nei limiti sopra descritti. Pertanto, nel silenzio della legge, il licenziamento, collettivo o individuale, intimato in violazione dei divieti descritti deve essere considerato contrario a norme imperative. Il carattere di imperatività delle norme descritte deriva, invero, proprio dal porre divieti inderogabili alle parti posti a tutela di interessi non solo privati, ma anche pubblici. Questi ultimi appaiono facilmente rinvenibili nella normativa in esame, volta a mitigare sul piano sociale gli effetti dell'emergenza epidemiologica indotta dal Covid-19. In realtà, il rilievo non assume carattere decisivo, dato che, come noto, la giurisprudenza, recependo univoci indirizzi dottrinali, considera la tutela del posto di lavoro valore fondamentale per l'ordinamento, tanto che, laddove non venga prevista un'apposita diversa sanzione, la violazione di norme del genere rientra a pieno titolo nella previsione di cui all'art. 1418 cod. civ.³⁰.

Ne deriva, in mancanza di diversa disposizione da parte della legge, che in questi casi il licenziamento debba essere considerato nullo, quale ipotesi di nullità cd. *virtuale*³¹.

³⁰ Così, di recente, Cass. 17 maggio 2018, n. 12108, in relazione alla ritenuta nullità, per contrasto con norma imperativa, del licenziamento per superamento dei limiti di età di lavoratori appartenenti alla categoria dei tesserati e ballerini, che avevano legittimamente optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro. Nella medesima prospettiva, si è ritenuto nullo, in violazione dell'art. 2110 cod. civ., il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia in caso di mancato superamento del comporta, cfr. la già citata Cass., S.U., 22 maggio 2018, n. 12568.

³¹ Ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente».

7. Le conseguenze in relazione ai diversi regimi sanzionatori sul licenziamento illegittimo

Qualificati questi licenziamenti nulli, occorre procedere all'individuazione delle relative conseguenze, in relazione ai diversi regimi vigenti sul licenziamento illegittimo. Si tratta, da un lato del regime previsto dall'art. 18, legge n. 300/1970 e, dall'altro, di quello delineato dal d.lgs. n. 23/2015. Va subito precisato che nelle ipotesi qui esaminate non si pone un problema di tutele differenziate per i lavoratori dipendenti delle cd. piccole imprese³², giacché entrambe le normative citate per i licenziamenti nulli espressamente non differenziano le previste tutele con riguardo al numero dei dipendenti occupati³³.

Ciò chiarito, vien allora qui in gioco la differenza di formule utilizzate dal legislatore nell'art. 18, legge n. 300/1970, dove, oltre ai casi espressamente richiamati di licenziamento nullo, si include in tale ipotesi anche quello «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge»³⁴. La suddetta formula consente di ritenere che tra gli altri casi previsti dalla legge possa ricadere appunto quello previsto in generale dall'art. 1418, comma 1, cod. civ. di contrarietà a norme imperative, ove non diversamente disposto dalla legge, come nel caso dell'art. 46, d.l. n. 18/2020.

Ne deriva per tale via l'applicabilità della prevista reintegrazione nel posto di lavoro³⁵, con risarcimento integrale, dedotto l'*aliunde perceptum*³⁶ e con la possibilità per il lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva pari a quindici mensilità³⁷.

Maggiori problemi sembrano, invece, porsi per quei licenziamenti che ricadono nel campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015, in base, come noto, alla data dell'assunzione del lavoratore³⁸. La legge, invero, qui prescrive che la nullità del licenziamento, oltre al solo caso espressamente previsto del licenziamento discriminatorio, possa essere riconosciuta solo in quanto «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge»³⁹.

Ora, siamo inclini a ritenere, in accordo con parte della dottrina, che la differenza lessicale tra le due formule ricordate, consistente nella presenza dell'avverbio “espressamente”, non debba

³² Si tratta delle imprese che non integrano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, legge n. 300/1970.

³³ Art. 18, comma 1, legge n. 300/1970 e, in via implicita, art. 2, comma 1, in collegamento con il successivo art. 9, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

³⁴ Art. 18, comma 1, legge n. 300/1970.

³⁵ Art. 18, comma 1, legge n. 300/1970.

³⁶ Art. 18, comma 2, legge n. 300/1970.

³⁷ Art. 18, comma 3, legge n. 300/1970.

³⁸ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

³⁹ Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

essere enfatizzata, tanto da potersi giungere a considerarle formule analoghe. Peraltro, proprio a voler attribuire al termine il suo significato letterale, anche l'art. 1418, comma 1, cod. civ. "espressamente" fa riferimento alla sanzione della nullità in caso di violazione di norme imperative, poste a tutela anche nel nostro caso di un valore fondamentale dell'ordinamento⁴⁰. Al medesimo risultato si giunge, peraltro, anche sposando la diversa lettura "selettiva" delle nullità virtuali anche nell'ambito del diritto del lavoro, individuabili solo laddove la legge pone, come nel caso qui in esame, limiti "speciali" all'esercizio del licenziamento, ovvero espressi divieti di licenziamento⁴¹.

Se si sposta questa linea interpretativa, anche l'ipotesi di nullità del recesso datoriale per contrarietà con le norme imperative dettate dall'art. 46, d.l. n. 18/2020 può essere sussunta quale fattispecie di licenziamento nullo *ex art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, con l'applicazione delle conseguenze ivi previste. Ricordiamo che anche qui la norma prevede oltre alla reintegrazione⁴² il risarcimento integrale dedotto l'*aliunde perceptum*⁴³, con la possibilità per il lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva pari a quindici mensilità⁴⁴.

Nondimeno, occorre dar conto dell'opposto orientamento, volto a considerare che la presenza dell'avverbio "espressamente" limiti l'ambito di applicazione della previsione ai soli casi di nullità cd. testuale⁴⁵. Questa lettura si porrebbe nel nostro caso quale ostacolo ad ascrivere per il tramite dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. i divieti di licenziamento di cui all'art. 48, d.l. n. 18/2020, che non prevede "espressamente" la nullità del licenziamento intimato in sua violazione, all'ipotesi del licenziamento nullo *ex art. 2, d.lgs. n. 23/2015*. Se si sposa una lettura del genere, invece, ci troveremmo di fronte a un'ipotesi di "nullità di diritto comune" del licenziamento intimato in violazione dei divieti, con conseguenti effetti non coincidenti con quelli previsti per il licenziamento nullo ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015. Ne conseguirebbe, allora, il ripristino di un rapporto di lavoro mai interrotto, ma la detrazione eventuale dell'*aliunde perceptum* non potrebbe derivare direttamente dalla legge, ma comunque dall'eventuale ritenuta applicazione dei principi civilistici sulla *compensatio lucri cum damno ex art. 1223 cod. civ.* Invece, di certo non

⁴⁰ Cfr. M. PERSIANI, *Notarelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 394.

⁴¹ Cfr. P. BELLOCCHI, *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2018, pp.158 ss.

⁴² Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

⁴³ Art. 2, comma 2, d.lgs. n. 23/2015.

⁴⁴ Art. 2, comma 3, d.lgs. n. 23/2015.

⁴⁵ Cfr., per questa diversa lettura, A. CATAUDELLA, *Nullità testuali e virtuali al tempo del Jobs Act*, in *Giuseppe Santoro-Passarelli Giurista della contemporaneità. Liber Amicorum*, I, Torino, 2018, pp. 84 ss.

potrebbe essere applicato l'istituto dell'indennità sostitutiva pari a 15 mensilità come opzione per il lavoratore.

Una precisazione a questo punto appare necessaria. Il divieto *ex art. 46, d.l. n. 18/2020* opera nei confronti di un licenziamento per g.m.o. a prescindere dalla qualificazione che a questo diano le parti e senza implicare un'indagine nel merito sulla presenza o meno di ragioni ascrivibili al giustificato motivo oggettivo di licenziamento *ex art. 3, legge n. 604/1966*, che il giudice non è necessario in questi casi svolga. Per essere più chiari, il divieto opera di fronte a un licenziamento (si consenta il bisticcio di parole) oggettivamente per giustificato motivo oggettivo, tanto da potersi ritenere applicabile anche a casi in cui il licenziamento sia stato, invece, intimato per colpa (*id est* per giusta causa o giustificato motivo soggettivo) oppure *ad nutum ex art. 2118 cod. civ.*, al di fuori delle ipotesi consentite, quando, invece, il motivo reale sia quello oggettivo *ex art. 3, legge n. 604/1966*. Quindi, il lavoratore ha l'interesse alla qualificazione di quello così subito nel periodo del blocco come licenziamento per g.m.o., al fine di ottenere l'accertamento della violazione del divieto *ex art. 46, d.l. n. 18/2020* da parte del datore di lavoro. Si tratta di una situazione particolare: mentre il datore di lavoro sarà, come di consueto, gravato dell'onere di provare le ragioni del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo⁴⁶, il lavoratore potrebbe provare che quel licenziamento in realtà è avvenuto per un motivo ascrivibile al giustificato motivo oggettivo, al fine di far accertare dal giudice la violazione del divieto.

Qualche specifica considerazione merita qui, infine, l'ipotesi del licenziamento intimato per cessazione dell'attività dell'impresa, in quanto ne derivano conseguenze peculiari, anche nel periodo in cui vige il divieto di licenziamento. Occorre invero considerare un consolidato orientamento della giurisprudenza volto ad ascrivere la sopraggiunta cessazione totale dell'attività aziendale a ipotesi di sopravvenuta materiale impossibilità totale e definitiva di adempiere l'obbligazione, non imputabile a norma dell'art. 1256 cod. civ. La chiusura dell'impresa si pone allora come vera e propria causa impeditiva dell'ordine di reintegrazione, con la conseguenza che il giudice che accerti l'illegittimità del licenziamento non può disporla, ma deve limitarsi ad accogliere la domanda di risarcimento del danno, con riguardo al periodo compreso tra la data del licenziamento e quella della cessazione dell'impresa⁴⁷.

⁴⁶ Art. 5, legge n. 604/1966.

⁴⁷ In questi termini Cass. 28 gennaio 2020, n. 1888, in un indirizzo che risulta consolidato, cfr., in precedenza, Cass. 15 novembre 1991, n. 12249; Cass. 13 febbraio 1993, n. 1815; Cass. 6 agosto 1996, n. 7189.

8. Il regime delle impugnazioni

Va inoltre verificato se la lettura proposta possa riverberare anche sul regime dell'impugnazione del licenziamento. Come noto, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 32, comma 2, legge n. 183/2010, il già vigente regime decadenziale prescritto dall'art. 6, legge n. 604/1966 è stato esteso espressamente «anche a tutti i casi di invalidità del licenziamento»⁴⁸. Ne è derivato che questo trovi applicazione non solo nell'ipotesi di licenziamento invalido per difetto di giusta causa o giustificato motivo, ma, più in generale, in tutti i casi di invalidità del licenziamento, così da ricomprendere anche quello del licenziamento nullo⁴⁹.

La formula della legge è talmente comprensiva da doversi dedurre che il suddetto regime debba riguardare non solo i casi di nullità espressa *ex art.* 18, comma 1, legge n. 300/1970, nonché *ex art.* 2, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, ma anche altri casi di nullità “di diritto comune”, in quanto ritenuti non rientranti nel raggio di applicazione dell'ultima disposizione citata, nei quali, come già notato, rimane pur possibile far rientrare quello delineato dall'art. 46, d.l. n. 18/2020. Per l'impugnazione dei licenziamenti effettuati nel periodo di blocco si applicheranno dunque le suddette regole, senza possibilità, nel silenzio della legge, di sospensione del termine di impugnazione di 60 giorni⁵⁰. Invece, il successivo termine di 180 giorni per introdurre il giudizio è stato oggetto di sospensione⁵¹.

Da tale regime resta escluso soltanto il licenziamento inefficace, in quanto non comunicato per iscritto o di cui non siano stati comunicati, parimenti per iscritto, i motivi⁵². In tal caso il lavoratore che intenda agire per far valere tale inefficacia è tenuto, normalmente, a rispettare l'unico termine prescrizionale⁵³. Quindi, il licenziamento individuale per g.m.o. intimato non in forma scritta o anche in mancanza di comunicazione dei motivi nel periodo di stop imposto dall'art. 46, d.l. n. 18/2020, oppure i licenziamenti collettivi intimati non in forma scritta, in violazione

⁴⁸ Come noto, in origine la disposizione citata prevedeva soltanto il termine di decadenza di 60 giorni per impugnare il licenziamento. A seguito delle modifiche successive (*ex art.* 32, comma 1, legge n. 183/2010, e, poi, *ex art.* 1, comma 38, legge n. 92/2012), è stato introdotto anche un alto termine di decadenza di 270, poi portato a 180 giorni, per l'introduzione del ricorso al giudice del lavoro (o per la comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione).

⁴⁹ Cfr. Cass. 5 novembre 2015, n. 22627. Si consenta di rinviare a P. PASSALACQUA, *Le novità in materia di licenziamento nel cd. “Collegato lavoro”*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2011, 1, pp. 49 ss.

⁵⁰ Cfr. in termini M. MISCIONE, *Il Diritto del lavoro*, cit., p. 324.

⁵¹ Art. 83, comma 2, d.l. n. 18/2020, per sospensione prima fino al 15 aprile 2020, poi prorogata all'11 maggio *ex art.* 36, comma 1, d.l. n. 23/2020.

⁵² Art. 2, comma 3, legge n. 604/1966.

⁵³ Così, di recente, Cass. 11 gennaio 2019, n. 523.

dell'art. 4, comma 9, legge n. 223/1991, a seguito di procedure avviate o non sospese durante il medesimo periodo di blocco, sono sottratti ai termini di decadenza di cui all'art. 6, legge n. 604/1966. In questi casi, peraltro, non vi sarebbe neanche il limite del termine di prescrizione, fissato in cinque anni per le azioni di annullamento *ex art.* 1442 cod. civ., giacché, per effetto del blocco ci troviamo di fronte a un caso di nullità del licenziamento, con conseguente imprescrittibilità dell'azione *ex art.* 1422 cod. civ.

9. L'esclusione del blocco in caso di riassunzione per subentro nuovo appaltatore

La legge di conversione n. 27/2020 ha poi provveduto ad aggiungere al primo periodo del comma 1 dell'art. 46 qui in esame le seguenti parole «fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto». Si è così delineata un'espressa ipotesi esclusa dal blocco fissato dal medesimo articolo.

Decidiamo di seguire dunque un ordine cronologico nell'esame di questa ipotesi, in quanto per decodificarla pare utile riferirci anche a quanto già osservato fino a questo punto.

L'intento del legislatore è apprezzabile, giacché interviene nella prospettiva di non impedire il transito, tramite nuova assunzione, del lavoratore presso il nuovo appaltatore, ma al contempo non manca di suscitare alcuni interrogativi.

La disposizione si riferisce a una riassunzione che avviene «in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto». La formula è la medesima già utilizzata in passato dal legislatore sempre in materia di appalto⁵⁴; ciò non toglie che se il riferimento alla clausola del contratto d'appalto pare congruo, qualche perplessità emerge già in relazione al riferimento al solo livello nazionale del contratto collettivo, anche se quello è solitamente il luogo in cui tali processi vengono regolamentati. Maggiori dubbi solleva il riferimento alla legge, giacché non si comprende quale disposizione di fonte legale imporrebbe la suddetta riassunzione. Si potrebbe ritenere implicitamente richiamata la normativa in tema di appalti pubblici, che prevede l'inserimento nei bandi di gara di specifiche clausole sociali volte a promuovere la

⁵⁴ Si fa riferimento all'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 per cui «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

stabilità occupazionale del personale impiegato⁵⁵. Tuttavia, la giurisprudenza ritiene che la suddetta clausola sociale debba essere armonizzata e resa compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, tanto da non potersi evincere un obbligo per il successivo appaltatore di riassumere a tempo indeterminato tutti i lavoratori impiegati dal precedente appaltatore⁵⁶.

La questione di maggiore impatto emerge comunque in relazione alla collocazione dell'innesto nel primo periodo dell'art. 46 dedicato ai licenziamenti collettivi. Invero, seguendo la lettera della legge questa ipotesi sembra univocamente legata a quella tipologia di licenziamenti, nel senso che l'eccezione al blocco parrebbe poter operare solo nel caso in cui il recesso datoriale avvenga necessariamente nell'ambito di una simile procedura.

Ora, va considerato che la questione del licenziamento per fine appalto risulta non poco complessa. Intanto, vi possono essere casi in cui ci troviamo sotto i limiti dimensionali e numerici previsti dalla legge n. 223/1991 sul licenziamento collettivo, tanto che solo per questo motivo il licenziamento, anche se plurimo, sarà da considerare individuale per g.m.o. ex art. 3, legge n. 604/1966.

Inoltre, anche quando ci si venga a trovare nel raggio di operatività della legge n. 223/1991, risulta vigente una normativa che nei confronti dei lavoratori già impiegati nel medesimo appalto di servizi e riassunti dall'azienda subentrante, dispone la non applicazione delle disposizioni di cui all'art. 24, legge n. 223/1991, tuttavia soltanto a determinate condizioni⁵⁷, in mancanza delle quali l'esclusione non può operare⁵⁸. Peraltro, diversi contratti collettivi fanno espresso riferimento all'applicazione in tali casi della normativa sui licenziamenti individuali dettata dalla legge n. 604/1966⁵⁹.

Quindi, se ci si dovesse fermare alla collocazione formale dell'innesto della nuova previsio-

⁵⁵ Art. 50, d.lgs. n. 50/2016.

⁵⁶ Cfr. Cons. Stato 16 gennaio 2020, n. 389; Cons. Stato 24 luglio 2019, n. 5243.

⁵⁷ Art. 7, comma 4 *bis*, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (comma aggiunto dalla legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31). La norma dispone che la non applicazione dell'art. 24, legge n. 223/1991 è subordinata alla riassunzione dei suddetti lavoratori da parte dell'impresa subentrante «a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative».

⁵⁸ Cfr. Cass. 17 agosto 2018, n. 20772; Cass. 2 novembre 2016, n. 22121.

⁵⁹ Cfr., ad es., art. 6, punto 1, CCNL per i dipendenti di imprese e società esercenti Servizi ambientali del 6 dicembre 2016, per cui «Alla scadenza del contratto di appalto/affidamento ovvero in caso di revoca della gestione del servizio, il rapporto di lavoro tra l'impresa cessante e il personale a tempo indeterminato addetto in via ordinaria o prevalente allo specifico appalto/affidamento è risolto, salvo diverso accordo tra le parti, ai termini dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, con la corresponsione di quanto dovuto al personale stesso per effetto di tale risoluzione».

ne, tanto da riferirla solo ai casi, meno frequenti in pratica, dei licenziamenti collettivi per fine appalto, il divieto di licenziamento resterebbe, invece, valido anche per questa ipotesi nel caso in cui si effettuino licenziamenti individuali plurimi per g.m.o. ex art. 3, legge n. 604/1966. In questo modo, tuttavia, l'intento del legislatore verrebbe vanificato, creandosi anzi molta confusione, foriera di relativo contenzioso.

Allora – pur restando da stigmatizzare l'errata collocazione della modifica, che andava posta alla fine dell'articolo, in modo da comprendere pianamente i casi di licenziamento collettivo nonché individuale – sfruttando il canone interpretativo dell'*intentio* del legislatore (art. 12 preleggi) pare possibile giungere con qualche sforzo al medesimo risultato, l'unico che consente di attribuire razionalità alla modifica intervenuta.

Anche se si dovessero ritenere superabili i rilievi sopra espressi relativi al raggio di applicazione della norma, occorre, comunque, tener presente che in base alla sua lettera, il divieto di licenziamento viene meno soltanto a seguito della nuova assunzione da parte del nuovo appaltatore. Quindi, per avere certezza della legittimità dell'operazione, la nuova assunzione del lavoratore dovrebbe avvenire contestualmente al licenziamento da parte del precedente appaltatore, ipotesi in pratica di quantomeno complessa realizzabilità.

In caso contrario, il precedente appaltatore nel momento in cui licenzia il lavoratore per fine appalto nel periodo coperto dal blocco sta violando il divieto di licenziamento, intimando cioè un licenziamento nullo, che verrà eventualmente convalidato (ovviamente in relazione alla sola nullità relativa alla violazione del divieto ex art. 46) solo dalla successiva assunzione del medesimo lavoratore da parte del successivo appaltatore.

Segnalata la singolarità dell'ipotesi di convalida di un atto nullo, potrebbe, invece, anche accadere che il nuovo appaltatore non proceda alla prevista assunzione del lavoratore, con la conseguenza che il licenziamento intimato dal precedente appaltatore rimarrà nullo, in quanto vietato. A questo punto non si può escludere una possibile richiesta di risarcimento del danno da parte del precedente appaltatore derivante dal non avere reso possibile intimare legittimamente quel licenziamento, usufruendo dell'eccezione al blocco delineata dal legislatore. In questo caso, tuttavia, occorrerà vagliare con attenzione il caso di specie, cioè in particolare le clausole del contratto di appalto e del contratto collettivo, per valutare se la scelta del nuovo appaltatore di non procedere all'assunzione di quel lavoratore sia avvenuta legittimamente o meno, dato che soltanto in questo secondo caso ci potrebbe essere spazio ovviamente per la ventilata richiesta di risarcimento

del danno.

Resta, infine, inteso che la disposizione qui vagliata è vigente dal 30 aprile 2020, data di entrata in vigore della legge di conversione⁶⁰, sicché dal 17 marzo 2020 a quest'ultima l'eccezione al blocco non ha potuto operare. Insomma, quel che è certo è che operazioni di tal genere, pur in virtù della normativa introdotta dalla legge di conversione, si rivelano per le imprese a dir poco complesse nel periodo di blocco, tanto da suggerire molta cautela.

10. Il divieto di licenziamento in caso di aspettativa per Covid-19

Dobbiamo occuparci a questo punto anche di un altro divieto, questa volta espresso, delineato nel quadro del medesimo d.l. n. 18/2020.

Tra i nuovi congedi per emergenza Covid-19 delineati dall'art. 23, d.l. n. 18/2020 spicca, ai fini della presente analisi, la disposizione in favore di genitori dipendenti del settore privato, con figli minori di anni 16, volti al riconoscimento in loro favore – a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia altro genitore non lavoratore – del diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa. In questo caso il diritto viene riconosciuto «con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro»⁶¹.

La previsione appare pleonastica, giacché l'esercizio di un diritto da parte del lavoratore non può di certo essere causa di un licenziamento legittimo, tanto da operare qui in funzione di chiaro deterrente nei confronti del datore di lavoro. Un licenziamento qualificato in questo caso per giustificato motivo oggettivo, a causa della prolungata assenza del lavoratore, dovuta tuttavia all'esercizio di un suo diritto, è infatti senza dubbio da considerare nullo, anche in mancanza dell'espressa previsione del divieto. La contrarietà alla norma imperativa che sancisce il diritto del lavoratore, nonché il suo carattere ritorsivo discriminatorio non lasciano dubbi al riguardo. Le conseguenze saranno quelle già in precedenza vagliate in relazione alle ipotesi di blocco delineate dall'art. 46 del medesimo d.l. n. 18/2020, cui possiamo rinviare.

⁶⁰ Art. 1, comma 4, legge n. 27/2020.

⁶¹ Art. 23, comma 6, d.l. n. 18/2020, così sostituito dall'art. 72, comma 1, lett. b), d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

B) SECONDA FASE: dal decreto d’agosto (d.l. n. 104/2020) al decreto “ristori” (d.l. n. 137/2020) fino alla legge di bilancio per il 2021. 11. Dal blocco a geometria variabile del Decreto d’agosto, al blocco di nuovo fisso con il Decreto “ristori”

Il descritto assetto del blocco dei licenziamenti ha subito successivamente rilevanti modifiche, seguendo, come non può stupire, l’andamento dell’emergenza epidemiologica. Con il decreto cd. di agosto (art. 14, d.l. n. 104/2020) si è di nuovo proceduto a modificare la precedente disciplina dettata dall’art. 46, d.l. n. 18/2020 (convertito con modificazioni dalla legge n. 27/2020) e poi modificata dall’art. 80, d.l. n. 34/2020 (convertito con modificazioni dalla legge n. 77/2020). Successivamente si è assistito a un nuovo intervento, attraverso l’art. 12 del d.l. n. 137/2020 teso alla proroga del blocco fino al 31 gennaio 2021. Mentre è in corso l’*iter* per la conversione del d.l. n. 137/2020 già si attendono novità in materia inserite nella legge di Bilancio per il 2021, dove dovrebbe essere disposta un’ulteriore proroga del blocco fino al 31 marzo 2021. Soffermiamoci a questo punto sulle novità introdotte dai menzionati decreti.

Dapprima il d.l. n. 104/2020 ha disposto una diversa articolazione del divieto di licenziamento, non più configurato in senso “lineare”, ma, invece a geometria variabile, tanto che il termine finale del blocco non era individuato direttamente dal legislatore. Il contemperamento delle contrapposte istanze di chi, in sintesi, da parte sindacale voleva una semplice proroga del blocco lineare e chi, invece, da parte datoriale, ne voleva la fine, ha prodotto in quel momento la soluzione della proroga del blocco “condizionata”, cioè perdurante soltanto per i datori di lavoro che non si avvalgano fino in fondo di altri strumenti per far fronte alle difficoltà indotte dall’emergenza epidemiologica da Covid-19. Ne deriva che non esisteva un termine finale generale del periodo di blocco, ma questo andava dedotto caso per caso *per relationem* da altre disposizioni del medesimo d.l. n. 104/2020.

Un sistema così farraginoso e veicolato attraverso disposizioni per nulla chiare ha prodotto, come vedremo in seguito, interpretazioni difformi, addirittura antitetiche, da parte della dottrina. A queste difficoltà ha posto rimedio l’art. 12, comma 9, del successivo d.l. n. 137/2020, che ha fissato in modo stentoreo e, si deve ritenere, generalizzato il sinora nuovo termine di vigenza del divieto di licenziamento per i casi previsti al 31 gennaio 2021.

12. Il blocco “condizionato” del d.l. n. 104/2020

Dobbiamo in breve dunque dar conto inanzitutto del sistema introdotto dal d.l. n. 104/2020, vigente dal 15 agosto 2020⁶² fino al 28 ottobre 2020, giacché dal 29 ottobre è entrato in vigore l'art. 12, d.l. n. 137/2020⁶³, che ha reintrodotta il divieto generalizzato fino al 31 gennaio 2020.

In base al Decreto d'agosto il blocco dei licenziamenti collettivi e individuali per g.m.o. permaneva per quei datori di lavoro che non avessero integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale per Covid-19, oppure del previsto esonero dal versamento dei contributi previdenziali, attivabili secondo quanto disposto rispettivamente dagli artt. 1 e 3 del medesimo d.l. n. 104/2020, cui quindi occorre far riferimento⁶⁴.

Così, la prima ipotesi si riferisce ai datori di lavoro che possono presentare domanda di concessione dei trattamenti di integrazione salariale per Covid-19, di cui al d.l. n. 18/2020 (cd. Decreto Cura Italia). Si tratta di integrazioni concesse per una durata massima di nove settimane, incrementata di ulteriori nove settimane. Pertanto, la fruizione “integrale” ammonta a 18 settimane di trattamento di integrazione salariale, che devono essere collocate nel periodo ricompreso tra il 13 luglio 2020 e il 31 dicembre 2020. Inoltre, va considerato che i periodi di integrazione salariale richiesti e autorizzati, collocati in periodi successivi al 12 luglio 2020 sono imputati, ove autorizzati, alle prime nove settimane⁶⁵.

Quanto alla seconda ipotesi, si tratta dei datori di lavoro che hanno fruito nel mese di maggio e giugno 2020 dei medesimi ammortizzatori sociali di cui al d.l. n. 18/2020 e che, invece, al posto dei trattamenti di cui al menzionato art. 1, d.l. n. 104/2020, decidano di richiedere e fruire dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali a loro carico. Questo, in via eccezionale, è riconosciuto «per un periodo massimo di quattro mesi, fruibili entro il 31 dicembre 2020, nei limiti del doppio delle ore di integrazione salariale già fruito nei predetti mesi di maggio e giugno 2020, con esclusione dei premi e contributi dovuti all'INAIL, riparametrato e applicato su base mensile⁶⁶».

⁶² Art. 115, d.l. n. 104/2020.

⁶³ Art. 35, d.l. n. 137/2020.

⁶⁴ Art. 14, commi 1 e 2, d.l. n. 104/2020.

⁶⁵ Art. 1, comma 1, d.l. n. 104/2020.

⁶⁶ Art. 3, comma 1, d.l. n. 104/2020, per cui, inoltre «L'esonero di cui al presente articolo può essere riconosciuto anche ai datori di lavoro che hanno richiesto periodi di integrazione salariale ai sensi del predetto decreto-legge

Da quanto osservato, si deduce che il blocco dei licenziamenti per g.m.o. e collettivi veniva a cadere nel momento in cui il datore di lavoro avesse esaurito le 18 settimane di integrazione salariale oppure il periodo di esonero contributivo. Si trattava, quindi, di una data non preventivabile, ma calcolata in relazione al caso concreto. A seguire la lettera della legge le due condizioni parevano operare in parallelo, cioè disgiuntamente, sicché all'avverarsi dell'una o dell'altra il datore di lavoro si riappropriava della possibilità di licenziare, ovviamente nel rispetto della relativa normativa generale ante Covid-19.

Va precisato altresì che l'esonero aveva una durata massima di quattro mesi, a fronte delle 18 settimane del trattamento di integrazione salariale. La fruizione dell'esonero tuttavia restava condizionato dall'autorizzazione da parte della Commissione europea, ai sensi dell'art. 108, par. 3 del TUELF⁶⁷.

Nel caso in cui il blocco non venga rispettato, cioè si proceda a licenziamenti vietati, è prevista la revoca dell'esonero contributivo con efficacia retroattiva e l'impossibilità di presentare domanda di integrazione salariale secondo quanto previsto dal citato art. 1 del medesimo Decreto⁶⁸. Da questa disposizione si può dedurre, argomentando *a contrario*, che anche dopo la richiesta di esonero il datore di lavoro potesse presentare domanda di integrazione salariale ai sensi dell'art. 1 del medesimo Decreto.

Troviamo poi la conferma che il divieto di licenziamento non opera laddove «il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto⁶⁹». Si tratta della medesima formula già adottata dall'art. 46, comma 1, d.l. n. 18/2020, introdotta dalla legge di conversione n. 27/2020, tanto da consentirci di rinviare a quanto già osservato in una prospettiva problematica sul punto in precedenza.

n. 18 del 2020, collocati, anche parzialmente, in periodi successivi al 12 luglio 2020».

⁶⁷ In relazione a tale ipotesi, ci troviamo poi di fronte a una disposizione quantomeno scritta male, allorché si prevede che «Al datore di lavoro che abbia beneficiato dell'esonero di cui al comma 1, si applicano i divieti di cui all'articolo 14 del presente decreto» (art. 3, comma 2, d.l. n. 104/2020). Da una interpretazione letterale se ne dovrebbe dedurre infatti che per i datori di lavoro che avessero usufruito dell'esonero contributivo il blocco non avrebbe avuto mai fine. Invece, l'interpretazione conforme alla nuova configurazione del blocco non può che condurre a ritenere che pur in modo ellittico il rinvio è alle norme in tema di divieti di cui all'art. 14 del decreto, ove, invece, si dispone il superamento del blocco per il datore che abbia usufruito dell'esonero.

⁶⁸ Art. 3, comma 3, d.l. n. 104/2020, modificato dalla legge di conversione.

⁶⁹ Art. 14, comma 1, d.l. n. 104/2020.

13. La questione dell'applicazione del blocco per i datori che non vogliano e non possano usufruire delle integrazioni salariali o dell'esonero

A questo punto, sull'interpretazione del sistema delineato dal d.l. n. 104/2020 (vigente come già ricordato dal 15 agosto al 28 ottobre 2020) si è aperta una questione di non poco momento, visto l'oscuro dettato della legge, che è comunque opportuno affrontare, al fine di valutare seppur *ex post* la legittimità di eventuali licenziamenti intimati in quel periodo. Occorre invero chiedersi se i datori di lavoro che non abbiamo chiesto l'integrazione salariale di cui all'art. 1, o l'esonero contributivo di cui all'art. 3, d.l. n. 104/2020, per una libera scelta o perché impossibilitati a farlo, perché, ad es., sotto il limite dei cinque dipendenti, oppure perché non hanno utilizzato ammortizzatori sociali a maggio e giugno, o anche come i datori di lavoro agricoli, in quanto non hanno la possibilità di ricorrere all'esonero contributivo, potessero ritenersi liberi dal blocco, e dunque non più astretti dal divieto di licenziamento, oppure, al contrario, restassero soggetti a questo fino al 31 dicembre 2020.

A riprova della sussistenza del problema nel dossier del Senato sul disegno di legge di conversione del d.l. n. 104/2020 si legge: «Si valuti l'opportunità di chiarire se le suddette preclusioni al licenziamento riguardino anche i datori di lavoro che non possono percepire l'esonero contributivo di cui all'articolo 3 (perché, ad esempio, non abbiano richiesto, nei mesi di maggio e giugno 2020, gli interventi di integrazione salariale) o che non abbiano fatto domanda per gli ammortizzatori di cui all'articolo 1».

Osserviamo che sul piano della valutazione delle scelte del legislatore il dubbio appare legittimo, in quanto se si accoglie la lettura più rigida, quella per cui i datori che non accedano ai benefici previsti restano soggetti al blocco fino al 31 dicembre 2020, si determina una situazione se non paradossale, di certo singolare: si avvantaggiano cioè le imprese che fruiscono maggiormente di risorse pubbliche a discapito delle altre. Inoltre non vi è chi non veda in questa lettura un forte condizionamento delle scelte imprenditoriali, canalizzate *ex lege* per le imprese che possono verso la richiesta dei benefici previsti. Tuttavia, la plausibilità e la tenuta della diversa lettura va verificata sul piano giuridico formale, dove non pare trovare appigli sicuri.

Una voce autorevole ha sostenuto con varietà di argomentazioni la prima tesi, per cui il divieto sarebbe stato operante soltanto per i datori di lavoro che avessero deciso di avvalersi delle integrazioni salariali o dell'esonero contributivo previsti dal decreto d'agosto. In sintesi, l'autore ha ritenuto che sotto il profilo letterale il riferimento alla integrale fruizione dei trattamenti evoca

nella sua materialità la condizione del datore di lavoro non già teoricamente legittimato, ma che in concreto si avvale delle integrazioni e che questa interpretazione fosse quella da considerare costituzionalmente orientata, atta a garantire un componimento equilibrato dei contrapposti interessi di rilievo costituzionale⁷⁰.

Sempre nella seguita prospettiva, lo stesso autore inoltre ritiene che laddove il datore di lavoro si trovasse nelle condizioni di dover intimare un licenziamento non si potesse ritenere che fosse invece costretto a ricorrere alle integrazioni salariali o l’esonero contributivo, in quanto non sarebbe stato possibile ritenere fungibile la causa integrabile per le integrazioni salariali con le ragioni che rendono legittimo il licenziamento, come invece la avversa lettura implicherebbe. Ne consegue che laddove ne ricorrano i presupposti il datore di lavoro sarebbe stato dunque libero di licenziare⁷¹.

Tuttavia, questa lettura non convince, in quanto si tratta di una distinzione che pare non trovare spazio nelle citate disposizioni, né dal punto di vista lessicale né in base alla *ratio* dell’intervento. Da un primo punto di vista l’integrale fruizione dei trattamenti di integrazione salariale viene posta come presupposto invalicabile e generale per superare il blocco e, dall’altro, l’idea del legislatore appare proprio quella di bloccare qualsiasi licenziamento per motivo oggettivo in qualunque modo motivato. Insomma, le disposizioni in esame, laconicamente, senza altre specificazioni prescrivono la preclusione dell’avvio di procedure di licenziamento collettivo e la sospensione di quelle avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020⁷², nonché la preclusione dei licenziamenti individuali per gmo e la sospensione delle procedure in corso *ex art.* 7, legge n. 604/1966⁷³.

Il problema di selezionare datori che effettivamente abbiamo sospeso o ridotto l’attività lavorativa per eventi riconducibili all’emergenza epidemiologica da Covid-19 è così da ritenere verificato a monte all’atto di concessione dei trattamenti di integrazione salariale *ex art.* 1, d.l. n. 104/2020, oppure dell’esonero contributivo *ex art.* 3, d.l. n. 104/2020. Insomma, il datore di lavoro si può di certo trovare di fronte a un’alternativa: sospendo e riduco l’attività, quindi

⁷⁰ A. MARESCA, *La flessibilità del divieto di licenziamento per Covid (prime riflessioni sull’art. 14, d.l. n. 104/2020)*, in corso di pubblicazione in *Labor*.

⁷¹ A. MARESCA, *La flessibilità del divieto*, cit.; anche; favorevole a tale lettura anche G. PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2020, p. 700, nonché M. VERZARO, *La condizionalità del divieto di licenziamento nel Decreto “Agosto”*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2020, p. 5.

⁷² Art. 14, comma 1, d.l. n. 104/2020.

⁷³ Art. 14, comma 2, d.l. n. 104/2020.

richiesta CIG, oppure licenzio con modifica organizzativa che implica esubero di lavoratori. E allora il senso dell'intervento del legislatore pare risiedere proprio nell'imporre al datore di lavoro di seguire la prima strada in questo periodo. La norma è di certo forte, anche difficile da digerire a fronte delle molteplici situazioni aziendali che si possono determinare, ma questo appare il suo portato⁷⁴.

14. Il ritorno al blocco generalizzato con il d.l. "ristori" n. 137/2020

Se nella legge di conversione n. 126/2020 del d.l. n. 104/2020 la questione in precedenza vagliata non aveva trovato soluzione, il tratto di penna del legislatore atto a dirimere la questione, pur se in maniera implicita, si è realizzato con il d.l. "ristori" n. 137/2020, dove in modo stentoreo viene prescritta la preclusione fino al 31 gennaio 2021 delle procedure di licenziamento collettivo insieme ai licenziamenti per gmo, con formula che ricalca la precedente declinata dal d.l. n. 104/2020, ma senza "condizionamenti" o meccanismi selettivi⁷⁵. Anche l'individuazione delle ipotesi escluse è la stessa prevista dal precedente d.l. n. 104/2020, in questa sede ribadite⁷⁶.

La nuova formula non lascia adito a dubbi: a partire dal 29 ottobre 2020 il nuovo termine del blocco è per tutti quello del 31 gennaio 2021, senza distinzioni tra i datore che abbiano usufruito o meno dei benefici predisposti per il periodo Covid-19. Si tratta di una soluzione da condividere sia perché in un contesto tanto complicato è necessario aver chiaro almeno il termine finale del divieto di licenziamento e soprattutto le eccezioni al divieto occorre siano ben delineate. Inoltre, va considerato che in applicazione del regime previgente sopra descritto il datore di lavoro che avesse fruito delle integrazioni salariali senza soluzione di continuità, ai sensi di quella normativa avrebbe potuto procedere a quei licenziamenti a partire dal 16 novembre 2020 e questo termine non è apparso sostenibile, data la perdurante e, anzi, aggravata situazione di diffusione del virus, con conseguenti provvedimenti del Governo di limitazione con varie modalità dell'attività delle imprese⁷⁷.

⁷⁴ Cfr. in questa diversa prospettiva, anche F. SCARPELLI, *I licenziamenti economici come temporanea extrema ratio: la proroga del blocco nel d.l. n. 104/2020*, in corso di pubblicazione in *Labor*, nonché A. LASSANDARI, A. PICCININI, *Un anno di blocco dei licenziamenti: con sussurri e grida tra ferragosto e ognissanti*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da V.A. POSO, e in *Questione Giustizia*, 18 novembre 2020, sulla base di analoghe e ulteriori considerazioni.

⁷⁵ Art. 12, commi 9 e 10, d.l. n. 137/2020.

⁷⁶ Art. 12, comma 11, d.l. n. 137/2020.

⁷⁷ Va segnalato che nel medesimo Decreto "ristori" è stato previsto un ulteriore periodo di sei settimane di

La medesima impostazione al momento è fatta propria nel disegno di legge di bilancio per il 2021 approvato il 18 novembre 2020 dal Governo e presentato alle Camere, dove il termine del blocco risulta prorogato in via generalizzata al 31 marzo 2021⁷⁸.

15. Le eccezioni condivise dai d.l. n. 104 e 137/2020: la fine del blocco in caso cessazione dell'attività di impresa

Opportunamente nel decreto d'agosto n. 104/2020 e poi nel d.l. “ristori” n. 137/2020 vengono espressamente escluse dalle nuove ipotesi di blocco quelle connotate dalla cessazione dell'attività d'impresa. Invero, in relazione alla normativa previgente l'assenza di specifici riferimenti conduceva a ritenere il divieto di licenziamento applicabile anche in questi casi, suscitando non poche perplessità, pur se, in relazione alla normativa di quella che abbiamo definito la “prima fase” abbiamo già evidenziato come in quell'ipotesi, ascrivibile per consolidata giurisprudenza a caso di sopravvenuta materiale impossibilità totale e definitiva di adempiere l'obbligazione da parte del datore di lavoro, in caso di violazione del divieto non fosse possibile ottenere la reintegrazione da parte del lavoratore, ma soltanto il risarcimento del danno, con riguardo al periodo compreso tra la data del licenziamento e quella della cessazione dell'impresa.

La prima ipotesi espressa, quella della cessazione definitiva dell'attività di impresa, laddove la chiusura sia seguita dalla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale dell'attività⁷⁹ si riferisce a una fattispecie a formazione progressiva, che attraverso il procedimento di liquidazione si conclude con la cancellazione della società dal registro delle imprese. Ne deriva che il semplice avvio del procedimento di liquidazione non può essere considerato elemento utile a superare il blocco. Allo stesso tempo non sembra necessario l'elemento formale della cancellazione dal registro, rilevando la cessazione dell'attività.

Invece, il blocco perdura nel caso in cui nel corso della liquidazione vi sia stata la cessione di un complesso di beni od attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'articolo 2112 cod. civ.⁸⁰. La previsione potrebbe considerarsi pleonastica, in quanto, ai sensi di quanto prescritto in precedenza, se se vi è cessazione dell'attività dell'impresa il

trattamenti di integrazione salariale per causa Covid-19 (art. 12, commi 1-7, d.l. n. 137/2020).

⁷⁸ Art. 54, commi 11, 12 e 13, Disegno di legge «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023», A.C. 2790.

⁷⁹ Art. 14, comma 3, d.l. n. 104/2020 e art. 12, comma 11, d.l. n. 137/2020.

⁸⁰ Art. 14, comma 3, d.l. n. 104/2020 e art. 12, comma 11, d.l. n. 137/2020.

divieto non opera e, quindi, se non vi è cessazione dell'attività, allora il blocco resta attivo, come nel caso appunto di trasferimento d'azienda o di un suo ramo. Peraltro è noto che anche al di fuori della normativa emergenziale Covid-19 qui in esame «il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento»⁸¹, quindi i licenziamenti in quel caso potrebbero riguardare, nel caso del trasferimento dell'impresa in crisi, i lavoratori che non transitano alle dipendenze del cessionario. Anche in quel caso, invero, vi è continuità dell'attività aziendale, pur se per agevolare la trasferibilità dell'impresa tramite accordi sindacali è possibile soltanto disporre dei diritti acquisiti dei lavoratori trasferiti⁸². In questa prospettiva la prescrizione della legge pare riguardare proprio quel caso, nel senso di imporre il divieto di licenziamento dei lavoratori non trasferiti.

Sono altresì esclusi dal divieto i licenziamenti intimati in caso di fallimento, soltanto nel caso in cui non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione. Nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso⁸³.

Alle previste condizioni dunque la dichiarazione di fallimento rende superato il divieto, si da consentire al curatore di procedere a licenziamenti, impediti invece nel precedente regime del blocco, con conseguente possibilità per il lavoratori coinvolti di godere della NASpI.

16. Il superamento del blocco tramite accordo collettivo aziendale di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro

Il divieto di licenziamento può essere comunque superato in caso di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo⁸⁴.

Siamo dunque di fronte a una fattispecie a formazione progressiva, dove il datore di lavoro all'atto della stipula dell'accordo aziendale si vincola nei confronti dei lavoratori ad accogliere le loro eventuali accettazioni alla proposta di risoluzione del rapporto di lavoro ivi contenuta. L'adesione del lavoratore, comunicata al datore di lavoro, resta elemento necessario ed è questo

⁸¹ Art. 2112, comma 4, cod. civ.

⁸² Cfr. da ultimo Cass. 17.08.2020 n. 17198.

⁸³ Art. 14, comma 3, d.l. n. 104/2020 e art. 12, comma 11, d.l. n. 137/2020.

⁸⁴ Art. 14, comma 3, d.l. n. 104/2020 e art. 12, comma 11, d.l. n. 137/2020.

che produce la risoluzione del rapporto di lavoro.

Dal tenore letterale della legge l'accordo sembra restare ipotesi a sé, così da restare estraneo alla procedura di licenziamento collettivo ex art. 4 e 24, legge n. 223/1991, tanto da non risultare necessaria una dichiarazione di eccedenza di personale, come quella per intimare il licenziamento individuale per gmo⁸⁵. In una diversa linea interpretativa altri, invece, ritengono che tale accordo si inserisca proprio in quella procedura, quale presupposto per la rimozione delle preclusioni e sospensioni dei licenziamenti previste dalla legge⁸⁶, anche se a leggere la norma non sembra, in verità, questa una linea univoca ivi imposta.

Ai lavoratori coinvolti in queste ipotesi viene comunque riconosciuto il diritto alla NASpI. Il riferimento è anche alla risoluzione consensuale, altrimenti se fosse solo ai licenziamenti, il diritto alla NaSpI sarebbe scontato.

Quanto ai soggetti stipulanti, ci si riferisce a un accordo collettivo aziendale «stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale», sicché non vengono legittimate le strutture sindacali aziendali (Rsa e Rsu).

Il legislatore in questo caso decide di non avvalersi del modello di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, da quel momento generalizzato, che come noto mette sullo stesso piano i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria. In questo caso l'espresso riferimento solo ai primi, pur frutto di una legittima scelta del legislatore parrebbe indice della volontà di ottenere un consenso più ampio. Tuttavia questa finalità pare permanere anche attribuendo la titolarità ad Rsa o Rsu di “quei” sindacati, come nel modello richiamato⁸⁷, che avrebbe potuto, quindi, essere anche qui replicato⁸⁸.

Qui il legislatore usa la preposizione “dalle” organizzazioni sindacali, invece che “da”, tanto da riproporre un'antica *querelle* sulla latitudine della formula, che così porterebbe a ricomprendere tutte quelle dotate del requisito della maggiore rappresentatività comparata.

⁸⁵ A. MARESCA, *Gli accordi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro nell'art. 14, comma 3, d.l. n. 104/2020: l'alternativa realistica al divieto di licenziamento per Covid*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 3/2020, p. 4.

⁸⁶ F. SCARPELLI, *I licenziamenti economici*, cit., anche se lo stesso autore resta possibilista sull'utilizzo di tali accordi anche al di fuori delle procedure di licenziamento richiamate.

⁸⁷ Cfr. P. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2016, pp. 287 ss.

⁸⁸ Cfr. anche A. MARESCA, *Gli accordi aziendali*, cit., p. 8.

L'accordo porrà le condizioni alle quali il lavoratore potrà aderire: quindi non solo le somme da corrispondere a titolo di incentivo economico, ma anche la tempistica, i soggetti inclusi e quelli esclusi, eventuali limiti quantitativi, il termine finale entro il quale l'adesione del singolo lavoratore dovrà essere comunicata ecc. Al contempo è pur vero che la formula ampia declinata dal legislatore consente di ritenere possibile che le condizioni della risoluzione possano essere concordate anche dal singolo datore di lavoro con il singolo lavoratore interessato. In quel caso sarà necessario stipulare un ulteriore accordo di risoluzione consensuale tra il dipendente e il datore di lavoro nel forme di cui all'art. 26, d.lgs. n. 151/2015, anche se, come sovente accade, l'accordo di risoluzione può essere accompagnato da una transazione generale per il pregresso, da formalizzare, quindi, nelle sedi previste dall'art. 2113, comma 4, cod. civ.⁸⁹.

Dalla struttura dell'istituto si deve ritenere che le condizioni fissate nell'accordo sindacale non possano essere modificate in sede di accordo individuale, pena l'inefficacia dello stesso a produrre in questo caso la risoluzione del rapporto.

17. Il flash del temporaneo ampliamento temporale della possibilità di revoca del licenziamento

Il decreto d'agosto (d.l. n. 104/2020) riproponeva, con formula analoga a quella utilizzata in precedenza, la possibilità per il datore di lavoro di revocare i licenziamenti intimati (solo) per giustificato motivo oggettivo *ex art. 3*, legge n. 604/66. Tuttavia il senso della previsione mutava, giacchè mentre in precedenza questa possibilità era riconosciuta soltanto in relazione ai licenziamenti intimati dal 23 febbraio al 17 marzo 2020, cioè prima del blocco⁹⁰, questa particolare forma di revoca poteva riguardare tutti i licenziamenti per gmo intimati «nell'anno 2020»⁹¹.

Quindi, mentre in precedenza la possibilità di utilizzare questa particolare forma di revoca appariva volta a offrire al datore di lavoro un'opzione conveniente per riattivare rapporti di lavoro già risolti, a salvaguardia dell'occupazione, nella successiva formulazione veniva a svolgere anche una funzione diversa, quella cioè di porre rimedio a un licenziamento che risultava vietato in base alla normativa emergenziale. Insomma una “via di fuga” a posteriori per il datore di lavoro che incautamente avesse proceduto a un licenziamento per g.m.o. coperto dal divieto.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁹⁰ Art. 1 *bis*, d.l. n. 18/2020, inserito dall'art. 80, comma 1, lett. *b*), d.l. n. 34/2020.

⁹¹ Art. 14, comma 4, d.l. n. 104/2020.

Come abbiamo già avuto modo di notare rispetto alla prima formulazione⁹², si trattava di un'ipotesi di revoca del licenziamento che espressamente non segue le regole di quella già prevista dall'art. 18, comma 10, legge n. 300/70. Infatti, poteva avvenire “in ogni tempo”, con l'unica condizione che il datore di lavoro contestualmente facesse richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale, di cui agli artt. da 19 a 22-*quinques* del d.l. n. 18/2020, a partire dalla data in cui ha efficacia il licenziamento. Pertanto, il fatto che la revoca potesse avvenire “in ogni tempo” andava declinato nel senso che potesse essere effettuata in realtà nei limiti di efficacia temporale dei trattamenti di integrazione salariale, la cui richiesta costituisce il presupposto per effettuare la revoca alle condizioni ivi previste. Quindi, se si poteva ritenere che questa revoca potesse essere disposta anche nel corso della causa intentata dal lavoratore, ma comunque prima della sentenza, la contemporanea richiesta di Cig da applicare al lavoratore fin dalla data del licenziamento doveva comunque essere effettuata quando la Cig Covid-19 di cui al d.l. n. 18/2020 risultasse ancora attivabile, e, quindi, fino al 31 dicembre 2020⁹³.

Quanto agli effetti in questo caso della revoca, il rapporto di lavoro si intendeva ripristinato senza soluzione di continuità, ma altresì “senza oneri nè sanzioni per il datore di lavoro”. Il lavoratore aveva, quindi, la possibilità di rientrare in azienda, ma senza il diritto alle retribuzioni per il periodo dal licenziamento alla revoca.

Parte della dottrina argomentando dalla estraneità di questa ipotesi rispetto a quella declinata dall'art. 18, comma 4, l. n. 300/70, ha ritenuto necessario il consenso del lavoratore, in applicazione delle regole generali⁹⁴, anche se la *ratio* della norma, atta a consentire al datore di lavoro di rimediare alla violazione commessa, parrebbe deporre in senso contrario.

Si è trattato comunque di una regola “flash”, cioè durata soltanto nella vigenza del decreto legge non ancora convertito, giacchè, in base a un emendamento dei cinquestelle, il quarto comma dell'art. 14 del d.l. n. 104/2020 che ne aveva ampliato la portata, è stato soppresso in sede di legge di conversione. Probabilmente, non senza ragioni, si è ritenuto che una revoca a così ampio spettro finisse per edulcorare nei fatti il divieto di licenziamento, in quanto si consentiva con pochi oneri al datore di lavoro di cancellare la sua violazione del divieto stesso.

⁹² *Supra*, § 5.

⁹³ A. MARESCA, *La socializzazione dei costi della speciale revoca del licenziamento per g.m.o. nell'art. 14, comma 4, d.l. n. 104/2020*, in corso di pubblicazione in *LavoroDirittiEuropa*, n. 3/2020.

⁹⁴ F. SCARPELLI, *I licenziamenti economici*, cit., pp. 12 ss.

18. Le incrementalì tensioni sul piano manageriale e sul piano della pur sostenibile tenuta costituzionale del divieto

La prosecuzione, con diverse modalità nel tempo del blocco dei licenziamenti per far fronte ai perduranti stress occupazionali indotti da un'emergenza epidemiologica ancora lungi dall'essere superata, oltre ai dubbi esegetici sopra affrontati, non può che continuare a porre perplessità di tenuta sistemica. Non vi è dubbio che l'ampliamento del divieto se da un lato costituisce per ora la rete di salvataggio per posti di lavoro a forte rischio caduta, dall'altro non manca di comportare comunque ricadute problematiche per le imprese, traducendosi il blocco in un sostanziale imponibile di manodopera⁹⁵.

Preoccupazioni lecite, che sono alla base delle letture che in precedenza pure abbiamo sottoposto a critica, tese a limitare l'ambito di applicazione del nuovo blocco articolato nel decreto d'agosto. Di certo il divieto costituisce un ostacolo alle necessarie trasformazioni organizzative, spesso da tradursi in processi di ridimensionamento, cui le aziende sono indotte proprio dalle crisi di vasti settori seguita alla pandemia. Sospesi nell'artificiale rete di protezione del divieto di licenziamento vengono a trovarsi posizioni lavorative che in assenza del blocco potrebbero essere considerate eccedentarie e, quindi, da sacrificare al fine di procedere alla riorganizzazione dell'impresa che ne possa consentire la sopravvivenza nel mercato⁹⁶. Resta di certo molto difficile calcolare i costi di simili operazioni, ma di certo quel che non si paga ora in termini di perdita di occupazione si rischia di pagarlo dopo, in quanto in molti casi il superamento del blocco avverrà quando il costo di riorganizzazione potrebbe essere molto più gravoso o, al limite, insostenibile. Sono aspetti che non si possono non considerare nella prospettiva di blocchi a oltranza.

Al contempo, le suddette tensioni incrementalì non paiono oltrepassare il confine della legittimità costituzionale. Questa sorta di "imponibile di manodopera" determinato dal divieto di licenziare, come tale in tensione con l'art. 41 Cost., può ancora trovare una sua ragionevolezza e un suo bilanciamento, anche nel fatto che la legislazione emergenziale ponga in larga parte a cari-

⁹⁵ Cfr. la lontana ma nota Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78, che dichiarò, proprio per violazione dell'art. 41 Cost., illegittima la normativa sull'imponibile di manodopera in agricoltura di cui al d.l.C.P.S. 16 settembre 1947, n. 929, cfr. la ricostruzione di G. PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2020, pp. 690 ss.

⁹⁶ Cfr. E. GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2020, pp. 611 ss.; G. PROIA, *Divieto di licenziamento*, cit., pp. 694 ss. Questi autori esprimono forti dubbi sulla tenuta costituzionale del blocco, sottolineando in particolare la peculiare e più difficile situazione in cui versano le piccole imprese.

co dello Stato (grazie all'intervento della CIG) i costi della manodopera mantenuta in servizio⁹⁷. Sempre rimanendo nell'alveo dell'art. 41 Cost., si è anche evidenziato, in una linea qui condivisa, come l'utilità sociale e il fine sociale di cui parla la norma assolvano alla funzione di prevenire o anche reprimere casi di “fallimento di mercato”, ovvero pregiudizi che le spontanee dinamiche del mercato arrecano a beni di sicuro rilievo costituzionale⁹⁸, tra cui si colloca a pieno titolo il lavoro nella sua dimensione individuale, di tutela del posto di lavoro e collettiva, di mantenimento dei livelli occupazionali⁹⁹.

Inoltre, la tenuta costituzionale del divieto di licenziamento può trovare riscontro anche nel quadro del contemperamento con altri valori costituzionali a tutela della persona del lavoratore, come quello della solidarietà¹⁰⁰, nonché, a nostro avviso, pur se in via indiretta, quello della tutela della salute, alla base di tutti i provvedimenti eccezionali nel quadro dell'emergenza epidemiologica. Tuttavia, è altrettanto certo che sotto la pressione di ulteriori proroghe la corda tirata potrebbe sfilacciarsi.

PASQUALE PASSALACQUA
Università degli studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

⁹⁷ M. T. CARINCI, *Covid-19 e “blocco” dei licenziamenti: ratio, limiti e opportunità di una misura in bilico tra il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost.*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2020, pp. 574 ss.

⁹⁸ A. GARILLI, *Il “blocco” dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2020, p. 594, che sul punto cita D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, in *giurcost.org – consulta on line*, p. 13.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ F. SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, 315; ID., *I licenziamenti economici*, cit., 4; nonché U. GARGIULO, V. LUCIANI, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, p. 207; C. ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, p. 440, nonché M. BIASI, *Liberty e Freedom nel blocco dei licenziamenti collettivi*, in *LavoroDirittiEuropa*, 3/2020, per opportuni riscontri anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

ALCUNE BREVI CONSIDERAZIONI SULLE MODALITÀ PIÙ EFFICACI PER
L'ESERCIZIO DELLE PREROGATIVE COSTITUZIONALI DEL PARLAMENTO
NELL'AMBITO DELL'EMERGENZA COVID-19*

Come è stato già sottolineato in vari interventi, nella Costituzione italiana non è prevista espressamente l'ipotesi della "Dichiarazione dello stato di emergenza". Del resto, in alcune Democrazie, particolarmente omogenee alla nostra, dove l'ipotesi è prevista espressamente ed è disciplinata dalla Costituzione, come quella francese e quella tedesca, la pandemia è stata affrontata senza utilizzare quelle clausole costituzionali¹.

In ogni caso, immaginare una revisione della Costituzione italiana per prevedere una disposizione sull'emergenza al fine di risolvere la crisi attuale, sarebbe fuori luogo: innanzitutto perché i tempi non ci sono e poi perché mi pare che anche il clima politico non sia quello più favorevole per una revisione costituzionale di tale portata².

Bisogna, quindi, ragionare – su questo sono pienamente d'accordo con quanto dichiarato, in un'intervista al Corriere della sera, dal Presidente emerito della Corte costituzionale Marta Cartabia³ – sulla base di quello che è il quadro costituzionale vigente. D'altra parte, la Costituzione ci offre tutti gli strumenti per fronteggiare questa emergenza.

Sicuramente il decreto legge è lo strumento più adatto per fronteggiare i fenomeni in questione (sul punto condivido quello che dicevano, da ultimo, i colleghi Alfonso Celotto e Andrea Pertici⁴) perché l'esercizio della funzione legislativa da parte del Governo, senza una legge di delega delle Camere parlamentari, rappresenta sicuramente una eccezione rispetto al principio che at-

* Testo dell'intervento svolto in data 12 novembre 2020, sessione mattutina, presso la Commissione I – Affari costituzionali del Senato della Repubblica, nell'ambito delle «Audizioni sull'affare assegnato n. 588 - Modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata».

¹ Cfr. sul punto le efficaci riflessioni svolte in S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in ID. (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, pp. 15-16.

La Costituzione spagnola – con l'art. 116, nel Capo dedicato alla forma di governo – articola la disciplina degli stati emergenziali in tre fattispecie: "allarme", "eccezione", "assedio", regolando in via diretta procedimento e durata, e demandando a una legge organica la restante disciplina e, in specie, «le competenze e le limitazioni corrispondenti».

² L'ipotesi di revisionare la Costituzione per disciplinare lo stato di emergenza è stata prospettata tra gli altri, con particolare autorevolezza, da A. RUGGERI, *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in *dirittifondamentali.it*, 18.10.2020, fasc. 3, in particolare p. 21. Sul punto cfr., altresì, G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. speciale (<http://www.osservatoriosullefonti.it>).

³ Cfr. intervista al *Corriere della Sera* del 20 aprile 2020.

⁴ Cfr. audizioni dei professori Alfonso Celotto e Andrea Pertici in data 12 novembre 2020, sessione mattutina, presso la Commissione I – Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

tribuisce la funzione legislativa al Parlamento, però poi questa auto-rottura della Costituzione viene sanata attraverso la legge di conversione e la Costituzione prevede tutti gli strumenti, sia di tipo politico che di tipo tecnico-giuridico, sia preventivi che successivi, per sottoporre ad adeguati controlli di merito e di legittimità questi atti aventi forza di legge⁵.

Le maggiori perplessità dei processi di produzione normativa realizzati per fronteggiare l'emergenza determinata dalla pandemia da Covid-19 (su questo punto si concorda con quanto sottolineato dal Presidente emerito della Corte costituzionale, prof. Ugo De Siervo⁶) si addensano sulle ordinanze contingibili e urgenti assunte nella forma del DPCM sulla base dei decreti legge intervenuti per fronteggiare l'emergenza. Una figura inedita e dall'incerta qualificazione giuridica⁷.

Si tratta di una vera e propria fonte legale di diritto oggettivo perché, come sappiamo, la Costituzione disegna un sistema chiuso delle fonti a livello primario, però lascia il sistema aperto a livello subordinato alla legge. Sicché la legge, mentre non può istituire delle fonti a sé concorrenziali (occorrendo una norma di rango costituzionale per prevedere una nuova fonte primaria), può istituire delle fonti subordinate. Questi DPCM ricordano molto da vicino il regolamento interministeriale, anche se il procedimento non è lo stesso dell'art 17 della legge 400/1988.

Per quanto concerne i dubbi da più parti sollevati sulla tenuta democratica delle nostre Istituzioni, si può ritenere, tutto considerato, che le vicende in esame si siano svolte complessivamente nel quadro della legalità costituzionale, sia pure con delle sbavature, con delle tensioni. Si è trattato di una sorta di "stress test". Nel senso che sono emerse delle difficoltà di fondo del sistema.

Si dovrebbero, da questo punto di vista, distinguere due gruppi di questioni: uno che riguarda le esigenze di riforma e di manutenzione del sistema politico-istituzionale, richiedendo interventi complessi e di ampio respiro; uno che concerne, invece, problematiche più specifiche, connesse a questa situazione contingente.

⁵ Sul tema sia qui consentito per esigenze di sintesi rinviare a F. PASTORE, *Dinamiche dei rapporti tra Governo, maggioranza e minoranze parlamentari*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, cit., pp. 93 ss. (specialmente pp. da 100 a 102). Lo scritto è pubblicato anche nella rivista online *dirittifondamentali.it*.

⁶ Cfr. audizione del professore Ugo De Siervo in data 12 novembre 2020, sessione mattutina, presso la Commissione I – Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

⁷ Sul tema si rinvia alla puntuale ed esaustiva ricostruzione critica operata in S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, cit., pp. 17-29.

Uno dei problemi di fondo del nostro ordinamento, messi ancor più in risalto dall'emergenza – lo diceva bene il professore Massimo Villone nel suo intervento⁸ – è la mancanza di una sede adeguata di svolgimento del rapporto di leale collaborazione tra Stato e Regioni a livello centrale⁹.

Si tratta di una grave lacuna, che c'era anche prima dell'emergenza e che rimane. Sullo sfondo c'è il nodo irrisolto della mancata realizzazione di una camera delle regioni, che rappresenta una sede tipica di svolgimento del rapporto di leale collaborazione tra Stato e autonomie territoriali, in sistemi a forte decentramento territoriale autonomistico. Chiaramente questa sarebbe una prospettiva di riforma strutturale e di più lungo periodo. Però, nell'immediato, almeno, si potrebbe attuare la Commissione parlamentare per le questioni regionali integrata dai rappresentanti delle Regioni, pure prevista dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Basterebbero, a tal fine, delle semplici modifiche dei regolamenti parlamentari.

Un'altra questione emersa con particolare evidenza durante l'emergenza è quella relativa allo scarso peso del Parlamento nei processi di produzione normativa che vedono il governo come protagonista. Ma anche questo non è un problema legato specificamente all'emergenza. Anche l'uso delle ordinanze contingibili e urgenti, in particolare quelle della protezione civile, già in passato, fuori dall'emergenza pandemica, aveva suscitato gravi dubbi di legittimità. Non a caso, sia la dottrina che la giurisprudenza avevano da tempo sollecitato la ricerca di soluzioni a queste criticità. Anche su questo bisognerà riflettere.

Una analoga distinzione si può fare anche con riferimento alle prospettive di riforma dei procedimenti parlamentari e dell'organizzazione delle camere parlamentari. Infatti, ci sono questioni di fondo che prescindono dall'emergenza pandemica. Basti pensare alle conseguenze prodotte dalla legge costituzionale n. 1 del 2020 che, come è noto, ha ridotto significativamente il numero dei componenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica. Appare evidente come sia difficile far funzionare il Senato, per come oggi è strutturato, con soli duecento senatori. In astratto, si tratterebbe di numeri più che sufficienti per garantire un'adeguata rappresentatività e un adeguato pluralismo della camera alta. Tuttavia, con l'organizzazione attuale, ci sarebbero delle serie difficoltà di funzionamento di questo ramo del Parlamento, perché quattordici

⁸ Cfr. audizione del professore Massimo Villone in data 12 novembre 2020, sessione mattutina, presso la Commissione I – Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

⁹ Il tema è approfonditamente e ampiamente sviluppato in M. SCUDIERO (a cura di), *Le autonomie al centro*, Napoli, 2007, n. 9, 2 tomi.

commissioni sono troppe per un numero così ridotto di senatori. Quindi, bisognerà pensare a una riforma dei regolamenti parlamentari, con una riduzione significativa del numero delle commissioni permanenti. Tale necessità organizzativa e funzionale prescinde dall'emergenza. Si tratta di esigenze di riforma che ci sarebbero state anche senza l'emergenza pandemica e che restano impellenti.

Ci sono poi esigenze di riforma che esistevano da molto tempo prima dell'emergenza e che sono state rese ulteriormente evidenti. Come sempre, i momenti di crisi possono anche essere delle grandi opportunità di crescita se vengono affrontati con lo spirito giusto e in modo positivo.

Per quanto riguarda i decreti legge, si può concordare con quanto è stato appena detto da Andrea Pertici in questa sede¹⁰. Si deve, innanzitutto, escludere l'ipotesi di prevedere l'approvazione della legge di conversione da parte delle Commissioni permanenti competenti per il merito in sede legislativa. È vero che questo disegno di legge non è contemplato, nell'ultimo comma dell'art 72 Cost., tra quelli assoggettati a una riserva di Assemblea parlamentare. Tuttavia, la dottrina più autorevole, confortata dalla giurisprudenza costituzionale, ritiene che la Costituzione preveda una riserva implicita in questo ambito. Quindi, si deve ritenere sia necessario un passaggio in Assemblea. Non di meno, si può considerare opportuno prevedere nei regolamenti parlamentari la possibilità di fare ricorso alla sede redigente. Anche perché, comunque, la prassi di presentare un "Maxiemendamento", sul quale si appone la questione di fiducia, non consente il pieno svolgimento di una dialettica parlamentare sufficientemente partecipata e pluralista. Tanto vale, perciò, immaginare la possibilità di fare ricorso a un procedimento più snello, come quello previsto per la sede redigente.

Per quanto riguarda le ordinanze emergenziali assunte nella forma di DPCM, ci sono criticità ancora maggiori. Il professore Massimo Villone ha detto in questa sede – e si può condividere pienamente la sua posizione – che il vero problema che pongono queste fonti consiste nel rispetto delle riserve di legge nonché nel rispetto di un principio di legalità inteso in senso sostanziale¹¹.

Attualmente, come è noto, la *ratio* del principio di legalità non risiede più nell'identificazione della legge con una presunta volontà generale – quindi, con la verità, con la razionalità, con la giustizia – ma risiede proprio nel pluralismo e nella rappresentatività delle ca-

¹⁰ Cfr. audizione del professore Andrea Pertici in data 12 novembre 2020, sessione mattutina, presso la Commissione I – Affari costituzionali del Senato della Repubblica. Lo hanno detto, per la verità, nella stessa sede, vari relatori. In particolare, lo ha efficacemente sottolineato il professore Massimo Villone.

¹¹ Anche su questo tema sia qui consentito per esigenze di sintesi rinviare a F. PASTORE, *Dinamiche dei rapporti tra Governo, maggioranza e minoranze parlamentari*, cit., pp. 93 ss.

mere parlamentari. Per questo si rende opportuno un maggiore coinvolgimento delle camere parlamentari nei processi di produzione normativa in atto.

Ovviamente, si tratta di prevedere – ma qui entriamo nell'ambito di quelle che sono le riforme più specifiche, legate a questa vicenda contingente – una modalità per coinvolgere gli organi parlamentari nel procedimento di formazione delle ordinanze emergenziali adottate nella forma di DPCM. Infatti, ci si deve augurare che questa modalità di produzione normativa, molto utilizzata durante l'emergenza pandemica, abbia a cessare una volta che finisca l'emergenza. Si può condividere – come sostenuto in questa sede dal Presidente emerito della Corte costituzionale, professore Ugo De Siervo¹² – la tesi che si tratti di una fonte legale di diritto oggettivo speciale, inedita, dell'ordinamento. Tuttavia, sembra evidente come la sua ragione storico-oggettiva sia legata alla vicenda in esame. Pertanto, sarebbe bene che questa fonte cessasse, si esaurisse, con la fine dell'emergenza e che non diventasse una modalità ordinaria di produzione del diritto.

La domanda alla quale occorre dare una risposta, allora, è come assicurare, per questo lasso di tempo, un maggiore coinvolgimento del Parlamento nel procedimento di formazione dei DPCM.

Si potrebbe pensare a una commissione speciale da disciplinare, con atto legislativo, nell'ambito della legislatura in corso e che si potrebbe avviare, per accelerare i tempi, con atti di indirizzo politico non legislativi.

Le soluzioni procedurali e organizzative dovrebbero essere valutate sulla base del contesto istituzionale nel quale si va a intervenire e dell'atteggiamento assunto dalle forze politiche.

Ad esempio, l'idea di fare una commissione bicamerale molto snella, a composizione paritetica, dando la presidenza alle opposizioni, potrebbe anche andar bene, in astratto, se il clima politico fosse unitario, solidale e se si instaurasse un dialogo costruttivo tra maggioranza e minoranze parlamentari.

Al contrario, non si può evitare di considerare come ci si trovi in una fase politica caratterizzata da un clima contrappositivo. Non c'è – sia da parte della maggioranza che da parte delle minoranze – un atteggiamento di unità, di solidarietà ma piuttosto una contrapposizione frontale. Si tratta di una constatazione oggettiva. Sono scelte politiche legittime, anche se opinabili, che hanno, tra l'altro, il pregio di favorire una distinzione dei ruoli e una dialettica democratica più

¹² Cfr. audizione del professore Ugo De Siervo in data 12 novembre 2020, sessione mattutina, presso la Commissione I – Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

trasparente. Allora, perdurando questo atteggiamento delle forze politiche, sarebbe preferibile mettere l'accento, nella definizione delle soluzioni organizzative e procedurali in questione, sulla garanzia della rappresentatività e del pluralismo.

D'altra parte nella forma di governo parlamentare italiana, la funzione di controllo non è svolta solo dalle opposizioni, ma molto spesso è svolta anche dalla maggioranza parlamentare. Anzi, a dire il vero, nel corso della storia repubblicana, il ruolo più incisivo di controllo e anche di correzione delle decisioni assunte dal governo è stato svolto prevalentemente dalla maggioranza. Allora, in questa chiave, perché non garantire – si concorda con quanto sostenuto dal professore Andrea Pertici¹³ – un maggiore grado di rappresentatività alla commissione, prevedendo una composizione snella ma abbastanza ampia da contemplare le principali componenti culturali, politiche, ideali presenti, tenendo conto, nella composizione dell'organo, in proporzione, della consistenza dei vari gruppi.

In ogni caso, si può anche immaginare di lasciare la presidenza alle opposizioni, come succede per altre commissioni bicamerali di controllo, perché si tratterebbe di una commissione che non dovrebbe svolgere funzioni di tipo legislativo.

Per quanto riguarda le funzioni, sarebbe incongruo riconoscere carattere vincolante ai pareri resi dalla commissione sugli schemi dei DPCM. Quindi, si dovrebbe prevedere un parere obbligatorio ma non vincolante della istituenda commissione bicamerale sugli schemi dei DPCM.

I tempi concessi alla commissione bicamerale per rendere il prescritto parere dovrebbero essere molto stretti. Anche otto giorni, in una situazione di emergenza come quella attuale, sarebbero troppi: si potrebbero tranquillamente dimezzare, ovviamente salva restando poi la possibilità del Governo di adottare l'atto in caso di inutile decorso del termine.

La pubblicità dei lavori dovrebbe essere massima, perché altrimenti non avrebbe senso il coinvolgimento del Parlamento: la pubblicità, assicurando la conoscibilità dei lavori parlamentari, rappresenta un elemento essenziale per la Democrazia. Le maggiori perplessità sul sistema delle Conferenze – sul tema, per altri versi, condivido quanto sostenuto in precedenza dal professore Massimo Villone¹⁴ – derivano proprio dalla mancanza di trasparenza: delle conferenze si conoscono solo gli atti, le decisioni assunte, ma non è dato conoscere i processi decisionali. Si tratta di *ar-*

¹³ Cfr. audizione del professore Andrea Pertici in data 12 novembre 2020, sessione mattutina, presso la Commissione I – Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

¹⁴ Cfr. audizione del professore Massimo Villone in data 12 novembre 2020, sessione mattutina, presso la Commissione I – Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

cana imperii che non sono compatibili con un sistema democratico. Si deve, pertanto, ritenere che i lavori della istituenda commissione dovrebbero avere la massima pubblicità, perché non si intravedono ragioni che possano giustificare una segretazione del dibattito o degli atti. Anche da questo punto di vista non si può ritenere che il COPASIR sia un modello utile di riferimento per la definizione delle soluzioni funzionali e organizzative in questione.

FULVIO PASTORE
Università degli Studi di Napoli Federico II

COVID-19 E RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE: BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DELL'ART. 91 DEL DECRETO "CURA ITALIA"

1. Il quadro normativo di riferimento all'interno del quale si inseriscono i provvedimenti emanati a causa della diffusione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 - 2. Le *fatti-specie tipo* oggetto dell'intervento normativo e la nuova disciplina dell'inadempimento cd. emergenziale - 3. La facoltà del creditore di avvalersi dell'*exceptio inadimpleti contractus* ai fini della sospensione della controprestazione - 4. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione - 5. Considerazioni conclusive

1. Il quadro normativo di riferimento all'interno del quale si inseriscono i provvedimenti emanati a causa della diffusione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19

I recenti provvedimenti normativi emanati a causa della diffusione, anche in Italia, dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si intrecciano con la già articolata e complessa disciplina generale dei contratti¹, offrendo all'interprete l'opportunità di svolgere alcune considerazioni scaturenti dal confronto tra l'apparato rimediabile attinente alle disfunzioni sopravvenute del contratto e la normativa emergenziale². Si tratta, in pratica, di verificare in che modo «una disciplina dettata per regolare rapporti economicamente e giuridicamente strutturati sulla "certezza" della pretesa e sull'altrettanto inconfutabile rimedio della responsabilità del debitore, possa essere utilizzata per far fronte ad un evento assolutamente straordinario ed imprevedibile» che ha fatto sì che il giurista fosse chiamato ad affrontare plurimi conflitti fondati su pretese contrattuali inadempite³.

In tale prospettiva, il lavoro non può che prendere le mosse dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19»⁴, il cui art. 91 – rubricato «Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti

¹ Sul come dovrebbe "atteggiarsi" il diritto privato al tempo della pandemia, cfr. le interessanti considerazioni di F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustizia civile*, I, pp. 207 ss. Sul punto cfr. anche A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.dirittobancario.it*, 25 marzo 2020.

² Sull'"incertezza giuridica" che sovente si accompagna a situazioni di questo tipo, cfr., *amplius*, P. PERLINGIERI, *L'uscita dall'emergenza e giustizia civile*, in *Legalità e giustizia*, 1985, pp. 1162 ss. e in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 238 ss.

³ Così A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: Spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, editoriale del 27 marzo 2020, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, pp. 3 ss.

⁴ Il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, pubblicato nella G.U. del 17 marzo 2020, n. 70, è stato convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 (in S.O. n. 16, relativo alla G.U. del 29 aprile 2020, n. 110).

pubblici» – introduce, all’art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6⁵, il nuovo comma 6-*bis* che così dispone: «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 cod. civ., della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Ebbene, il richiamo operato dal legislatore dell’emergenza agli artt. 1218 e 1223 cod. civ. ha fatto sì che sotto la lente dell’interprete finisse l’intero comparto dei difetti sopravvenuti: l’impossibilità temporanea e definitiva della prestazione, l’eccessiva onerosità sopravvenuta, nonché le condizioni che possono rendere inesigibili l’obbligazione pecuniaria⁶.

Tuttavia, il pericolo di contagio e la connessa esigenza di tutelare la salute pubblica (art. 32 Cost.)⁷ hanno determinato, nella maggior parte dei casi, un’impossibilità di natura soltanto temporanea di adempiere la prestazione per causa di forza maggiore⁸, ovvero in altri, non tanto l’impossibilità di adempiere la prestazione (eventualmente già eseguita), bensì l’impossibilità di goderne considerato il tipo di utilizzo desumibile *ex fide bona* dal contratto, chiamando in causa

⁵ Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, è stato convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 (in G.U. del 9 marzo 2020, n. 61).

⁶ In questa direzione E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 3, pp. 87 ss. Per l’obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro, cfr. Cass., 16 marzo 1987, n. 2691, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1988, II, pp. 583 ss., che ritiene che le stesse non siano suscettibile di estinguersi per impossibilità sopravvenuta, e Cass., 15 novembre 2013, n. 25777, in *Giustizia civile Massimario*, 2013, che afferma che per le stesse non opera con efficacia estintiva la mera difficoltà di adempiere per mancanza di liquidità.

⁷ Sul diritto alla salute quale diritto fondamentale della persona cfr., *amplius*, P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 1982, pp. 1020 ss. ora anche in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 101 ss.; ID. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1976, pp. 308 ss. Sul diritto alla salute cfr. anche C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, pp. 433 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto delle società*, 1984, pp. 21 ss.; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, pp. 7 ss. Cfr. inoltre, più di recente, G.M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana: un diritto fondamentale, un interesse di tutti*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 2013, pp. 15 ss.; C. TRIPODINA, *Sub art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 321 ss.

⁸ Per un primo inquadramento, in termini generali, cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, spec. pp. 640 ss.; ID., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Commentario al codice civile* Scialoja e Branca, Bologna, 1975; S. PAGLIANTINI, *Dell’impossibilità sopravvenuta*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, pp. 564 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell’impossibilità sopravvenuta*, in *Commentario al codice civile* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2002, pp. 20 ss.; F. DELFINI, *Dell’impossibilità sopravvenuta*, in *Codice civile commentato* Schlesinger e Busnelli, Milano, 1990, pp. 45 ss. Con specifico riguardo alle ipotesi di impossibilità sopravvenuta in seguito alla pandemia da Covid-19 cfr., tra i contributi della dottrina più attenta, V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia*, in *Giustizia civile*, 1, 2020, pp. 233 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio ai tempi della pandemia*, *ibid.*, 2, 2020, pp. 235 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull’emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ibid.*, pp. 245 ss.

anche l'istituto della presupposizione. A tal ultimo riguardo, tuttavia, è appena il caso di precisare che «se si condivide che la presupposizione si comporti in modo non radicalmente diverso dai presupposti causali, tant'è che, per il suo difetto originario, la giurisprudenza applica la nullità per difetto in concreto di causa, e se si prende atto che al funzionamento originariamente pattuito deve corrispondere, in fase esecutiva, una possibile attuazione del funzionamento programmato, salvo il ricorso ai rimedi sopravvenuti, il temporaneo venir meno della presupposizione viene ad essere disciplinato non diversamente dalla temporanea impossibilità della prestazione»⁹.

2. Le fattispecie tipo oggetto dell'intervento normativo e la nuova disciplina dell'inadempimento cd. emergenziale

La prima osservazione che appare doveroso muovere nei confronti del novello comma 6-*bis* è relativa all'opportunità dello stesso, considerato che specifica un principio, a parere di chi scrive, già desumibile dall'art. 1218 cod. civ.¹⁰, in relazione al quale non è mai stato posto in dubbio che il dovere di rispettare specifiche prescrizioni di legge fosse un fatto non imputabile alla responsabilità del debitore¹¹. Vieppiù che, per alcune tipologie contrattuali (quali il *leasing*, i mutui fondiari stipulati per l'acquisto della prima casa, il trasporto aereo, ferroviario e marittimo e via discorrendo), il Governo è intervenuto con norme specifiche destinate a disciplinare i rapporti già in essere e messi in crisi dalla situazione di emergenza.

Ciò premesso, nell'intento di individuare le *fattispecie tipo* oggetto dell'intervento legislativo, occorre dapprima precisare che la causa impeditiva che qui rileva (cd. *factum principis*) è

⁹ Così testualmente E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit. In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, pp. 13 ss., con nota di F. PAROLA, *Recesso dal contratto di compravendita e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, là dove si prevede la risoluzione di un contratto di viaggio ai sensi dell'art. 1463 cod. civ. per l'impossibilità di fruizione della "finalità turistica" per cause non imputabili alle parti.

¹⁰ Ritene che la nuova disposizione «ha ambito operativo *per sé* non limitato alle obbligazioni da contratto» ben potendo la stessa trovare applicazione «anche per le obbligazioni *ex lege* e, per sé almeno, pure per quelle da torto, oltre la previsione dell'art. 2058 cod. civ.» (cfr. A. DOLMETTA, *"Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *ilcaso.it*, 11 aprile 2020. Sul rapporto tra il comma 6-*bis* e gli articoli del codice civile, cfr. anche G. FEDERICO, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *Questione Giustizia*, 9 aprile 2020; A. BUSANI, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *Sole 24 Ore focus*, 1° aprile, 2020, p. 11.

¹¹ E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit. Non così per A. DOLMETTA, *"Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit., ad avviso del quale si tratta di una norma «*comunque* importante», «destinata ad incidere sui termini della ripresa, quando non a concorrere nel modularli» (il corsivo è dell'Autore): «l'idea che sta alla base della norma è buona; la previsione opportuna e tuttavia migliorabile, nella formulazione del precetto (anche solo per sgravarla da problematiche che mi paiono destinate ad appesantirla inutilmente), quanto pure nella sostanza».

l'impossibilità oggettiva ad eseguire la prestazione derivante da un precetto emanato dalla pubblica autorità. Sì che, la nuova disposizione è sicuramente destinata a trovare applicazione in tutte quelle ipotesi nelle quali le misure di contenimento della pandemia da Covid-19 dispongano il divieto ovvero la sospensione di un'attività d'impresa che, nel caso dell'obbligazione di prestare i beni o i servizi prodotti o commercializzati attraverso tale attività¹², determini (ai sensi degli artt. 1256 ss. cod. civ.) l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore¹³.

In proposito, è doveroso precisare, tuttavia, che ai fini della esclusione della responsabilità del debitore, non è sufficiente il mero disposto autoritativo, richiedendosi altresì che il debitore abbia agito attenendosi allo stesso e che, tra l'inadempimento e l'osservanza della regola imposta dalla pubblica autorità vi sia un nesso di causalità, che deve essere provato dal debitore unitamente all'aver agito utilizzando l'ordinaria diligenza¹⁴.

Ciò detto, ben può affermarsi, senza timore di incorrere in un eccesso di semplificazione, che qualora il rispetto delle misure di contenimento (al quale fa espressamente riferimento il nuovo comma 6-*bis*) determini un'impossibilità, per così dire, definitiva, per il debitore che invochi la protezione legislativa, è necessario distinguere l'ipotesi in cui la stessa riguardi l'intera prestazione

¹² Non risulterebbe configurabile, invece, alcuna impossibilità di diritto con riguardo alle obbligazioni pecuniarie inerenti l'esercizio delle attività professionali momentaneamente sospese per via delle misure di contenimento della pandemia, fermo restando che è stata specificamente disposta la moratoria di alcuni pagamenti: per questi rilievi P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 3, p. 74. Ulteriori approfondimenti in E. DALMOTTO, *La scadenza dei titoli di credito al tempo del Coronavirus. Con una postilla sul pari decorso degli altri termini stragiudiziali*, in *ilcaso.it*, 3 aprile 2020.

¹³ Esclude che tale disposizione legislativa svolga una funzione, per così dire, premiale nei confronti del debitore che abbia rispettato le misure di contenimento e di gestione della pandemia da Covid-19, P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, cit., pp. 73 ss. In direzione analoga anche A. DOLMETTA, *"Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit.

¹⁴ Il principio è pacifico in giurisprudenza. Cfr., per tutte, Cass., 8 giugno 2018, n. 14915, in *Giustizia civile Massimario*, 2018, là dove si afferma che: «La liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della prestazione può verificarsi, secondo la previsione degli artt. 1218 e 1256 cod. civ., solo se ed in quanto concorrano l'elemento obiettivo della impossibilità di eseguire la prestazione medesima, in sé considerata, e quello soggettivo dell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione. Pertanto, nel caso in cui il debitore non abbia adempiuto la propria obbligazione nei termini contrattualmente stabiliti, egli non può invocare la predetta impossibilità con riferimento ad un ordine o divieto dell'autorità amministrativa ("factum principis") sopravvenuto, e che fosse ragionevolmente e facilmente prevedibile, secondo la comune diligenza, all'atto della assunzione della obbligazione, ovvero rispetto al quale non abbia, sempre nei limiti segnati dal criterio della ordinaria diligenza, sperimentato tutte le possibilità che gli si offrivano per vincere o rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità». La Suprema Corte di cassazione nella pronuncia qui segnalata riafferma un principio già enunciato, in maniera ancora più chiara, nel 2012: cfr. Cass., 30 aprile 2012, n. 6594, in *Giustizia civile*, 9, 2013, I, pp. 187 ss., là dove si afferma che affinché «l'impossibilità della prestazione costituisca causa di esonero del debitore da responsabilità, deve essere offerta la prova della non imputabilità, anche remota, di tale evento impeditivo, non essendo rilevante, in mancanza la configurabilità o meno del *factum principis*».

(impossibilità totale) da quella in cui riguardi soltanto una parte della prestazione (impossibilità parziale)¹⁵. Soltanto nel primo caso si ha la risoluzione del contratto (art. 1463 cod. civ.) con la conseguente liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio (art. 1256, comma 1, cod. civ.); nel secondo caso, invece, il debitore è liberato soltanto in parte (art. 1258, comma 1, cod. civ.) e il creditore avrà diritto ad una riduzione della controprestazione ovvero al recesso dal contratto (art. 1464 cod. civ.)¹⁶. Nel caso in cui, invece, l'impossibilità risulti meramente temporanea, l'esclusione della responsabilità del debitore per la mancata esecuzione della prestazione cessa al venir meno dell'impossibilità, e spetterà al creditore decidere se accettare un eventuale adempimento tardivo ovvero recedere dal contratto¹⁷. L'estinzione dell'obbligazione si avrà soltanto nel caso in cui l'impossibilità perduri «fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse (art. 1256, comma 2, cod. civ.)»¹⁸.

Alla medesima soluzione pare potersi giungere anche nell'ipotesi in cui l'attività d'impresa, pur non essendo vietata, risulti indirettamente impedita, ovvero aggravata, dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19¹⁹. In siffatta situazione, è configurabile un'impossibilità, che per quanto relativa e soggettiva, rendendo difficoltosa l'esecuzione della prestazione, in quanto richiede uno sforzo eccessivo al debitore, chiama in causa nuovamente l'art. 1256 cod. civ.²⁰.

¹⁵ I caratteri dell'assolutezza e della oggettività hanno da sempre identificato i presupposti perché l'istituto possa operare con effetto liberatorio in favore del debitore, nelle sue diverse forme della impossibilità assoluta, di quella temporanea e di quella parziale: in dottrina cfr. G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; G. OSTI, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1957; in giurisprudenza cfr. Cass., 27 febbraio 2004, n. 4016, in *Giustizia civile Massimario*, 2004, pp. 2 ss.

¹⁶ Cfr. Cass., 27 febbraio 2017, n. 4939, in *Guida al diritto*, 2017, 13, pp. 48 ss., nella quale la Cassazione precisa che «l'impossibilità parziale ha effetto risolutivo solo quando, avuto riguardo all'interesse delle parti, investa l'essenza stessa dell'operazione negoziale, privando il resto, in parte significativa, di utilità o, comunque, mutando significativamente lo scopo perseguito con il negozio, ai sensi degli artt. 1362 e ss., cod. civ.».

¹⁷ Sull'inesigibilità temporanea della prestazione cfr. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004.

¹⁸ Per approfondimenti in tal senso si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 2019, in particolare pp. 534 ss.

¹⁹ Sul punto, cfr. A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziavivile.com*, 29 aprile 2020.

²⁰ A tal riguardo, desta qualche perplessità la mancata previsione da parte del legislatore dell'emergenza del potere del giudice di fissare eventualmente la nuova scadenza dell'obbligazione che, nei fatti, tuttavia, potrebbe desumersi dal richiamo operato agli artt. 1218 e 1223 cod. civ. Evenienza questa che può riguardare sia le rate già scadute che quelle non ancora scadute.

La nuova disposizione, collocandosi nell'ambito della disciplina dell'inadempimento, per così dire, emergenziale²¹, individua, quindi, un'ipotesi di inadempimento "di natura esclusivamente formale", in quanto dallo stesso non scaturiscono quegli effetti sostanziali che, invece, si produrrebbero in una situazione non di tipo emergenziale²². Si tratta in buona sostanza di una causa straordinaria di giustificazione dell'inadempimento (legislativamente tipizzata) ovvero di una causa legale di sospensione dello stesso a seconda della temporaneità o definitività dell'impedimento²³.

In ogni caso, il venir meno della responsabilità del debitore per il rispetto delle misure di contenimento della pandemia da Covid-19 comporta anche la disapplicazione delle clausole contrattuali collegate all'inadempimento. A tal riguardo, è appena il caso di osservare che nonostante il comma 6-*bis* faccia espresso riferimento esclusivamente a «eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti», il giudice, nell'ipotesi in cui ritenga che l'inadempimento del debitore sia dovuto al rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia, potrà estendere il suddetto principio anche ad altri rimedi normalmente utilizzabili dalla controparte per far valere il proprio diritto a conseguire la prestazione²⁴.

Per quanto concerne, infine, l'onere della prova, è appena il caso di osservare che il comma che qui s'indaga, accertando, per così dire, in via legislativa, una causa di forza maggiore, alleggerisce di gran lunga la posizione del debitore sollevato dal dover dimostrare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi, che, com'è noto, in assenza di una situazione di tipo emergenziale, spetterebbe a lui provare²⁵. Ad ogni modo, sarà compito dell'organo giudicante decidere, valu-

²¹ Utilizza la locuzione "inadempimenti emergenziali", riferendola a «quegli illeciti contrattuali dovuti non già a dolo o colpa del debitore, ma alla necessità per il debitore di osservare una misura di contenimento che gli impedisce di eseguire la prestazione, dando corso al programma negozialmente concordato», A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura Italia"*, in *I contratti*, 2020, 2, pp. 213 ss.

²² A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura Italia"*, cit., p. 214.

²³ È stato autorevolmente affermato in dottrina che il compimento o l'omissione di atti, che costituiscono manifestazione di solidarietà umana e sociale o di esigenze dello sviluppo delle personalità, può costituire causa non imputabile (cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., pp. 452 ss.).

²⁴ Si pensi, per esempio, all'azione di risoluzione per inadempimento (art. 1453 cod. civ.), a meno che l'impossibilità sia sopravvenuta durante la mora del debitore ex art. 1221 cod. civ.

²⁵ Di regola, infatti, in caso di mancato o ritardato adempimento, la colpa del debitore si presume, dato che l'art. 1218 cod. civ. afferma che questi è tenuto al risarcimento del danno, salvo provi che l'impossibilità ad eseguire la prestazione dovuta sia riconducibile a una causa a lui non imputabile. Nel caso di specie al debitore spetterà semplicemente dimostrare che il rispetto delle misure di contenimento della pandemia da Covid-19 ha rappresentato un impedimento in alcun modo superabile attraverso l'utilizzo dell'ordinaria diligenza.

tate le circostanze del caso concreto²⁶, se il rispetto delle norme di contenimento sia in grado di escludere o meno la responsabilità del debitore²⁷ e, in tal ultimo caso, stabilire il *quantum* del risarcimento ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. (articolo quest'ultimo, non a caso, richiamato dal comma 6-*bis*)²⁸. In questa ipotesi, il nuovo comma 6-*bis* funziona, in un certo qual senso, come strumento di riduzione del danno.

3. La facoltà del creditore di avvalersi dell'*exceptio inadimpleti contractus* ai fini della sospensione della controprestazione

Giunti a questo punto della trattazione, resta da domandarsi se il creditore debba necessariamente subire gli effetti conseguenti all'applicazione del comma 6-*bis* o se, invece, nonostante la diversità di presupposti di cui all'art. 1460 cod. civ., possa sospendere la controprestazione avvalendosi dell'*exceptio inadimpleti contractus*.

Ebbene, la giurisprudenza, seppur con riguardo ad ipotesi che esulano dalla pandemia da Covid-19, si è sempre mostrata a favore del creditore, sostenendo che l'eccezione di inadempimento ben possa trovare applicazione anche in presenza di inadempimenti, per così dire, incolpevoli²⁹. D'altronde, sarebbe difficilmente sostenibile il contrario considerato che il nesso sinallagmatico, che caratterizza i contratti a prestazioni corrispettive, si basa proprio sull'intento delle par-

²⁶ Sulla necessità di attribuire preponderante attenzione al caso concreto, rifuggendo da metodi di indagine orientati alla ricerca di soluzioni unitarie, cfr. P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, pp. 17 ss.; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Rivista di diritto privato*, 2010, 4, pp. 7 ss. Più in particolare, sulla necessità di ridimensionare la tecnica della sussunzione in favore del procedimento di analisi e qualificazione del fatto e degli effetti, cfr. ID., *Il problema della qualificazione giuridica*, in *Diritto e giurisprudenza commentata*, 1975, pp. 826 ss., ora anche in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, pp. 3 ss. là dove si afferma: «si tratta non di individuare fatti ed inserirli in schemi rigidi prefissati, ma di valutare il fatto concreto [...]. In questo senso, qualificazione è individuazione della rilevanza giuridica del fatto».

²⁷ Si pensi ad esempio all'adempimento di una obbligazione pecuniaria – che in applicazione del principio *genus numquam perit* non è suscettibile di estinguersi per impossibilità sopravvenuta – per la quale è sufficiente avere a disposizione internet. Diversamente per una obbligazione avente ad oggetto un fare che presupponesse una libertà di movimento invece preclusa dalle misure di contenimento dell'emergenza.

²⁸ Si tratterebbe di una "disciplina a ventaglio (positivamente) aperto" che affida «al giudice il compito di individuare la struttura disciplinante – qui, di sostanza in ultima analisi rimediabile – più opportuna a seconda della fattispecie concreta»: così A. DOLMETTA, *"Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit.

²⁹ Cfr., per tutte, Cass., 19 ottobre 2017, n. 21973, in *Giustizia civile*, 1, 2008, I, pp. 115 ss., là dove la Suprema Corte di cassazione, con estrema chiarezza afferma che «l'esercizio dell'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 cod. civ., che trova applicazione anche con riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di contratti collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, atteso che come posto in rilievo in dottrina è meritevole di tutela l'interesse della parte a non eseguire la propria prestazione senza ricevere la controprestazione, al fine di evitare di venire ad essere posta in una situazione di disegualianza rispetto alla controparte. E ciò pure allorché il mancato adempimento della prestazione dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità per causa non imputabile al debitore».

ti di scambiarsi diritti e obbligazioni mediante prestazioni reciproche. Sì che, escludere la possibilità per una parte di sospendere la prestazione nel caso di impossibilità dell'altra parte di eseguire la propria creerebbe una disegualianza non ragionevole tra i contraenti³⁰. Se così è, non si vede ragione alcuna per non estendere il suddetto principio anche all'ipotesi di impossibilità sopravvenuta a causa del rispetto delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Ad ogni modo, nonostante l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 cod. civ. rappresenti nel nostro ordinamento uno strumento di autotutela che fa sì che la risoluzione del contratto avvenga, come si suol dire, di diritto, spetterà al giudicante la valutazione caso per caso, tenendo a mente il monito dell'art. 1460, comma 2, cod. civ. in forza del quale «non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede»³¹.

4. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione

Potrebbe anche verificarsi che, in un contratto la cui esecuzione sia destinata a protrarsi nel tempo (si pensi ad un contratto ad esecuzione differita oppure ad un contratto ad esecuzione continuata o periodica), il rispetto delle misure di contenimento della pandemia da Covid-19 – in quanto evenienza straordinaria ed imprevedibile, successiva alla stipulazione del contratto ma anteriore alla sua esecuzione – modifichi notevolmente il rapporto di valore tra prestazione e controprestazione, travalicando la normale alea accettata dalle parti. In tale ipotesi, non si esclude si

³⁰ Sul principio di ragionevolezza e sul come opera nei rapporti di diritto civile cfr., *amplius*, le riflessioni di G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, in particolare p. 137 il quale considera la ragionevolezza uno «strumento di attuazione dell'ordinamento giuridico (...) in quanto parametro che deve essere saldamente ancorato ai principi fondamentali, ai valori normativi ed alla loro gerarchia, al fine di evitare interpretazioni libere e non attente al bilanciamento dei principi e alla valutazione comparativa degli interessi giuridicamente rilevanti». Cfr. anche ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in AA.VV., *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, pp. 29 ss., ora anche in ID. e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, pp. 1 ss., e, più di recente, ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016. Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile (S.I.S.Di.C.)*, Napoli, 2018, pp. 283 ss., ora anche in *Rivista di diritto civile*, 2018, pp. 716 ss. e in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2019. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in *Corti marchigiane*, 2005, pp. 3 ss.

³¹ Cfr. Cass., 25 giugno 2019, n. 16918: «Dato atto che la giurisprudenza di legittimità ha sempre precisato che la buona fede cui si riferisce l'art. 1460, comma 2, non è soggettiva (la mera incolpevole ignoranza di ledere il diritto altrui non può quindi legittimare l'inadempimento) bensì oggettiva, onde per stabilirne la sussistenza il giudice di merito deve verificare se l'inadempimento della controparte abbia davvero influito sull'equilibrio sinallagmatico del contratto, così da legittimare la sospensione "reattiva", l'arresto rimarca pure che la buona fede oggettiva esige, altresì, che "la difesa sia proporzionata all'offesa", per cui soltanto un inadempimento integrale legittima una sospensione integrale della prestazione corrispettiva».

possa invocare il rimedio di cui all'art. 1467 cod. civ., sicché la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa ben potrà chiedere la risoluzione del contratto, mentre l'altro contraente, per evitarla, potrà offrire di modificare equamente le condizioni dell'accordo (cd. *reductio ad aequitatem*)³².

Analogamente, nel caso di contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, là dove quest'ultima potrebbe venirsi a trovare di fronte ad un onere economico ovvero ad una gravosità dell'esecuzione notevolmente e imprevedibilmente superiore a quella iniziale.

In definitiva, più che il rispetto soggettivo delle misure di contenimento, ciò che viene ad essere posto in rilievo è l'oggettiva esistenza delle stesse, «nella misura in cui questa venga a incidere, naturalmente, sui termini di (possibile) esecuzione della prestazione dovuta», rendendola, sotto il profilo del rapporto di causalità, più difficile³³.

5. Considerazioni conclusive

Il legislatore dell'emergenza, con l'art. 91 del decreto "Cura Italia", ha voluto evitare che potessero ricadere sul debitore gli effetti di inadempimenti, per così dire, incolpevoli, in quanto dovuti ad eventi che esulano dalla sfera di rischio del debitore, probabilmente con l'intento di evitare azioni e richieste da parte di creditori insoddisfatti. A tal riguardo, non può sottacersi, tuttavia, che avrebbe contribuito maggiormente a risollevare le sorti dell'economia del Paese – mitigando altresì il conflitto sociale che accompagna questo difficilissimo periodo – prevedere espressamente, laddove possibile, un obbligo di rinegoziazione finalizzato al riequilibrio delle prestazioni tra le parti³⁴, considerata l'assenza nel nostro sistema di norme finalizzate alla "revisione" del rapporto³⁵ in considerazione delle sopravvenienze verificatesi nel corso dell'esecuzione del contratto³⁶.

³² Si pensi, ad esempio, ad un contratto di somministrazione avente ad oggetto la consegna periodica di dispositivi di protezione individuale il cui costo, com'è noto, è lievitato durante la pandemia, la quale ha reso eccessivamente oneroso per molti fornitori continuare a somministrare i dispositivi per il prezzo originariamente pattuito, che può essere diventato di molto inferiore ai nuovi prezzi di mercato. Ebbene, nell'ipotesi richiamata, lo straordinario aumento dei costi che il fornitore deve affrontare per eseguire la prestazione, andando ad alterare il rapporto di valore tra prestazione e controprestazione, fa sì che il fornitore si possa rivolgere al giudice per ottenere la risoluzione del contratto, a meno che l'altra parte non offra di pagare i prodotti ad un prezzo adeguato alle nuove condizioni di mercato.

³³ A. DOLMETTA, "Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit.

³⁴ Sull'equilibrio contrattuale da intendersi non come equivalenza delle prestazioni, cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2001, pp. 334 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2001, 2-3, pp. 223 ss., ora anche in *Rassegna di diritto civile*, 2020, 3. Sul fenomeno della rinegoziazione nei contratti cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*

Ragionare in termini di rimedi “manutentivi” del rapporto obbligatorio, e non soltanto in termini risolutivi, sarebbe apparsa, probabilmente, una scelta più coraggiosa³⁷, in un’ottica di rilettura dei rapporti obbligatori in chiave solidaristica³⁸.

MARIA PORCELLI
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

nei contratti a lungo termine, Napoli, 1996, in particolare pp. 320 ss.; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989.

³⁵ L’espressione è di V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da G. Iudica e P. Zatti), Milano, 2011, pp. 1037 ss. Tra le poche eccezioni, l’art. 1818 nel contratto di mutuo e l’art. 1664 nel contratto di appalto, là dove, in realtà, si prevede non un obbligo di rinegoziare posto in capo alle parti, bensì una rideterminazione *ex lege* del contenuto del rapporto contrattuale.

³⁶ È minoritaria la giurisprudenza che consente al giudice di rideterminare il contenuto economico del sinalagma in presenza di eccessiva onerosità sopravvenuta: cfr., per tutte, Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro italiano*, 1990, I, pp. 564 ss., con nota di commento di F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*.

³⁷ In questi termini, A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: Spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., p. 7.

³⁸ Sull’incidenza dei valori costituzionali, tra i quali la tutela della dignità della persona e il principio di solidarietà espressamente richiamato dall’art. 2 Cost., sulle vicende relative al rapporto obbligatorio, cfr., *amplius*, P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, cit.; ID., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, cit., pp. 452 ss.

I CONTRATTI TURISTICI TRA NORMATIVA DELL'EMERGENZA, REGOLE DI SETTORE E DISCIPLINA GENERALE DEL CONTRATTO

1. Considerazioni introduttive e delimitazione del campo di indagine - 2. La disciplina dell'emergenza: impossibilità, inutilizzabilità e rimedi - 3. Le restituzioni a mezzo *voucher* e l'irrilevanza del consenso del turista. Dubbi di legittimità comunitaria - 4. Viaggi "possibili", timori di contagio e protocolli di sicurezza. Quali rimedi? - 5. Rilievi conclusivi

1. Considerazioni introduttive e delimitazione del campo di indagine

L'emergenza sanitaria incide sul mercato turistico e sugli eterogenei contratti ad esso relativi, ponendo problematiche differenti a seconda della diversa influenza della situazione pandemica sull'esecuzione (e sull'eseguibilità) del vincolo. Nelle pagine che seguono si prenderanno in considerazione i contratti stipulati tra gli utenti finali del mercato turistico e i professionisti del settore¹. Per tali contratti si registra un'espressa risposta normativa², in linea con la tendenza del legislatore a regolamentare i rapporti contrattuali incisi dalla pandemia attraverso norme derogatorie rispetto alle discipline generali, nella ricerca di nuovi punti di equilibrio tra i diversi interessi coinvolti³.

I rapporti turistici in esame sono paradigma di tale tendenza. Le regole generalmente valide per tali rapporti sono sovente "sbilanciate" a favore del contraente-turista, quale contraente debole; l'attuale situazione riscrive i rapporti di forza tra le parti e impone risposte adeguate a evitare il dissesto finanziario del soggetto professionalmente coinvolto nel mercato turistico. Da qui la scelta di individuare "nuovi" rimedi, con deroghe alla normativa generale in tema di sopravvenuta impossibilità della prestazione, alla disciplina speciale contenuta nel codice del turismo, nonché – sotto alcuni aspetti – in contrasto con la normativa europea sui trasporti e sulla vendita di pacchetti turistici. Si procederà, dunque, ad una riflessione sull'adeguatezza (e sulla legittimità)

¹ Non ci si sofferma sui rapporti c.dd. "professionali" legati al mercato turistico, i quali pure subiscono la situazione pandemica in atto. Si pensi ai rapporti di *franchising* di agenzie di viaggio, alle locazioni alberghiere, o a tutti i contratti aventi a oggetto la prestazione di servizi da rendere all'interno di strutture recettive. Con particolare riferimento al settore alberghiero, cfr. A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, in *jus civile*, 2020, pp. 724 ss.

² Tra i primi contributi sulla normativa dell'emergenza, G. VULPIANI, *Emergenze epidemiologiche e contratti del turismo: il caso del Coronavirus*, in *judicium.it*, 2 aprile 2020; R. SANTAGATA, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 17 aprile 2020.

³ A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, maggio 2020.

delle soluzioni prospettate⁴, per poi sviluppare l'indagine verso quei rapporti che esulano dal campo di operatività della normativa dell'emergenza, sebbene siano incisi, a vario titolo, dalla situazione pandemica in atto⁵. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, a contratti, astrattamente realizzabili, ma, in concreto, non più rispondenti all'interesse del creditore-turista, per i quali occorre valutare quando e se siano prospettabili lo scioglimento del vincolo o l'applicazione di rimedi c.dd. manutentivi; quando, invece, le ragioni addotte dal contraente che voglia recedere debbano essere mantenute nell'alveo dei motivi, non addebitabili alla controparte⁶.

2. La disciplina dell'emergenza: impossibilità, inutilizzabilità e rimedi

La disciplina emergenziale dei rapporti turistici è contenuta nell'art. 88 *bis* d.l. n. 18 del 2020, norma introdotta in sede di conversione dalla l. n. 27 del 2020 e successivamente modificata⁷. Nell'art. 88 *bis* si disciplinano, in maniera organica, i rimborsi dei titoli viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici, con una tendenziale uniformazione, sul piano rimediale, delle diverse ipotesi considerate.

Nello specifico, si riconosce la sopravvenuta impossibilità della prestazione (ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 cod. civ.), se la stessa debba essere eseguita da soggetti che si trovino in stato di quarantena o di permanenza domiciliare; che siano destinatari di provvedimenti di divieto di allontanamento o siano impossibilitati a raggiungere determinate aree geografiche poiché interessate dal contagio; ancora, l'impossibilità ricorre per coloro i quali abbiano stipulato i menzionati contratti "di viaggio" per prender parte a concorsi, ad eventi, pubblici o privati, che siano stati annullati in ragione della situazione emergenziale in atto. In tali ipotesi, gli interessati potranno comunicare al vettore o alla struttura recettiva la sopravvenuta impossibilità della prestazione.

⁴ Sull'adeguatezza dei rimedi: P. PERLINGIERI, *Il «giusto» rimedio nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 5 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 87 ss.

⁵ Per una disamina sulle due fasi che interessano il mercato turistico, nel periodo emergenziale e in quello successivo: C. IRTI, *«Contratti di soggiorno» e Covid 19. Parte prima. Nel periodo emergenziale* e R. SENIGAGLIA, *«Contratti di soggiorno» e Covid 19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale*, entrambi in *Actualidad jurídica iberoamericana*, maggio 2020.

⁶ A fronte di tale scenario, rileva la centralità del ruolo dell'interprete, R. SENIGAGLIA, *«Contratti di soggiorno» e Covid-19. Parte seconda*, cit.

⁷ Nello specifico, la materia in esame ha trovato risposta normativa inizialmente nel d.l. 2 marzo 2020, n. 9; poi, nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18, come modificato, prima, in sede di conversione, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 (che ha introdotto l'art. 88 *bis*) e, in seguito, dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77.

Questi ultimi procederanno al rimborso del corrispettivo versato o all'emissione di un *voucher* di pari importo.

La normativa prende in considerazione anche l'ipotesi in cui la prestazione non sia "eseguibile" da parte del vettore o del titolare della struttura ricettiva. Ipotesi che può concretizzarsi, rispettivamente, a causa di limitazioni ai trasporti nazionali e internazionali o anche se la struttura abbia sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte. In questo caso si profila: *a)* il diritto di recesso del vettore, il quale potrà restituire il corrispettivo ricevuto o procedere all'emissione di un *voucher*; *b)* la possibilità per il titolare della struttura ricettiva di offrire alla controparte un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore (in tal caso, con restituzione della differenza di prezzo), o, in alternativa, di rimborsare il prezzo o emettere un *voucher* di pari importo.

La normativa tratta, poi, dei pacchetti turistici, in parziale deroga rispetto alla disciplina del codice del turismo. Nello specifico, il viaggiatore impossibilitato a fruire del servizio turistico potrà recedere, ai sensi dell'art. 41 c. tur.; l'organizzatore, in alternativa al rimborso previsto da tale disposizione, potrà offrire un pacchetto sostitutivo, equivalente, superiore o inferiore (pur sempre con restituzione dell'eventuale differenza di valore) o anche emettere, direttamente o per il tramite dell'agenzia di viaggio venditrice, un *voucher*. Tale diritto di recesso è, inoltre, accordato anche agli organizzatori di pacchetti turistici i quali – a causa di restrizioni legate alla pandemia – non possano garantire l'esecuzione del pacchetto. Anche in tal caso, in deroga a quanto disposto dall'art. 41 c. tur., l'organizzatore potrà offrire, a sua scelta, un pacchetto sostitutivo, un rimborso o un *voucher*⁸.

Il disposto normativo si chiude con talune previsioni volte a definirne l'ambito di applicazione e la relativa efficacia. Se ne chiarisce l'operatività qualora il titolo o il soggiorno siano stati acquistati per il tramite di un'agenzia di viaggi o di un portale di prenotazione, anche in deroga alle condizioni contrattuali pattuite; si estende il diritto di recesso (con conseguente diritto al rimborso tramite *voucher*) per tutti quei rapporti non realizzabili inerenti ai contratti presi in considerazione dalla disposizione, da eseguirsi in Italia o all'estero (in favore di contraenti italiani o provenienti dall'estero), nel periodo che va dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020; si chiarisce che il *voucher* assolve gli obblighi di rimborso, «non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario» e può essere utilizzato dopo il relativo termine di efficacia (purché la preno-

⁸ Tra le ipotesi considerate anche quelle dei viaggi d'istruzione e soggiorni studio per i quali il rimedio varia a seconda che l'iniziativa riguardi la scuola dell'infanzia o le classi terminali della scuola primaria o secondaria di primo e secondo grado, profilandosi in questi casi il diritto al rimborso in luogo del *voucher*.

tazione sia precedente ad esso), anche per l'acquisto di servizi resi da società diverse da quella che ha emesso il *voucher*, ma appartenenti al medesimo gruppo; infine, si qualifica la disposizione come norma «applicazione necessaria» (ex art. 17, l. n. 218 del 1995; art. 9, Reg. CE n. 593/2008 del 17 giugno 2008)⁹.

La norma, come anticipato, è stata a più riprese rimaneggiata, con modifiche che hanno riguardato, in particolar modo, la disciplina dei rimborsi a mezzo *voucher*: il termine di efficacia del *voucher* è stato innalzato da un anno a diciotto mesi (maggior durata estesa anche ai *voucher* emessi prima della modifica); qualora il *voucher* non sia impiegato, entro diciotto mesi, per la prenotazione di contratti di soggiorno e di pacchetti turistici o, entro un anno, per l'acquisto di titoli di viaggio, il relativo titolare può chiedere il rimborso dell'importo originariamente versato, che dovrà essere corrisposto entro quattordici giorni dalla richiesta; infine, per far fronte al rischio dell'eventuale stato di insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore è istituito un fondo per l'indennizzo dei consumatori non rimborsabili in ragione del menzionato stato di dissesto.

3. Le restituzioni a mezzo *voucher* e l'irrilevanza del consenso del turista. Dubbi di legittimità comunitaria

La normativa citata può essere idealmente “scomposta” in due profili: da una parte, la definizione dei contorni dell'impossibilità e dell'inutilizzabilità della prestazione turistica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 cod. civ.¹⁰; dall'altra, l'individuazione dei rimedi restitutori, con una tendenza all'uniformazione delle diverse ipotesi considerate.

Non suscita particolari perplessità il primo profilo, là dove la posizione assunta dal legislatore appare in linea con i risultati ai quali poteva giungersi sulla base dell'art. 1463 cod. civ., anche alla luce della giurisprudenza dell'ultimo ventennio¹¹. Il riferimento, nello specifico, è agli approdi in punto di risoluzione del contratto per “inutilizzabilità” della prestazione; approdi che hanno

⁹ Sul punto G. ZARRA, *Alla riscoperta delle norme di applicazione necessaria Brevi note sull'art. 28, co. 8, del DL 9/2020 in tema di emergenza Covid-19*, in <http://www.sidiblog.org>, 30 marzo 2020.

¹⁰ Critica la tendenza del legislatore dell'emergenza a far ricorso a rimedi risolutivi G. AM TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle “clausole generali”*, in *Contratti*, 2020, pp. 433 ss.

¹¹ Cass., 20.12.2007, n. 26958; Cass., 24.07.2007, n. 16315; Cass., 10.07.2018, n. 18047. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Tribunale di Milano, sentenza del 19 aprile 2002; Tribunale di Lanciano, sentenza del 1° luglio 2002.

confermato il progressivo affievolimento dei caratteri dell'oggettività e dell'assolutezza tradizionalmente ascritti al requisito della impossibilità della prestazione¹².

La scelta del legislatore dell'emergenza è quella di limitare i "dubbi" ermeneutici e, per tal via, di favorire la risoluzione stragiudiziale delle controversie legate all'incidenza della situazione pandemica sull'esecuzione dei contratti e sull'adempimento delle obbligazioni¹³. In questa prospettiva va letta anche la puntuale delimitazione delle ipotesi che giustificano la risoluzione: il Covid-19 non è, di per sé, sopravvenienza legittimante la risoluzione e i rimedi indicati all'art. 88 *bis* possono essere invocati nella misura in cui ricorrano le circostanze ivi indicate¹⁴.

Nodo problematico è rappresentato dalla previsione del *voucher*, il quale soddisfa gli obblighi restitutori derivanti dallo scioglimento del vincolo e può essere emesso a discrezione dell'operatore turistico o del vettore, senza necessità che il beneficiario manifesti il proprio consenso. La natura del *voucher* e gli effetti che derivano dalla sua emissione sono discussi: si discorre di una novazione *ex lege*¹⁵, di «ibernazione» del contratto¹⁶, di «rideterminazione» (e non di risoluzione) «*ex lege* dei contenuti del rapporto»¹⁷. Si ritiene, tuttavia, che il *voucher* vada inquadrato nell'alveo delle prestazioni restitutorie seguenti lo scioglimento del vincolo, in coerenza con l'effetto estintivo previsto dall'art. 88 *bis* con il richiamo agli artt. 1463 cod. civ. e 41 c. tur., ma anche con la possibilità – alla scadenza del termine previsto per la fruizione del *voucher* – di ottenere il rimborso del corrispettivo¹⁸.

¹² Prospetta una rilettura in chiave funzionale dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione: P. PERLINGIERI, *Sub art. 1256 cod. civ.*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, spec. pp. 452 ss. Anche per una ricognizione dell'evoluzione dottrina e giurisprudenziale, O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, spec. pp. 43 ss., *ivi* ampia bibliografia.

¹³ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

¹⁴ Sul punto, interessante la vicenda che ha coinvolto Volotea e Alitalia per le quali, in data 3 luglio 2020, l'AGCM ha comunicato l'avvio di due procedimenti istruttori a séguito di numerose segnalazioni di consumatori i quali lamentavano che le compagnie, in assenza di restrizioni oggettive, cancellavano voli "causa Covid-19" procedendo all'erogazione di *voucher*. L'AGCM, il 28 luglio 2020, ha deliberato di non adottare alcuna misura nei confronti delle compagnie aeree, le quali, a séguito dell'avvio del procedimento, hanno modificato la propria politica di rimborso, provvedendo alla restituzione del corrispettivo in ipotesi di cancellazione di voli avvenuta in assenza di limiti agli spostamenti.

¹⁵ R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici*, cit.

¹⁶ L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020.

¹⁷ A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità della prestazione*, in *Giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020.

¹⁸ F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 485 ss., il quale discorre di «restituzione mista», in quanto «per l'anno successivo alla sua emissione, la prestazione restitutoria è cartolare e abilita a fruire di una provvista da impiegare come corrispettivo integrale o parziale di un nuovo contratto di viaggio»; invece «allo scadere dell'anno essa si converte nel pagamento di una somma di denaro pari

Ancor più discussa, poi, è la scelta in sé di considerare il *voucher* quale mezzo idoneo a soddisfare gli obblighi restitutori che seguono la risoluzione del vincolo. Tale previsione, infatti, pur chiara nei propri intenti¹⁹, è stata oggetto di riflessione – sovente critica – da parte degli interpreti²⁰. Il confronto con la normativa operante nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta e di recesso dai contratti di viaggio e da quelli di vendita di pacchetti turistici induce a dubitare della legittimità dell'art. 88 *bis* (come del precedente art. 28, comma 5, d.l. n. 9 del 2020). Ciò non tanto per il fatto di prevedere la “possibilità” di rilascio di un *voucher*, quanto per la scelta di escludere l'accettazione dell'utente finale²¹. Sotto tale profilo emerge, infatti, il contrasto con i Regolamenti europei sui diritti dei viaggiatori in caso di cancellazione del viaggio²², nonché con la direttiva n. 2015/2302/UE (in attuazione della quale è stato emanato il d.lgs. n. 62 del 2018 recante il codice del turismo)²³. Come sottolineato dalla Commissione europea con la raccomandazione del 13

all'importo indicato nel buono». Secondo C. IRTI, “*Contratti di soggiorno*” e *Covid-19*, cit., il legislatore avrebbe affiancato «all'obbligazione restitutoria – prevista come ordinaria conseguenza della risoluzione del contratto – una obbligazione alternativa [...] attribuendo al debitore [...] il diritto (potestativo) di optare per quest'ultima, emettendo il *voucher*».

¹⁹ Il riferimento è alla volontà di limitare il rischio di dissesto finanziario delle imprese turistiche. Cfr. C. CRISCIONE, *Natura giuridica e vicende del voucher introdotto dalla decretazione d'urgenza*, in *diritto.it*; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici*, cit. Cfr. anche E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni di una crisi di sistema*, ne *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, pp. 87 ss., la quale, pur rilevando come la soluzione del *voucher* tenti di mediare tra le esigenze privatistiche e quelle pubblicistiche di sostegno alle imprese, sottolinea l'eccessiva rigidità della scelta di “imporre” tale modalità restitutoria.

²⁰ R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici*, cit., con particolare riferimento all'art. 28, d.l. n. 9 del 2020 (poi ripreso nei contenuti dall'art. 88 *bis*). Auspicava un intervento correttivo in sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020, F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziavivile.com*, 1° aprile 2020. Cfr. anche M. PUCCI, *Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del Coronavirus*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, maggio 2020.

²¹ Sul punto C. IRTI, “*Contratti di soggiorno*” e *Covid-19*, cit.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, cit.

²² Cfr. il Regolamento n. 261/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91*, dell'11 febbraio 2004, in GUUE L 46 del 17 febbraio 2004, pp. 1-7; il Regolamento n. 1371/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario*, del 23 ottobre 2007, in GUUE L 315 del 3 dicembre 2007, pp. 14-41; il Regolamento n. 1177/2010/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004*, del 24 novembre 2010, in GUUE L 334 del 17 dicembre 2010, pp. 1-16. Cfr. anche la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19*, del 18 febbraio 2020, C(2020) 1830. In dottrina L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto*, cit., osserva criticamente che il legislatore italiano ha trattato «come “domestici” contratti regolati, invece, dal diritto dell'Unione europea».

²³ Il riferimento è all'art. 41 c. tur. sul recesso nel caso di sopravvenienze “inevitabili e straordinarie”, al quale segue il rimborso integrale del corrispettivo già versato, senza oneri economici a carico dell'utente. Tra le circostanze inevitabili e imprevedibili la normativa europea fa menzione anche di «rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione». La citata direttiva, in quanto finalizzata alla “massima uniformazione” tra i paesi membri, non sarebbe derogabile. Sul recesso ex art. 41 c. tur. M. GAMBINI, *Il recesso nella*

maggio 2020²⁴, nonché dall'AGCM con la segnalazione del 27 maggio 2020²⁵, il *voucher* “può” essere una valida alternativa da proporre all'utente, ma non può essere a questi imposta in luogo del rimborso in denaro. Così, da una parte, si sollecitano gli operatori del mercato turistico a rendere “più attraenti” i *voucher*, ma, dall'altra, si sottolinea la centralità del consenso del viaggiatore, il quale deve poter rifiutare il *voucher* offerto. A tali sollecitazioni ha, poi, fatto séguito, in data 2 luglio 2020, l'avvio da parte della Commissione europea di due procedure di infrazione nei confronti dell'Italia, per non aver preservato detta libertà di scelta.

Entro tale quadro vanno lette le modifiche apportate all'art. 88 *bis*. Il legislatore italiano ha manifestato una “parziale” sensibilità rispetto alle sollecitazioni provenienti dagli interpreti e dalla Commissione europea, là dove mantiene fermo il diritto di “imporre” il *voucher*, introducendo però una serie di modifiche alla disciplina. La Commissione europea, nella citata raccomandazione, invitava ad operare taluni correttivi finalizzati a favorire l'accettazione del *voucher* in luogo del rimborso in denaro. Tra i correttivi indicati: la necessità di prevedere forme di garanzia per l'ipotesi di sopravvenuta insolvenza dell'operatore; la spendibilità del *voucher* anche oltre il termine di efficacia; la possibilità di ottenere il ristoro in denaro nell'ipotesi di mancato utilizzo.

Le modifiche apportate all'art. 88 *bis* rispondono senz'altro a tali indicazioni; tuttavia, il dato, invariato, dell'irrelevanza del dissenso dell'utente rispetto all'emissione del *voucher*, ha indotto gli interpreti a prospettare la possibile rimessione della questione alla Corte di Giustizia o anche la disapplicazione della normativa interna ad opera dei giudici comuni²⁶. Timori questi ultimi avvertiti anche da quanti condividono, nel merito, la scelta legislativa. Come si rilevava in premessa, le ragioni che di norma giustificano discipline di favore per il contraente-turista devono essere oggi adeguatamente bilanciate con gli interessi del mercato turistico. In un rinnovato contesto, nel quale tutte le istanze di tutela sembrano essere egualmente meritevoli, si giustifica una disciplina che redistribuisce il peso economico provocato dall'emergenza sanitaria in maniera differente ri-

contrattazione turistica, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, pp. 797 ss.; R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, Torino, 2018, pp. 301 s.; S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE*, in *Europa e diritto privato*, 2018, pp. 41 ss.

²⁴ Raccomandazione della Commissione, *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*, del 13 maggio 2020, C(2020) 3125.

²⁵ Cfr. https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnaazione.pdf.

²⁶ Cfr. anche AGCM, 27 maggio 2020, cit. Cfr. tuttavia la decisione della Commissione del 30 ottobre 2020, con la quale sono state archiviate le procedure di infrazione nei confronti dell'Italia.

spetto alla normativa generale²⁷. È ben vero che anche la normativa dettata dal codice del turismo prende in considerazione circostanze eccezionali che legittimano il recesso senza costi. Tuttavia, quella norma è pensata rispetto ad ipotesi quantitativamente circoscritte nelle quali il viaggio non possa essere realizzato, ipotesi nelle quali, peraltro, si affaccia la concreta possibilità per l'operatore di offrire alternative, così evitando di perdere il corrispettivo ricevuto.

4. Viaggi “possibili”, timori di contagio e protocolli di sicurezza. Quali rimedi?

Le considerazioni sino ad ora svolte interessano le ipotesi ricadenti nella normativa emergenziale, per le quali è espressamente previsto un rimedio derogatorio rispetto alla disciplina generale. Come anticipato, tuttavia, i confini della normativa dell'emergenza sono circoscritti, nel tempo come nel contenuto, sì che, oltre quei confini, le cancellazioni del vettore, del titolare della struttura recettiva o del viaggiatore, sono soggette alle regole dettate dalla normativa di riferimento, oltre a quelle di fonte convenzionale.

Merita attenzione, entro tale ambito, l'ipotesi di risolubilità del contratto per carenza di interesse del creditore in ragione, ad esempio, non di un limite agli spostamenti, ma del timore di contagio. Secondo la giurisprudenza sopra citata, che ha riconosciuto la rilevanza anche della c.d. «inutilizzabilità» della prestazione ai fini della risoluzione per impossibilità, la finalità turistica che connota la causa concreta dei contratti in esame consiste nel «benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e di riposo è volto a realizzare»²⁸. Il timore di ammalarsi incide su tale finalità, determinando il venir meno dell'interesse creditorio rispetto alla fruizione della prestazione e, per tal via, l'azionabilità del rimedio risolutorio.

Sebbene si ritenga che il timore di contagio *possa* incidere sulla finalità turistica del contratto, giustificandone la risoluzione, deve escludersi che il rimedio *ex art.* 1463 cod. civ. o il recesso senza costi *ex art.* 41 c. tur., possano sempre giustificarsi fin quando non sarà escluso in senso assoluto il rischio di contagio. Tale conclusione non contraddice i principi giurisprudenziali sopra citati, là dove gli stessi sono stati affermati rispetto ad ipotesi peculiari nelle quali la sopravvenuta carenza dell'interesse creditorio è apprezzata in termini pur sempre oggettivi, in relazione alla cau-

²⁷ In termini più ampi, U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020. Cfr. anche P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, ne *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, pp. 73 ss., ivi il richiamo, in tal senso, ai principi elaborati dall'*European Law Institute* (Principle 13, “*Force majeure and hardship*”).

²⁸ Cass. 24.07.2007, n. 16315.

sa concreta del contratto. Così, ad esempio, si è ammessa la risolubilità in ipotesi di epidemia acuta nel luogo di destinazione, di viaggi da realizzarsi all'indomani di un attacco terroristico; in caso di decesso del coniuge prima della partenza; di malattia del contraente, ecc.²⁹.

Pertanto, superati i confini di operatività dell'art. 88 *bis*, spetterà ai giudici valutare, nel singolo caso, se vi sia spazio per invocare la carenza dell'interesse creditorio legittimante la risoluzione o se sussiste una circostanza straordinaria e inevitabile ai sensi dell'art. 41 c. tur., così tracciando una linea di demarcazione tra il motivo (non addebitabile alla controparte) e l'interesse rilevante ai fini risolutivi³⁰. A tal fine, significativo potrebbe risultare il "tempo" della stipula del contratto – e, dunque, la prevedibilità, al momento della contrattazione, di un rischio di contagio – o anche la sopravvenienza di una patologia che, pur non impedendo in termini assoluti il viaggio, rende "insopportabile" il menzionato rischio. In altri termini, ciò che giustifica lo scioglimento del contratto non è la pandemia, ma l'incidenza che la situazione pandemica ha sullo specifico regolamento contrattuale in termini di impossibilità di offrire la prestazione o di fruire della medesima.

Inoltre, fuori dal campo di operatività dell'art. 88 *bis*, quand'anche si ravvisino i presupposti per la risoluzione, si ritiene debbano operare i rimedi restitutori previsti dalla normativa generale. Si potrebbe osservare che se si accetta un affievolimento della tutela del creditore-turista quando questi non può oggettivamente fruire della vacanza, ancor più dovrebbe ammettersi detta minor tutela quando non sussiste una impossibilità in senso stretto³¹. A diverse conclusioni si perviene a partire dalla *ratio* dell'art. 88 *bis*. L'intento legislativo – lo si è detto più volte – è stato quello di evitare restituzioni di massa con il rischio del dissesto degli operatori turistici. Tale esigenza non si ravvisa nella fase *post* emergenziale, giacché l'eventuale carenza dell'interesse creditorio rispetto alla fruizione della vacanza (quando legittimante la risoluzione) non involge la totalità dei contratti: non si prospetta, cioè, una restituzione di massa suscettibile di incidere sulla soprav-

²⁹ Cfr. *supra* nota 11.

³⁰ Meritevole di tutela potrebbe risultare anche il contraente che abbia stipulato un contratto di viaggio per le nozze, le quali siano state rinviate. L'ipotesi che si profila è quella di nozze rinviate dai nubendi nell'incertezza sull'evoluzione della pandemia e di viaggi astrattamente praticabili, in assenza di limitazioni agli spostamenti. In tal caso, potrebbe darsi rilevanza ad un interesse concreto che connota sul piano funzionale il rapporto contrattuale; tale interesse potrebbe trovare risposta sviluppando gli approdi in tema di risoluzione per impossibilità (sulla scia della giurisprudenza che valorizza il rapporto tra causa concreta e risoluzione del contratto) o anche ricorrendo all'istituto – non codificato – della presupposizione.

³¹ R. SENIGAGLIA, "Contratti di soggiorno" e Covid 19. Parte seconda, cit.

vivenza dell'impresa turistica, sì che la deroga che – con i correttivi introdotti – appare condivisibile entro un dato contesto non appare estensibile al di là dello stesso³².

Infine, rispetto a contratti non risolubili, potrebbe anche prospettarsi l'applicazione di rimedi manutentivi³³. Il riferimento, a titolo esemplificativo, è all'ipotesi di contratti stipulati prima dell'emergenza sanitaria l'esecuzione dei quali si profila, possibile, ma “diversa” rispetto a quella prevista all'atto della prenotazione. Si pensi a contratti di soggiorno presso strutture recettive caratterizzate da una pluralità di attività ricreative o di intrattenimento, “previste” all'atto della prenotazione, ma non realizzabili, in quanto incompatibili con i protocolli di sicurezza prescritti. Non pare azzardato ipotizzare che il turista, il quale conservi un interesse rispetto all'esecuzione della prestazione possa domandare una rinegoziazione delle condizioni economiche originariamente pattuite, proprio in considerazione dei minori servizi dei quali potrà fruire. Ancor più, il menzionato diritto a domandare una modifica delle condizioni economiche pattuite potrebbe ravvisarsi a fronte di una struttura recettiva che modifichi il proprio piano tariffario (abbassando i costi rispetto a quelli praticati nella fase *pre-pandemia*); sì che l'utente potrebbe richiedere che il proprio contratto sia “adeguato” alle nuove tariffe, maggiormente coerenti con il prodotto turistico offerto.

5. Rilievi conclusivi

L'intervento legislativo in tema di rapporti turistici appare, nella sua ultima elaborazione, condivisibile nei suoi intenti e nelle soluzioni prospettate. In particolare, nel merito, le modifiche apportate all'art. 88 *bis* sembrano determinare un giusto compromesso tra le istanze di tutela degli utenti e quelle degli operatori turistici. Come sopra rilevato, tuttavia, la normativa emergenziale ha sollevato dubbi di legittimità comunitaria, testimoniati anche dall'avvio di due procedure d'infrazione nei confronti dell'Italia. Queste ultime sono state di recente archiviate, in ragione

³² Analogamente, nell'ipotesi in cui il vettore o il titolare della struttura recettiva recedano, oltre i confini tracciati dalla normativa emergenziale, all'utente non potrà essere “imposto” il *voucher*. Cfr. *supra* nota 14.

³³ I dibattiti sulla rinegoziazione nei contratti trovano nuova linfa nel contesto attuale, come sottolineato anche dalla Corte di Cassazione, nella relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 (<http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/>). In dottrina, sugli attuali margini di operatività della rinegoziazione cfr. A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, cit.; F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, pp. 198 ss. Cfr. anche la riflessione, di ampio respiro, di F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, pp. 129 ss.

delle modifiche apportate e della scadenza del termine di efficacia della normativa. Ciò nonostante permane l'idea che, anche nell'ottica di garantire una uniformazione rimediale di contratti a vocazione sovranazionale, sarebbe stato preferibile un intervento di matrice europea in tema di viaggi e di pacchetti turistici, coerente con la complessità della vicenda in esame³⁴. D'altro canto, la pretesa di trattare il fenomeno ricorrendo *sic et simpliciter* alla normativa generale in tema di contratto, di trasporti o di vendita di pacchetti turistici, non convince. Ciò non perché non si veda la potenziale difficoltà del contraente-turista, chiamato oggi a sopportare quantomeno una dilatazione temporale del diritto alla restituzione del corrispettivo, ma perché si ritiene che l'interesse di questi abbia, nell'attuale momento storico, un peso diverso nel bilanciamento con gli altri interessi dedotti nella vicenda. Non si ravvisano, nelle ipotesi considerate, un contraente "forte" e un contraente "debole", sì che, anche alla luce del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, si ritiene adeguato quel rimedio che non faccia gravare le conseguenze sfavorevoli legate alla pandemia soltanto su una delle parti del rapporto.

Ad ogni buon conto, l'art. 88 *bis* e i dibattiti ad esso relativi riguardano (e riguarderanno) soltanto una "parte" dei rapporti turistici comunque incisi dalla pandemia. La prospettiva, tuttavia, non cambia. Per tali rapporti, come rilevato, spetterà ai giudici comuni la ricerca del punto di equilibrio tra i diversi interessi coinvolti al fine di individuare il rimedio più adeguato, anche attraverso la rilettura delle categorie generali³⁵.

IMMACOLATA PRISCO
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

³⁴ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *juscivile.it*, 2020, pp. 497 s., nota 82.

³⁵ P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, cit., pp. 3 ss.

IL CONTRIBUTO A FONDO PERDUTO DELL'ART. 25 DEL DECRETO LEGGE N. 34 DEL 19 MAGGIO 2020: LA *RATIO LEGIS*, LA NATURA E LE (TANTE) CRITICITÀ DELLA SUA DISCIPLINA SOSTANZIALE

1. Premessa - 2. La misura agevolativa in generale - 3. Ambito soggettivo - 3.1. I beneficiari - 3.2. Le esclusioni: prime incongruenze nella formulazione della disposizione - 3.3. Ulteriori criticità nell'individuazione dei soggetti beneficiari del contributo - 4. Requisiti oggettivi per l'ottenimento del beneficio - 4.1. Il limite dei cinque milioni di euro dei ricavi o dei compensi dell'anno precedente - 4.2. La riduzione del "fatturato" - 4.3. Ancora sul requisito oggettivo - 5. Modalità di calcolo del contributo - 6. Natura del contributo e poteri di controllo dell'AdE - 7. Modalità di fruizione - 8. Conclusioni

1. Premessa

Per far fronte alla grave crisi economica e finanziaria seguita alla ben nota emergenza sanitaria derivante dall'esigenza di attivare misure di contrasto alla pandemia Covid-19, il legislatore, nell'ambito delle misure emanate a partire dal marzo di quest'anno, tra cui: il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (cd. "decreto Cura Italia"), convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (cd. "decreto Liquidità"), convertito dalla l. 5 giugno 2020, n. 40 ed il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (cd. "decreto Rilancio") convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 ha introdotto, tra l'altro, numerose disposizioni volte a supportare le imprese in termini di liquidità e di capacità di investimento.

Nell'ambito delle molteplici previsioni legislative introdotte meritano, sicuramente, un posto di assoluto rilievo le tante norme in materia di tributi finalizzate a sostenere l'economia reale ed a ristorare i contribuenti per le perdite che, inevitabilmente, sono state sofferte durante il lungo periodo di *lockdown*.

A riguardo, giova porre in evidenza che, pur nell'estrema difficoltà del momento, l'iperproduzione legislativa, troppo spesso (come avremo modo di meglio esplicitare in seguito), ha generato delle disposizioni poco chiare e, talvolta, finanche in evidente contraddizione con i principi cardine della nostra Costituzione.

Per altri versi, la gravità dell'attuale dimensione del mercato impedisce qualsiasi concreta previsione circa l'effettiva utilità delle misure adottate (tra cui trovano spazio anche quelle tributarie), ai fini di una veloce ripresa delle attività e, di conseguenza, e della redditività.

Nell'ambito delle tante disposizioni di interesse, si è scelto di concentrarsi sul contributo a fondo perduto disciplinato dall'art. 25 del d.l. n. 34/2020.

2. La misura agevolativa in generale

Il d.l. n. 34/2020 (di seguito, anche solo, “decreto Rilancio”), nell’ambito del Titolo II dedicato al “Sostegno all’impresa e all’economia”, ha introdotto all’art. 25 un contributo a fondo perduto, erogato direttamente dall’Agenzia delle Entrate (d’ora in avanti anche solo “AdE”) e destinato ai soggetti colpiti dall’emergenza epidemiologica Covid-19.

In particolare, il predetto art. prevede che «è riconosciuto un contributo a fondo perduto a favore dei soggetti esercenti attività d’impresa e di lavoro autonomo e di reddito agrario, titolari di partita IVA, di cui al testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917».

L’agevolazione nasce con la finalità di compensare, almeno in parte, i gravi effetti economici e finanziari che hanno subito determinate categorie di operatori economici a seguito della pandemia che ha colpito il nostro Paese ed il resto del mondo.

Il contributo, per espressa previsione normativa spetta esclusivamente ai predetti soggetti con ricavi (di cui all’art. 85, comma 1, lett. *a*) e *b*), del TUIR) o compensi (di cui all’art. 54, comma 1, del medesimo TUIR) non superiori a 5 milioni di euro nel periodo d’imposta 2019 (per i soggetti con periodo d’imposta coincidente con l’anno solare).

In particolare, il beneficio spetta per un ammontare determinato applicando una specifica percentuale ad un importo calcolato, come precisato in seguito, quando il soggetto riscontra che l’ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2020 è inferiore ai due terzi rispetto a quello registrato nel mese di aprile 2019.

3. Ambito soggettivo

3.1. I beneficiari

I commi 1 e 2 della disposizione in commento definiscono l’ambito soggettivo del contributo *de quo*, individuandone i beneficiari nonché i soggetti esclusi.

In particolare, il citato comma 1 dispone che sono destinatari del beneficio che ne occupa «i soggetti esercenti attività d’impresa e di lavoro autonomo e di reddito agrario, titolari di partita

IIVA, di cui al testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917», ad esclusione dei soggetti indicati al comma 2.

Ferme restando le precisazioni di seguito fornite, l'ambito soggettivo ingloba, pertanto, i soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione e titolari di reddito agrario, titolari di partita IVA, fatte salve le specifiche esclusioni previste al successivo comma 2.

Sono quindi annoverabili tra i soggetti beneficiari della misura agevolativa in discorso:

– gli imprenditori individuali e le società in nome collettivo e in accomandita semplice che producono reddito d'impresa, indipendentemente dal regime contabile adottato;

– i soggetti che producono reddito agrario, sia che determinino per regime naturale il reddito su base catastale, sia che producono reddito d'impresa;

– gli enti e le società indicati nell'art. 73, comma 1, lett. a) e b), del TUIR;

– le stabili organizzazioni di soggetti non residenti di cui alla lett. d), del comma 1, dell'art. 73 del TUIR;

– gli enti non commerciali di cui alla lett. c), del comma 1, dell'art. 73 del TUIR che esercitano, in via non prevalente o esclusiva, un'attività in regime di impresa in base ai criteri stabiliti dall'art. 55 del TUIR, compresi gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti;

– le persone fisiche e le associazioni di cui all'art. 5, comma 3, lett. c), del TUIR che esercitano arti e professioni, producendo reddito di lavoro autonomo ai sensi dell'art. 53 del TUIR.

Al riguardo, come si evince dalla relazione illustrativa al decreto Rilancio, si precisa che tra i soggetti rientranti nell'ambito di applicazione del comma 1, sono «ricomprese le imprese esercenti attività agricola o commerciale, anche se svolte in forma di impresa cooperativa».

Poiché il reddito dalle stesse prodotto si qualifica come reddito d'impresa, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina anche le società tra professionisti, indipendentemente dal fatto che i soci ricadano o meno nelle ipotesi di cui al comma 2 del menzionato articolo.

3.2. Le esclusioni: prime incongruenze nella formulazione della disposizione

Al successivo comma 2 si precisa che «Il contributo a fondo perduto di cui al comma 1 non spetta, in ogni caso, ai soggetti la cui attività risulti cessata alla data di presentazione dell'istanza di cui al comma 8, agli enti pubblici di cui all'art. 74, ai soggetti di cui all'art. 162-bis del testo unico delle imposte sui redditi e ai contribuenti che hanno diritto alla percezione delle indennità pre-

viste dagli articoli 27, e 38 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, nonché ai lavoratori dipendenti e ai professionisti iscritti agli enti di diritto privato di previdenza obbligatoria di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509 e 10 febbraio 1996, n. 103».

Vi sono, pertanto, specifiche esclusioni connesse alla natura dell'attività svolta.

Si tratta, nel dettaglio:

– degli organi e delle amministrazioni dello Stato, compresi quelli ad ordinamento autonomo, anche se dotati di personalità giuridica, dei comuni, delle unioni di comuni, dei consorzi tra enti locali, delle associazioni e degli enti gestori di demanio collettivo, delle comunità montane, delle province e delle regioni (degli enti pubblici di cui all'art. 74 del TUIR);

– degli intermediari finanziari, delle società di partecipazione finanziaria e delle società di partecipazione non finanziaria ed assimilati (soggetti di cui all'art. 162-*bis* del testo unico delle imposte sui redditi);

– degli enti e delle persone fisiche che producono redditi non inclusi tra i quelli d'impresa o agrario, come ad esempio coloro che svolgono attività commerciali non esercitate abitualmente o attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente, producendo conseguentemente redditi diversi, ai sensi dell'art. 67 del TUIR, lett. *i*) e *l*).

Inoltre, come in precedenza rilevato, un ulteriore insieme di soggetti esclusi è rappresentato:

– da coloro che hanno diritto alla percezione delle indennità previste dagli articoli 27 e 38 del d.l. n. 18/2020 convertito dalla l. n. 27/2020¹;

– dai lavoratori dipendenti;

¹ Per l'art. 27 del d.l. n. 18/2020: «Ai liberi professionisti titolari di partita iva attiva alla data del 23 febbraio 2020 e ai lavoratori titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa attivi alla medesima data, iscritti alla Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie, è riconosciuta un'indennità per il mese di marzo pari a 600 euro. L'indennità di cui al presente art. non concorre alla formazione del reddito ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917».

Per il successivo art. 38: «Ai lavoratori iscritti al Fondo pensioni Lavoratori dello spettacolo con almeno 30 contributi giornalieri versati nell'anno 2019 al medesimo Fondo, cui deriva un reddito non superiore a 50.000 euro, e non titolari di pensione, è riconosciuta un'indennità per il mese di marzo pari a 600 euro. L'indennità di cui al presente art. non concorre alla formazione del reddito ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917».

– dagli esercenti arti e professionisti, iscritti agli enti di diritto privato di previdenza obbligatoria di cui ai d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509 e 10 febbraio 1996, n. 103.

Sono, quindi, espressamente menzionati come soggetti esclusi dalla fruizione del contributo a fondo perduto, con l'intento di non determinare la sovrapposizione delle due agevolazioni:

– sia i liberi professionisti con partita IVA attiva alla data del 23 febbraio 2020, iscritti alla Gestione separata ed i collaboratori coordinati e continuativi attivi alla predetta data del 23 febbraio 2020 e iscritti alla Gestione separata (art. 27, d.l. n. 18/2020);

– sia i lavoratori iscritti al Fondo pensioni dello spettacolo, che abbiano almeno 30 contributi giornalieri versati nell'anno 2019 al medesimo Fondo e che abbiano prodotto nel medesimo anno un reddito non superiore a 50.000 euro (art. 38, d.l. n. 18/2020).

Il comma 2, inoltre, contiene una disposizione di chiusura finalizzata a stabilire che il contributo non spetta, tra l'altro, ai soggetti i cui redditi sono unicamente riconducibili allo *status* di lavoratore dipendente.

A riguardo, giova porre in evidenza che l'Agenzia delle Entrate, con circolare n. 15/E del 13 giugno 2020 ha precisato, tra l'altro, che le persone fisiche che esercitano attività d'impresa o di lavoro autonomo (o siano titolari di reddito agrario) che contestualmente possiedono lo *status* di "lavoratore dipendente" possono comunque fruire del contributo (fermo restando – beninteso – il rispetto degli ulteriori requisiti previsti) in relazione alle predette attività ammesse al contributo stesso.

Le medesime considerazioni, per l'AdE, valgono anche nell'ipotesi di un soggetto persona fisica che esercita un'attività d'impresa o di lavoro autonomo (o sia titolare di reddito agrario) e che contestualmente abbia lo *status* di pensionato.

Non può sottacersi come, nel caso di specie, l'Agenzia delle Entrate si sia, di fatto, sostituita al legislatore posto che nella norma primaria alcun riferimento specifico è fatto al caso di titolarità di diverse fonti produttive di reddito e, quindi, alla spettanza del contributo.

Quanto rappresentato pone in evidenza la lacunosità che connota il dettato normativo, lacunosità che avrebbe imposto una significativa opera di *maquillage* – purtroppo non eseguita – in sede di conversione del decreto Rilancio.

Si è pertanto consumato l'ennesimo esempio di *deregulation* appropriandosi l'Amministrazione finanziaria la facoltà di disciplinare tramite meri atti di interpretazione in ma-

terie la cui determinazione, in ossequio all'immanente principio costituzionale della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., dovrebbe essere demandata a fonti normative.

Per la già citata circ. n. 15/E del 2020, inoltre, in considerazione della formulazione del comma 1 dell'art. 25, la fruizione del contributo a fondo perduto è destinata al singolo contribuente, a prescindere dalla circostanza che eserciti contestualmente più di un'attività ammissibile alla fruizione del contributo (ferma restando la sussistenza degli ulteriori requisiti).

Per tali soggetti, come si preciserà di seguito, per determinare la soglia dei ricavi di cui al comma 3 e la riduzione del fatturato rispetto al periodo d'imposta 2019, è necessario fare riferimento, rispettivamente, alla somma dei ricavi e compensi e dei fatturati di tutte le attività esercitate ammesse al contributo in questione.

Nel caso in cui un soggetto eserciti attività d'impresa (o sia titolare di reddito agrario) e contestualmente rientri in una delle categorie di esclusione prevista al comma 2 dell'art. 25, lo stesso può comunque fruire del contributo in relazione alle attività ammesse al contributo stesso (fermo restando il rispetto degli ulteriori requisiti previsti).

Per determinare la soglia dei ricavi di cui al comma 3 è necessario fare riferimento alla somma di ricavi e compensi di tutte le attività esercitate ammesse al contributo (con l'esclusione pertanto di quelli relativi alle attività ricomprese nel predetto comma 2).

3.3. Ulteriori criticità nell'individuazione dei soggetti beneficiari del contributo

Come in precedenza evidenziato, la spettanza del fondo perduto è subordinata alla produzione (anche) di reddito di impresa.

Tale circostanza è foriera di non trascurabili effetti distorsivi.

Come specificato dalla più volte menzionata circ. n. 15/E dell'AdE, poiché il reddito dalle stesse prodotto si qualifica come reddito d'impresa, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina anche le società tra professionisti, indipendentemente dal fatto che i soci ricadano o meno nelle ipotesi di cui al comma 2 del menzionato articolo.

Tale chiarimento determina un evidente trattamento discriminatorio nei confronti degli esercenti arti e professionisti iscritti agli enti di diritto privato di previdenza obbligatoria di cui ai d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509 e 10 febbraio 1996, n. 103 che, invece, come già in precedenza evidenziato, individualmente non possono avere accesso al contributo.

È palese l'irragionevole distinzione in funzione della sola, diversa, modalità di svolgimento (individuale o in forma societaria) dell'attività.

Discriminazione perpetrata in sede interpretativa nella più recente circ. AdE n. 22/E del 21 luglio 2020 in cui si specifica che «non sono inclusi tra i fruitori del contributo i professionisti iscritti agli enti di diritto privato di previdenza obbligatoria di cui ai decreti legislativi 30 giugno 1994, n. 509 e 10 febbraio 1996, n. 103. Ne consegue che, gli studi associati composti da tali soggetti, non acquisendo propria autonomia giuridica rispetto ai singoli soggetti, restano parimenti esclusi».

È da ritenersi² che, ancora una volta, l'unica ragione che abbia orientato l'individuazione dei confini della platea dei beneficiari del contributo sia stata quella di cassa; è evidente che tale criterio discrezionale sia totalmente inadeguato e foriero di ingiustificabili disuguaglianze.

4. Requisiti oggettivi per l'ottenimento del beneficio

La disposizione normativa in rassegna individua ai commi 2 e 3 le condizioni che devono sussistere ai fini del diritto al contributo ai soggetti di cui al comma 1.

In particolare, è necessario che:

a) nel periodo d'imposta precedente a quello in corso alla data di entrata in vigore del decreto (1° gennaio 2019 - 31 dicembre 2019 per i soggetti il cui periodo d'imposta coincide con l'anno solare), l'ammontare dei ricavi derivanti dalla gestione caratteristica, di cui all'art. 85, comma 1, lett. a) e b), del TUIR, o i compensi derivanti dall'esercizio di arti o professioni, di cui all'art. 54, comma 1, del medesimo TUIR, non devono essere superiori a 5 milioni di euro e che

b) l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2020 sia inferiore ai due terzi dell'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2019 (di seguito, "riduzione del fatturato").

4.1. Il limite dei 5 milioni di euro dei ricavi o dei compensi dell'anno precedente

Per quanto concerne l'individuazione della soglia massima di ricavi o compensi, per la già citata circ. n. 15/E del 2020 in considerazione dell'espresso rinvio della norma ai «ricavi derivanti

² Così come confermato anche dal Governo in risposta all'interrogazione parlamentare dell'8 luglio 2020.

dalla gestione caratteristica, di cui all'art. 85, comma 1, lett. a) e b), del TUIR, o i compensi derivanti dall'esercizio di arti o professioni, di cui all'art. 54, comma 1, del medesimo TUIR», e come chiarito in relazione ad altre disposizioni emanate nel periodo emergenziale, la soglia dei ricavi va determinata, per ciascuna tipologia di soggetto, tenendo conto delle proprie regole di determinazione³.

Per i soggetti che determinano il proprio reddito con il metodo catastale il predetto limite deve essere determinato avendo riguardo ai ricavi risultanti dalle scritture contabili relativi al periodo d'imposta chiuso al 31 dicembre 2019 (per i soggetti con periodo d'imposta corrispondente all'anno solare), ovvero, in mancanza di scritture contabili, al volume d'affari relativo al medesimo periodo d'imposta ai sensi dell'art. 20 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, conseguito nell'anno 2019.

In sintesi, nei casi sopraesposti, al fine di rispettare la *ratio* della disposizione normativa volta a determinare l'ambito di applicazione del contributo a fondo perduto, l'ammontare dei ricavi o compensi da confrontare con la soglia in commento deve essere determinata al netto del prezzo corrisposto al fornitore.

Non devono essere inclusi gli altri componenti positivi di reddito, disciplinati da articoli diversi dall'art. 85, comma 1, lett. a) e b) e 54, comma 1, del TUIR, nonché le ipotesi di ricavi diversi dalle predette lettere: «a) i corrispettivi delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività dell'impresa; b) i corrispettivi delle cessioni di materie prime e sussidiarie, di semilavorati e di altri beni mobili, esclusi quelli strumentali, acquistati o prodotti per essere impiegati nella produzione».

Deve essere comunque evidenziato che l'aver escluso dalla misura premiale i soggetti aventi un ammontare di ricavi (riferito all'anno precedente a quello della presentazione dell'istanza) superiore a 5 milioni di euro rappresenta *ictu oculi* una ulteriore ingiustificabile discriminazione motivata, con ogni probabilità, da ragioni di gettito.

Il fatto è che l'importo dei proventi non è certo in grado di fotografare, da solo, lo stato di salute di un soggetto posto che una rilevante mole di ricavi ben potrebbe essere completamente azzerata da un volume parimenti consistente di costi e spese, specie nella congiuntura economica attuale ulteriormente aggravata dall'emergenza sanitaria.

³ Cfr. circolare Agenzia delle Entrate n. 8/E del 3 aprile 2020.

4.2. La riduzione del “fatturato”

A riguardo, in via preliminare, non posso evitare di rilevare l'incongruenza della scelta legislativa di subordinare la spettanza del beneficio in rassegna alla riduzione del “fatturato”, nozione metagiuridica appartenente esclusivamente al comune linguaggio giornalistico ma del tutto assente nelle fonti del diritto tributario.

Ben si sarebbe potuto parlare, esemplificativamente, di volume di affari piuttosto che di operazioni imponibili.

Invece, si è ricorso ad una entità astratta (perché non legiferata) la cui quantificazione è tutt'altro che agevole.

Anche in questo caso, è intervenuta l'AdE (perpetrando la già prima evidenziata *deregulation*) che, nella medesima circolare n. 15/E del 2020 rileva che, per il calcolo del fatturato e dei corrispettivi da confrontare al fine di verificare la riduzione prevista dalla disposizione normativa, poiché si fa riferimento alla data di effettuazione dell'operazione di cessione dei beni o di prestazione dei servizi, dovranno essere considerate le operazioni che hanno partecipato alla liquidazione periodica del mese di aprile 2019 (rispetto ad aprile 2020).

In ogni caso, a riguardo, poco convincenti e non sorrette da adeguate ragioni giuridiche appaiono le indicazioni contenute nella circ. 22/E del 2020 in cui si specifica che «in coerenza con quanto precisato per i soggetti che non hanno obbligo di fatturazione, anche in relazione a tali operazioni occorre fare riferimento all'ammontare dei ricavi da individuare e riferire ai mesi di aprile 2020 e 2019, tenendo conto delle proprie regole di determinazione del reddito). Ciò significa che, qualora il soggetto abbia certificato un ricavo o un compenso attraverso una fattura, pur non essendone obbligatoria l'emissione, la stessa va comunque inclusa».

Nessun dubbio, d'altra parte, dovrebbe esserci sulla rilevanza, ai fini della determinazione del fatturato, delle operazioni non soggette ai fini IVA di cui agli artt. da *7-ter* a *7-septies* del d.P.R. n. 633/1972 perché prive del requisito della territorialità; ciò, in quanto al comma *6-bis* dell'art. 21 del decreto IVA viene espressamente previsto che per le operazioni *de quibus* vi sia comunque l'obbligo di emettere fattura; apparirebbe pertanto irragionevole e contraddittorio che le stesse operazioni non debbano assumere rilievo nella determinazione del “fatturato”.

La data da prendere a riferimento è quella di effettuazione dell'operazione che, per le fatture immediate e i corrispettivi, è rispettivamente la data della fattura e la data del corrispettivo giorna-

liero, mentre per la fattura differita è la data dei DDT o dei documenti equipollenti richiamati in fattura. Per i soggetti che non hanno obbligo di fatturazione, occorre fare riferimento all'ammontare dei ricavi da determinare tenendo conto delle proprie regole di determinazione del reddito.

Con riferimento a coloro che esercitano contestualmente più attività ovvero producano nel medesimo periodo d'imposta reddito d'impresa e reddito di lavoro autonomo, come si preciserà di seguito, l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2020 dovrà tener conto di tutte le attività esercitate.

4.3. Ancora sul requisito oggettivo

Il comma 4 dell'art. 25 prevede che per gli operatori economici la cui attività è già avviata dal 1° luglio 2019 «il contributo a fondo perduto spetta a condizione che l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2020 sia inferiore ai due terzi dell'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2019 [...]. Il predetto contributo spetta anche in assenza dei requisiti di cui al presente comma ai soggetti che hanno iniziato l'attività a partire dal 1° gennaio 2019».

Il successivo comma 6 dispone che «L'ammontare del contributo a fondo perduto è riconosciuto, comunque, ai soggetti di cui al comma 1, beneficiari del contributo ai sensi dei commi 3 e 4, per un importo non inferiore a mille euro per le persone fisiche e a duemila euro per i soggetti diversi dalle persone fisiche».

Per il combinato disposto delle predette disposizioni normative, tutti i soggetti che hanno iniziato l'attività, a partire dal 1° gennaio 2019 hanno diritto alla fruizione del contributo per un importo almeno pari alla soglia minima di mille euro per le persone fisiche e di duemila euro per i soggetti diversi dalle persone fisiche prevista dal comma 6.

In altri termini, il beneficio in rassegna spetta anche ai soggetti di cui al comma 1 che hanno iniziato l'attività a partire dal 1° gennaio 2019 e che hanno il domicilio fiscale o la sede operativa nel territorio di comuni che già versavano in uno stato di emergenza per eventi calamitosi alla

data di insorgenza dell'emergenza Covid-19 e per i quali, date le difficoltà economiche, non è necessaria la verifica del calo di fatturato⁴.

Per questi soggetti, in altri termini, il contributo a fondo perduto spetta anche se, ad esempio, l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi di aprile 2019 fosse pari a zero. In tal caso, spetterà il contributo minimo.

Qualora il soggetto richiedente abbia iniziato l'attività dopo il 31 dicembre 2018 ovvero abbia avuto il domicilio fiscale o la sede operativa nel territorio di comuni colpiti da eventi calamitosi con stato di emergenza ancora in atto alla data di dichiarazione dello stato di emergenza Covid-19, il contributo è determinato come segue:

– se la differenza tra l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2020 e l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2019 risulti negativa (cioè il dato del 2020 è inferiore al dato del 2019), a tale differenza si applicherà la percentuale del 20, 15 o 10 per cento a seconda dell'ammontare dei ricavi o compensi dichiarati nel 2019, fermo restando il riconoscimento del contributo minimo qualora superiore;

– nel caso in cui la differenza tra l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2020 e l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2019 risulti positiva o pari a zero, il contributo è pari a quello minimo (mille euro per le persone fisiche e duemila euro per i soggetti diversi dalle persone fisiche).

Inoltre, per i soggetti costituiti a partire dal 2019, in assenza di previsioni espresse contenute nell'art. 25 sul punto, non deve essere effettuato alcun ragguglio all'anno, ai fini del possesso del requisito dei ricavi non superiori a cinque milioni di euro.

5. Modalità di calcolo del contributo

Le regole stabilite dal legislatore per calcolare il contributo spettante ai soggetti beneficiari sono contenute nel comma 5 della disposizione in esame.

Tale disposizione prevede che «l'ammontare del contributo a fondo perduto è determinato applicando una percentuale alla differenza tra l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2020 e l'ammontare del fatturato e dei corrispettivi del mese di aprile 2019».

⁴ Come ad esempio per i comuni colpiti dagli eventi sismici alluvionali o di crolli di infrastrutture che hanno comportato le delibere dello stato di emergenza, a prescindere dal realizzarsi del suddetto requisito del calo del fatturato.

La percentuale applicabile è stabilita in relazione ai ricavi o compensi relativi al periodo d'imposta precedente a quello in corso alla data del 19 maggio 2020, ovvero la data di entrata in vigore del decreto Rilancio, che per i soggetti aventi il periodo d'imposta coincidente con l'anno solare è il 2019.

In particolare, il legislatore ha previsto le seguenti percentuali:

- il 20 per cento se i ricavi o compensi sono stati minori o uguali a euro 400.000;
- il 15 per cento se i ricavi sono stati superiori a euro 400.000 e minori o uguali a euro 1.000.000;
- il 10 per cento se i ricavi sono stati superiori a euro 1.000.000 e minori o uguali a euro 5.000.000.

Nel caso in cui i soggetti beneficiari avessero diritto ad un contributo che, sulla base dei calcoli sopra esposti fosse inferiore al minimo o pari a zero, per mancanza di dati da confrontare (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di coloro che hanno avviato l'attività nel mese di maggio 2019), la norma in rassegna sancisce che il contributo qui in esame stesso spetta, in ogni caso, per un importo non inferiore a euro 1.000 per le persone fisiche e euro 2.000 per i soggetti diversi dalle persone fisiche (fermo restando che si tratti di soggetti che rientrano tra quelli inclusi nell'ambito applicativo della disposizione normativa sulla base di quanto previsto nei citati commi 3 e 4).

Possono beneficiare altresì del contributo minimo anche i soggetti che hanno iniziato l'attività a partire dal 1° gennaio 2019 e che in fase di *start up* non avevano ancora conseguito ricavi nel 2019 e che quindi sarebbero stati penalizzati dal confronto con il mese di aprile 2020.

6. Natura del contributo e poteri di controllo dell'AdE

La natura del contributo in esame è, senza dubbio, di difficile individuazione.

Per l'AdE⁵ «sul piano contabile tale contributo a fondo perduto costituisce un contributo in conto esercizio» in quanto erogato ad integrazione di mancati ricavi registrati dal contribuente a causa della crisi causata dalla diffusione del Covid-19.

In considerazione di ciò, in applicazione del principio contabile OIC 12, il contributo dovrà rilevato nella voce A5 del conto economico.

⁵ Cfr. circ. n. 15/E del 2020 dell'AdE.

Nel comma 7 viene stabilito che lo stesso «non concorre alla formazione della base imponibile delle imposte sui redditi, non rileva altresì ai fini del rapporto di cui agli articoli 61 e 109, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi, e non concorre alla formazione del valore della produzione netta, di cui al decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446».

In altri termini, la citata disposizione normativa sancisce che la misura agevolativa di che trattasi non concorre alla formazione della base imponibile ai fini delle imposte dirette, non assume rilevanza nella determinazione della base imponibile dell'imposta regionale sul valore aggiunto (IRAP), non incide sul calcolo degli interessi passivi deducibili ai sensi dell'art. 61 del TUIR, e non incide sulla deducibilità dei costi diversi dagli interessi passivi di cui all'art. 109, comma 5, del TUIR.

Ne consegue, pertanto, che tale contributo non è assoggettato alla ritenuta a titolo d'acconto di cui all'art. 28, comma 2, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

Non può d'altra parte, non essere evidenziato, a conferma della già rappresentata *anima* tributaria della misura agevolativa in rassegna che, la norma in analisi, in punto di verifica sulla sua spettanza, stabilisce che l'AdE procede al controllo dei dati dichiarati nell'istanza ai sensi degli artt. 31 e seguenti del d.P.R. n. 600/1973, e recupera il contributo non spettante, irrogando le sanzioni in misura corrispondente a quelle previste dall'art. 13, comma 5, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, e gli interessi dovuti ai sensi dell'art. 20 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, in base alle disposizioni di cui all'art. 1, commi da 421 a 423, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, emanando apposito atto di recupero.

Inoltre l'Agenzia delle Entrate ed il corpo della Guardia di finanza potranno stipulare un apposito protocollo a regolare le modalità di trasmissione dei dati e delle informazioni relative ai contributi erogati ai fini delle attività di polizia economico-finanziaria.

Ai fini dei controlli per la prevenzione dei tentativi di infiltrazioni criminali, disciplinati da apposito protocollo d'intesa per l'attuazione di 21 procedure semplificate sottoscritto tra il Ministero dell'interno, il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Agenzia delle Entrate, dovesse emergere l'esistenza di cause ostative, quest'ultima procede al recupero del contributo ai sensi del successivo comma 12.

Qualora, anche a seguito del mancato superamento della verifica antimafia, il contributo sia, in tutto o in parte, non spettante, l'Agenzia delle Entrate provvede al suo recupero sulla base delle disposizioni normative sopra descritte.

Si applicano, inoltre, le previsioni di cui 316-ter del codice penale, per indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato. In caso di avvenuta erogazione del contributo, è prevista, inoltre, l'applicazione dell'art. 322-ter del codice penale.

Si evidenzia che, ai sensi dell'art. 27, comma 16, del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, l'atto di recupero del contributo non spettante deve essere notificato, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre dell'ottavo anno successivo a quello di utilizzo.

Per le controversie relative all'atto di recupero si applicano le disposizioni previste dal d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, recante disposizioni sul processo tributario.

7. Modalità di fruizione

Ai sensi del comma 8 del citato art. 25, i soggetti interessati ad ottenere il contributo devono presentare, esclusivamente in via telematica, un'istanza all'AdE, con l'indicazione della sussistenza di tutti i requisiti sopra evidenziati.

L'istanza, da presentarsi entro sessanta giorni dalla data di avvio della procedura telematica, definita con il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate prot. n. 230439 del 10 giugno 2020, può essere inviata anche da un intermediario di cui all'art. 3, comma 3, del d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322, e successive modificazioni, con delega di consultazione del cassetto fiscale del richiedente, di cui al provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 29 luglio 2013, ovvero al servizio "Consultazione e acquisizione delle fatture elettroniche o dei loro duplicati informatici" del portale "Fatture e Corrispettivi" di cui al provvedimento del 5 Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 5 novembre 2018 e successive modificazioni.

Esclusivamente nel caso di contributo di importo superiore a 150.000 euro, il modello dell'istanza è firmato digitalmente dal soggetto richiedente e inviato esclusivamente tramite Posta Elettronica Certificata (PEC) all'indirizzo Istanza-CFP150milaeuro@pec.agenziaentrate.it unitamente all'autocertificazione che il soggetto richiedente, nonché i soggetti di cui all'art. 85, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159 del 2011 non si trovano nelle condizioni ostative di cui all'art. 67 del medesimo decreto legislativo.

Le istanze pervenute alla predetta casella PEC senza i requisiti sopra specificati (importo calcolato del contributo superiore a 150.000 euro e modello, completo di autocertificazione, in formato pdf e firmato digitalmente) non sono accettate.

Ai sensi del comma 11, l'Agenzia delle Entrate, sulla base delle informazioni contenute nell'istanza, eroga il contributo mediante accreditamento diretto in conto corrente bancario o postale intestato al soggetto beneficiario.

A riguardo, si registra un'ennesima criticità della disciplina di che trattasi. In effetti, sia la normativa che la procedura tecnica non consentono di rettificare o di annullare un'istanza precedentemente inviata con dati errati che, però, è stata accolta ed a fronte della quale è stato già accreditato il contributo. Diverso è il caso in cui il soggetto abbia presentato domanda e, successivamente, si sia reso conto di aver commesso degli errori da ciò derivando la non spettanza (parziale o totale) della somma richiesta.

In base a quanto stabilito nel provvedimento direttoriale del 10 giugno 2020 e ribadito nelle più volte citate circolari nn. 15/E e 22/E del 2020, non si genereranno conseguenze sanzionatorie nel caso in cui la rettifica della domanda presentata avvenga antecedentemente all'accredito della somma richiesta. Di converso, saranno applicate le sanzioni di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 471/1997 con possibilità di avvalersi dell'istituto del ravvedimento operoso per sanare l'illecito posto in essere.

8. Conclusioni

In definitiva occorre rimarcare la lodevole intenzione del legislatore di supportare i contribuenti tramite la misura premiale di che trattasi in una contingenza tanto critica quale quella generata dall'emergenza sanitaria.

Non possono, però, non essere ribadite le tante, gravi, contraddizioni che connotano la disciplina sostanziale del contributo a fondo perduto; contraddizioni che, troppe volte, confliggono con gli immanenti principi di ragionevolezza ed uguaglianza e che, solo in parte, possono essere giustificate con le difficoltà causate dalla crisi sanitaria anche nell'attività di produzione legislativa.

STEFANO REALI
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

IL CIGNO NERO DELLA PANDEMIA COVID-19 E IL PROCESSO CIVILE:
IN DIFESA DELLA *AUDIENTIA*

La disastrosa pandemia che ha colpito il mondo intero ha, ovviamente, avuto serissime ricadute su ogni attività umana, compresa, come ovvio, quella giurisdizionale.

Pur presenti significative analogie con altri eventi catastrofici, ritenuti altamente improbabili se non impossibili, appunto come cigni neri, siamo di fronte uno sconvolgimento epocale la cui durata è gravemente incerta, come la trascorsa estate ha dimostrato e purtroppo anche attualmente, al momento in cui si licenziano queste brevi riflessioni.

È quindi ovvio che le soluzioni normative emergenziali, varate alluvionalmente e che si susseguono senza tregua da mesi, (ma soprattutto i provvedimenti adottati nei singoli uffici giudiziari in attuazione delle *guidelines* governative), non possono che ritenersi provvisorie e risentire del pari dell'estrema aleatorietà di sviluppo della pandemia stessa.

L'ora è, purtroppo, ancora buia, e pur convinto che in situazioni di grave emergenza sia poco utile disquisire della bontà degli interventi e soluzioni messe in atto, occorre rifletterci sopra ed esaminare le ricadute di dette soluzioni sul processo civile¹, non essendo improbabile che la tentazione di generalizzare e stabilizzare *sic et simpliciter* le soluzioni emergenziali diventi irresistibile.

Certo è che, come rilevato, la giustizia non può essere messa in quarantena essendo *il* presidio della civiltà².

Non mi fermo sui due, arcinoti tempi in cui è stato articolato l'intervento sul processo civile; ripresa, almeno formalmente, l'attività processuale dallo scorso maggio.

Stanti i limiti fisiologici della presente sede, mi concentrerò su uno snodo fondamentale del processo civile, molto profondamente inciso dalla normativa emergenziale, la forma di svolgimento dell'udienza che, con discutibile aggettivazione, ormai tutti definiscono "cartolare".

Come ricordato, infatti, secondo l'art. 83 comma 7, lett. *h*), del d.l. 17 marzo 2020, n. 18: lo svolgimento delle udienze civili che non richiedano la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice".

¹ Molto interessante è lo sguardo d'insieme su www.septentrio.uit.no/index.php/SapReps/issue/view/465.

² M.G. CIVINNINI, *La giustizia in quarantena*, in www.questionegiustizia.it/articolo/la-giustizia-in-quarantena-31-03-2020.php.

Come ricordato poc' anzi, proprio perché il processo è garanzia di civiltà, presidiato da norme di rango costituzionali che a loro volta assicurano, *in primis*, il diritto di azione e quello del contraddittorio e di difesa (artt. 24, comma 2; 111, comma 2, Cost.), ma anche della stessa udienza pubblica (art. 101 Cost.), trovo molto opinabile l'ormai generalizzata soluzione della trattazione scritta in luogo della celebrazione dell'udienza in presenza, nei casi in cui l'oralità non sia espressamente imposta per legge³ o non debbano parteciparvi soggetti diversi dai difensori delle parti.

Condividendo il monito di chi avverte della pericolosità della “dequotazione” delle regole processuali⁴, mi pare opportuno ricordare e riportare, integralmente, quanto scriveva il Maestro dei maestri a proposito del concetto di oralità (ovviamente di primario rilievo quando di stratta di valutare l'attendibilità delle dichiarazioni delle parti, dei testi o del perito): anche «nelle questioni meramente giuridiche, e in quelle in cui il materiale di fatto risulta tutto dai documenti, la discussione orale, intesa non come declamazione accademica, ma come il conciso opporre di ragioni a ragioni, può condurre ad una definizione certamente più pronta e probabilmente migliore di quella maturata nella mente del giudice con la sola scorta delle scritture. La maggiore rapidità, la maggiore facilità di intendersi reciprocamente, la selezione che la difesa parlata opera naturalmente nelle ragioni ed argomentazioni, facendo sentire l'efficacia delle buone l'inanità delle cattive, la genuinità dell'impressione di chi ascolta, spiegano l'importanza, che il dibattito orale ha nei rapporti pubblici e privati della vita moderna»⁵.

Come abbiamo visto tutti, dopo la contrazione estiva dell'emergenza, in cui – invero alquanto improvvidamente – è per lo più ripresa la modalità ordinaria, in presenza cioè, di svolgimento delle udienze, la recrudescenza dell'epidemia a far tempo da settembre ha fatto di nuovo ripiegare velocemente sulla modalità scritta.

Il primo *punctum pruriens* da porre in evidenza concerne innanzi tutto la previsione, sostanzialmente priva di specifiche e comuni linee guida, ai capi degli uffici giudiziari di determinazione delle modalità di trattazione dei processi.

³ A. PANZAROLA, M. FARINA, *Il diritto processuale civile e la emergenza Covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, in *Judicium*, 29 maggio 2020 (<http://www.judicium.it/diritto-processuale-civile-la-emergenza-covid-19-le-garanzie-individuali-nello-eccezione/>).

⁴ *Ibid.*

⁵ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile, Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965, p. 682.

È un comune e condiviso rilievo l'eccessivo frazionamento delle regole contenute nei singoli protocolli (oltre due centinaia⁶) adottati dai capi degli uffici giudiziari e quindi l'emergenza di molte problematiche e discutibili previsioni che di fatto hanno diversificato i processi ufficio giudiziario per ufficio giudiziario⁷.

Abbiamo assistito, e continuiamo ad assistere, cioè ad un problematico proliferare di mini-riti per singoli uffici giudiziari che, ovviamente, oltre a costituire una palese violazione del principio di legalità, non giovano al generale stato di salute – anch'esso notoriamente in prognosi riservata da tempo – dello stesso processo civile, obbligando i difensori che non si limitino a patrocinare soltanto nel loro foro di appartenenza ad andare alla ricerca del singolo protocollo per quel determinato ufficio giudiziario.

Se ciò era comprensibile nella prima drammatica fase dell'emergenza, a quasi nove mesi di distanza, mi parrebbe assolutamente necessario un intervento normativo calibrato per omogenizzare le regole procedurali in tutto il Paese.

Rilevo subito come, peraltro, non si possa affatto confondere, come invece mi pare sia accaduto, i *profili organizzativi* della macchina giurisdizionale con *le forme processuali*: il legislatore, delegato o ordinario, infatti, non può affidare ai dirigenti degli uffici giudiziari la costruzione di mini-riti in deroga al codice di procedura civile, ma solo, ripeto, poteri organizzativi per l'ottimizzazione dello svolgimento materiale dei processi, ferme, però, ecco il punto le trame procedurali.

La cui modifica, insomma, compete solo al legislatore.

Ciò posto, per quanto attiene allo specifico tema di queste brevi riflessioni, muovo coll'affermare che il concetto di “modalità di svolgimento dell'udienza” va inteso, a mio parere, molto restrittivamente, sicché mi pare evidente che per il legislatore: a) l'udienza – il cui pacifico concetto, di «luogo fisico e temporale»⁸, ritraibile dal complesso di artt. 127-130 cod. proc. civ. non è stato punto modificato dal legislatore – va comunque celebrata; b) *ergo*, se ne possano certo disciplinare

⁶ Come segnala U. COREA, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia civile ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*, in *Judicium*, 4 giugno 2020 (<http://www.judicium.it/diritto-difesa-accesso-alla-giustizia-civile-ai-tempi-oltre-lemergenza-sanitaria/>).

⁷ *Ibid.* A proposito della scelta della modalità di trattazione (rinvio dell'udienza, udienza in collegamento da remoto, cartolare) Corea nota giustamente come sia stato esaltato il *case management* del singolo giudice che però deve tener conto dei vari criteri imposti dai capi degli uffici n3i provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 83, comma 7. Lo stesso Corea ricorda come il numero dei provvedimenti adottati dai capi degli uffici giudiziari sia di oltre duecento.

⁸ Per udienza si intende, come ben noto, «il luogo, sia fisico che temporale, ove le parti si incontrano, al fine di esercitare l'attività processuale, in modo formale e trasparente, nel pieno rispetto dei principi del contraddittorio, concentrazione e dell'oralità» (cfr. M. PELLEGRINELLI, art. 127 cod. proc. civ., in *Commentario del codice civile di procedura civile*, diretto da Consolo, Comoglio, Sassani, Vaccarella, II, Torino, 2012, p. 582)

le sole modalità di sviluppo⁹, ma non la sua soppressione *tout court*, come si pensa di fare sostituendo questo “luogo fisico e temporale” con lo scambio o deposito di note scritte in un fascicolo telematico.

Mi pare, nondimeno, che, al fondo delle varie previsioni delle centinaia di protocolli adottati nei vari uffici giudiziari vi sia un fraintendimento sistematico di non poco momento: e cioè lo scambio di quella che è una fra le varie forme degli atti processuali¹⁰, di parte come del giudice, ossia di quella *orale* con quella *scritta* (analogica o digitale) con, appunto un «luogo fisico e temporale» qual è invece, *in primis*, l'udienza, che, dunque, non può ricondursi *sic et simpliciter* al concetto di atto processuale e meno che mai di potere processuale, cui soli si deve dare una forma (appunto orale, scritta analogica o digitale).

Ovviamente, in questo particolare “luogo e momento temporale”, si svolgono attività processuali, ma non possono scambiarsi le attività svolte “in udienza” con l'udienza medesima.

Quanto, poi, alle attività che vi si svolgono, del resto, mi sembra di scontata evidenza solo a riflettere l'etimologia del termine – dal latino *audientia*, che ovviamente deriva da *audire*, *i.e.* ascoltare, udire – che essa presupponga la sola ed esclusiva esternazione orale e verbale da parte dei partecipanti all'udienza stessa.

Si è detto che il successo della trattazione scritta dell'udienza da parte dei giudici e da larga parte degli avvocati, dipenda anche dalla “sostanziale inutilità”, sentita nella prassi, di molte udienze, che dunque indurrebbe a ritenere “sostituibile senza troppi rimpianti l'udienza con un formale scambio di scritti”¹¹.

L'idea va respinta con decisione. Il rilievo, infatti, mi pare provi troppo e soprattutto, indulge verso un'eccessiva pragmaticità che trovo frutto più di opinabili e patologiche prassi, che non di un'irreversibile senescenza del codice di rito.

A proposito, ad esempio, dell'udienza di precisazione delle conclusioni: è innegabile che in questa sede i patroni, in relazione all'istruttoria effettuata (o, spesso non effettuata), si limitino per lo più al richiamo a quelle già rassegnate negli scritti difensivi precedenti o in una trascrizione a verbale delle stesse, ma ragionando in questo modo, mi pare che il passo sia breve per giungere – credo inammissibilmente – a sostenere che, allora, l'udienza di precisazione delle conclusioni in sé

⁹ Ad esempio, scaglionando con precisione la chiamata delle singole cause ad ora fissa, facendo rispettare la regola della non pubblicità dell'udienza istruttoria, le modalità di accesso all'udienza ecc.

¹⁰ Cioè, oggi, *orale*, *scritta analogica* e *scritta digitale*.

¹¹ U. COREA, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia civile ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*, cit.

sia del tutto inutile: e dunque convenga sopprimerla per passare direttamente dalla fase istruttoria a quella decisoria senza soluzione di continuità.

Ma allora, seguendo questo approccio “realistico”, si potrebbe e dovrebbe rileggere l'intero codice di rito e cancellare¹² con un tratto di penna snodi procedurali che, sotto questa ottica, la prassi reputi soverchi¹³.

So bene che, stante l'ormai cronica ansia del legislatore moderno di snellire, accelerare, rendere competitivo, e quante altre formule si voglia immaginare, il processo vada verso questa direzione, eppure resto persuaso che molte delle norme, e delle udienze ovviamente, che si pensano ormai superflue, superate, ingoffanti, deceleranti, ecc. sono invece e tuttora espressione di valori intoccabili del processo.

Se, quindi, specie nella prima situazione di massima allerta, certamente era necessario il rinvio delle udienze (in combinazione con la sospensione del decorso di tutti i termini processuali¹⁴), ritengo invece seriamente opinabile la modalità “cartolare”¹⁵ possa scalzare definitivamente – come da più parti si sente invocare – l'udienza in presenza.

Ovviamente non è questa la sede per intrattenersi di nuovo sul fondamentale passaggio storico del processo civile dalle modalità, appunto, cartolari di antichi sistemi processuali al processo moderno incentrato sul principio di oralità¹⁶ – ma anche, se non per ricordare come, appunto, il perno essenziale del processo civile moderno sia proprio l'udienza che ontologicamente è tale proprio per la presenza delle parti, *melius*: dei difensori e del giudice.

Questo è il nucleo tuttora vitale e pulsante del moderno processo civile.

Come di recente rilevato a proposito di un ben noto e problematico precedente normativo, (ossia la legge n. 197 del 2016), va ricordato lo scetticismo di un grande studioso del processo civile, Piero Calamandrei, verso un giudice chiuso «nel suo impenetrabile silenzio», essendo il processo

¹² Analogamente, sui pericoli della smaterializzazione del processo, G. SCARSELLI, *Contro le udienze a remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in *Judicium* (<http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/05/G.-Scarselli.pdf>).

¹³ Il pensiero corre alla, molto problematica, rilettura operata dalla Cassazione ad esempio in tema di superfluità del rinvio *ex art. 354 cod. proc. civ.* nel caso di rilievo dell'imperfezione del contraddittorio *ex art. 102 cod. proc. civ.* (cfr. Cass. civ., Sez. II, 24 febbraio 2017, n. 4850).

¹⁴ Su questa disciplina, A. PANZAROLA, M. FARINA, *Il diritto processuale civile e la emergenza Covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, cit.

¹⁵ Cartolare, ovviamente, telematica.

¹⁶ Ma anche su quello, del pari fondamentale, di concentrazione.

fosse, invece, il luogo del «dialogo tra interlocutori vivi, che cercano, attraverso la discussione, di comprendersi e di convincersi»¹⁷.

Insomma il concetto stesso di udienza *scritta* o, peggio, *cartolare* o dematerializzata è un palese ossimoro, perché la modalità scritta si risolve nella negazione stessa dell'udienza, per come essa è ontologicamente, il che già di per sé basterebbe per respingerla¹⁸.

Del pari estremamente problematica trovo l'esclusione delle parti nella scelta della modalità di svolgimento della *audientia*¹⁹, specie, come ovvio, nell'alternativa fra trattazione scritta e videoconferenza in collegamento da remoto che, sia pure in forma attenuata, garantisce però quella «interlocuzione fra vivi», esaltata dal Maestro fiorentino.

Si tratta di un ulteriore elemento di problematicità che attesta l'ennesima pericolosa deriva verso l'eccessiva pubblicizzazione del processo²⁰, lesiva dei canoni fondamentali del moderno processo civile, *in primis*, del principio dispositivo e poi ovviamente del contraddittorio.

Ma anche ove ci si volesse aprire al concetto di udienza "cartolare", mi paiono da negare vieppiù con decisione le rigidità formali che traspaiono dai vari protocolli dei capi degli uffici giudiziari in applicazione del settimo comma dell'art. 83.

Come ho ricordato in apertura di analisi, se è vero che l'art. 83, comma 7, preveda la modalità di trattazione scritta al posto dell'udienza, da qui a inferirne che, stabilite dette modalità organizzative, si possano attribuiti poteri sanzionatori processuali in capo al giudice per la violazione delle modalità delle misure organizzative dei capi degli uffici giudiziari, ce ne passa.

Muovo dal presupposto, anch'esso direi poco seriamente discutibile, che solo il codice di procedura civile, o una fonte normativa equiparabile – cioè di normazione primaria, possa prevedere sanzioni (nullità, inammissibilità, improcedibilità, decadenze, preclusioni, cancellazione causa dal ruolo, estinzione *et similia*) per il non uso o non corretto uso dei poteri processuali in capo alle parti.

¹⁷ A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2018, pp. 162-187.

¹⁸ Si è giustamente notato in dottrina come, peraltro, le quattro varianti previste dall'art. 82 non siano affatto a libera scelta dei capi degli uffici giudiziari.

¹⁹ Analogamente, U. COREA, *Il diritto processuale civile e la emergenza Covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, cit.

²⁰ Rimando ancora al recente bel contributo di A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, cit.

Sarebbe quasi soverchio ricordare che, a mente dell'art. 156 cod. proc. civ., le nullità processuali sono sempre e soltanto previste per legge.

Parimenti, è sempre e soltanto la legge processuale a stabilire le sanzioni per il mancato esercizio dei poteri processuali delle parti, ed *in primis* delle ipotesi di estinzione del processo.

Ciò sono costretto a rammentare perché v'è una previsione, comune a pressoché tutti i protocolli predetti, secondo la quale il mancato deposito note di trattazione scritta/cartolare equivale a mancata comparizione della parte – tramite il patrono ovviamente – in udienza). Se si considera che, come ben noto, la doppia diserzione dell'udienza conduce *ex art. 309 cod. proc. civ.* all'estinzione del processo²¹, si tocca con mano l'estrema pericolosità della fittizia equiparazione del mancato deposito delle note scritte alla mancata comparizione fisica in udienza dei patroni delle parti.

Ciò non è assolutamente possibile perché, giova ripetersi, il tessuto del codice di rito non può essere inciso da provvedimenti – quali le regole dei “protocolli” – che sono atti normativi di rinvio e dunque solo di secondo livello²²: sulla base dei classici insegnamenti della dottrina pubblicistica, riterrei, quindi, che le norme di attuazione che l'atto normativo primario rimette ai protocolli non possono che limitare la portata di questi ultimi alla sola regolazione delle modalità di attuazione delle soluzioni processuali ivi ipotizzate, ossia ad una dimensione che non comprende la libera previsione di misure sanzionatorie.

Non si può non considerare, in altre parole, che le misure sanzionatorie incidono su una sfera materiale che non può essere rimessa ai protocolli, ma deve essere direttamente regolata dal legislatore (o comunque dalla fonte di grado primario).

Per il vero, anche la lettura, in combinato disposto, dell'art. 82 e degli artt. 181 e 309 cod. proc. civ. esclude che il mancato deposito delle note scritte possa equivalere a diserzione dell'udienza: il dubbio potrebbe venire perché la lett. *h)* più volte citata dell'art. 83, comma 7, prevede lo «svolgimento delle udienze civili [...] mediante lo scambio e il deposito telematico di note scritte», sicché non depositare le note equivarrebbe a non comparire nell'udienza scritta.

Mi pare però che ciò sia escluso dalla previsione dell'art. 309 cod. proc. civ. che non è punto inciso dal legislatore dell'emergenza che continua a prevedere, ai fini dell'applicazione dell'art. 181 comma 1, cod. proc. civ., la mancata presenza all'udienza.

²¹ Si pensi, così al caso, che l'udienza fissata con modalità “cartolare”, sia appunto quella successiva ad un rinvio *ex art. 181 cod. proc. civ.*

²² Per tutti, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019, p. 121; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1978, p. 53.

Per poter ritenere totalmente equiparata la nuova previsione con quella dell'art. 309 cod. proc. civ., insomma, sarebbe stato necessario sopprimere completamente l'udienza e sostituirla con un altro tipo di luogo o momento temporale, non definibile ovviamente come *udienza*, quindi senza «interlocuzione fra vivi», per ripetere ancora la formula calamandreiana, e stabilire *expressis verbis* che la contestuale presenza fisica del giudice e delle parti, ovviamente presupposta dall'art. 309 cod. proc. civ., sia stata sostituita per legge alla presenza scritta mediante con il deposito delle note scritte.

Ne segue che, a mio avviso, *sempre*, ove una o entrambe le parti non depositino le note, unica – si badi – momentanea alternativa²³ rispetto all'udienza tradizionale sia e resti quella di prendere atto dell'inerzia delle parti e fissare una nuova, vera, udienza in presenza o, al più, in video-trattazione da remoto. È però ben difficile che a questo punto – specie a seguito del riaccendersi ovunque dell'epidemia – che il legislatore faccia un passo indietro; sicché preso atto del sempre più massiccio impiego della cd. udienza con trattazione scritta, vanno segnalati alcuni suoi, ancor più discutibili, effetti collaterali, sempre limitandomi al processo ordinario di cognizione.

Ho già accennato alla problematica inesistenza di un qualche strumento di opposizione delle parti contro la scelta del giudice circa il tipo di “udienza”: resta solo da aggiungere che, per fortuna, in alcuni protocolli è previsto che, pur comunicandosi alle parti la scelta di tenere l'udienza scritta, esse possono esprimere la necessità o la preferenza per altra modalità, la classica in presenza o quella in videoconferenza²⁴ oppure, dopo la trattazione scritta in luogo dell'udienza, chiedere per esigenze specifiche (ad esempio per la conciliazione della causa, dell'interrogatorio libero delle parti ecc.) ovvero di replica alle note scritte avversarie l'udienza tradizionale o quella in collegamento telematico.

V'è, poi, il caso, non certo raro, che in fase di avvio del processo il convenuto non si sia ancora costituito. Secondo alcuni protocolli, sarà onere del convenuto mediante richiesta di visibilità del fascicolo telematico verificare se, in previsione della prima di udienza di trattazione (ovvero anche di quelle successive ove il convenuto originariamente contumace decida di costituirsi tardivamente), l'istruttore abbia disposto le modalità di svolgimento dell'udienza in remoto o cartolare.

Questa soluzione non è compatibile, come ovvio, con l'ipotesi, pur sempre consentita, della costituzione del convenuto anche il giorno stesso dell'udienza: in questo caso, ovviamente, è ben

²³ Sulle criticità anche dell'udienza da remoto, G. SCARSELLI, *Contro le udienze a remoto e la smaterializzazione della giustizia*, cit.

²⁴ Ad esempio il protocollo fra il Tribunale Ordinario di Roma - Sez. Lavoro e l'Ordine degli Avvocati di Roma per lo svolgimento delle udienze tramite collegamento da remoto e tramite trattazione scritta.

difficile che il convenuto possa partecipare all'udienza da remoto o, come ovvio, depositare note di trattazione di scritta. Dinanzi a questa, evidente, a mio parere, compressione del diritto di difesa del convenuto, sarebbe preferibile che del provvedimento di fissazione delle modalità di svolgimento dell'udienza – che all'evidenza costituisce un'integrazione successiva dell'elemento formale della *vocatio in iudicium* contenuto nella citazione – venga disposta la notificazione alla parte convenuta ad iniziativa dell'istante²⁵.

Trovo poi problematiche e quindi da respingere alcune previsioni che, pur verosimilmente poste nell'apprezzabile intento di garantire comunque il rispetto del fondamentale principio del contraddittorio, rischiano di produrre esattamente l'effetto opposto. In disparte, stante la sua solare ovvietà, il caso dell'imposizione alle parti di termini ristrettissimi²⁶, v'è ad esempio la previsione di termini sfalsati senza la considerazione, però, delle attività processuali già compiute dalle parti²⁷.

La previsione, sempre dettata nell'ottica del rispetto del contraddittorio, in realtà è mero *flatus vocis* perché, come ovvio, un senso ha la trattazione scritta "sfalsata", se si rispetta l'ordine processuale di esercizio dei poteri dalle parti: guardando alla fase di appello, in alcuni protocolli è previsto che – ove l'udienza *ex art.* 350 cod. proc. civ. sia sostituita dalla trattazione scritta – appellato dopo la sua costituzione, debba depositare, per primo, le note scritte di trattazione.

Invero, se l'appellato si è costituito, tempestivamente o meno poco conta, è ovvio che egli, nelle note di trattazione dell'udienza scritta, nulla abbia verosimilmente da aggiungere a quanto dedotto nella comparsa di costituzione; con un opinabile sbilanciamento, quindi, in favore dell'appellante che può contare nell'impossibilità dell'appellato di replicare a quanto dedotto

²⁵ La situazione, come ovvio, è ben diversa dal differimento d'ufficio dell'udienza *ex art.* 168 cod. proc. civ. e ciò perché in questo v'è uno spostamento in avanti dell'udienza, di cui il convenuto è immediatamente messo a conoscenza, all'atto della costituzione con accesso al fascicolo telematico. E ovviamente, avendo scelto il convenuto – del tutto legittimamente e, stando all'attuale assetto della fase introduttiva – di costituirsi, non potrebbe depositare le note scritte non essendo a conoscenza dell'adempimento e del termine assegnato.

²⁶ È di lapalissiana evidenza che concedere alle parti due o tre giorni per il deposito delle note di trattazione cartolare a decorrere dalla comunicazione dell'ordinanza, equivale a comprimere seriamente il diritto del contraddittorio alle parti; a parte la ristrettezza del termine, che *ex se* – specie ove si sommino a carico del difensore più note di trattazione scritta – può seriamente pregiudicare la reattività delle parti, il termine decorre dal momento di ricezione di un'ordinanza "a sorpresa", ossia per lo più inaspettata quanto al *quando* della sua pronuncia.

²⁷ Va ricordato che, nondimeno, il modello della trattazione scritta sfalsata esiste – e in proprio in tema di trattazione della causa – da sempre una norma, tuttora vigente, ossia l'art. 83 *bis* disp. att. cod. proc. civ., secondo cui il giudice «quando autorizza la trattazione scritta della causa, a norma dell'articolo 180 primo comma del Codice può stabilire quale delle parti deve comunicare per prima la propria comparsa, ed il termine entro il quale l'altra parte deve rispondere»; se è vero che l'art. 180 di cui parla la previsione è quello *ante* riforma *ex lege* 353/1990 (e successive modifiche ulteriori del 1995) è ovvio che la norma in esame ben può oggi ritenersi applicata alla trattazione in generale prevista dall'art. 183 e *a fortiori* ad appendici scritte quali quelli ipotizzate nei vari protocolli.

dell'appellante nelle sue note scritte. Ritengo, insomma, che per avvicinarsi quanto più possibile alla dialetticità tipica dell'*audientia* (e comunque della *Waffengleichheit*) si dovrebbe *sempre* consentire il doppio scambio di note scritte piuttosto che insistere – come fatto da molti giudici – sull'invito ai difensori a depositare note congiunte, aggravando l'evidente *deficit* di dialetticità che questo monco sistema sostitutivo dell'oralità attesta con evidenza. Ad ogni buon conto, quanto al contenuto di queste note, direi, in primo luogo, direi che, qui giustamente, l'art. 82, comma 7, lett. *h*) fa riferimento anodinamente ad istanze e conclusioni, ciò per consentire di adattare le note alle varie ed eterogenee ipotesi di udienze sostituite appunto dalla trattazione scritta.

Sempre considerando alcuni sviluppi primari del rito ordinario, ad esempio, ove l'udienza "cartolare" sia la prima *ex art. 183* cod. proc. civ., il contenuto delle note potrà concernere la mera richiesta di concessione del triplo termine *ex art. 183* sesto comma cod. proc. civ. ovvero essere ben più strutturata, come per il caso in cui l'attore ritenga di dover emendare/mutare la domanda originaria²⁸ in considerazione delle repliche del convenuto contenute nella sua comparsa di costituzione, ovvero introdurre una vera e propria nuova domanda quale quella *ex art. 34* cod. proc. civ. ovvero proporre l'istanza di chiamata di un terzo in causa, sempre in considerazione della difesa del contenuto²⁹. Nel caso di udienza *ex art. 184* cod. proc. civ., nelle note verosimilmente le parti si riporteranno alle istanze istruttorie articolate nelle memorie del sesto comma dell'art. 183 e, soprattutto, eventuali repliche al contenuto delle terze memorie.

Per quanto concerne l'udienza di precisazione delle conclusioni, ovviamente verranno formalizzate le conclusioni già assunte o modificate negli scritti difensivi precedenti. Se come detto, è errato equiparare il mancato deposito delle note alla mancata comparizione personale in un'udienza che non c'è, tuttavia, caso per caso andrà verificato, specie ove solo una o più delle parti non abbiano depositato le note, quali siano le conseguenze.

Stando ai casi tratteggiati, mi sembra ovvio che il mancato deposito di note in sostituzione della prima udienza di trattazione, comporterà la decadenza delle parti, *in primis* l'attore, da quelle attività processuali non postergabili alla prima memoria istruttoria *ex art. 183*, comma 6, cod. proc. civ. Per quanto attiene alle note in sostituzione dell'udienza *ex art. 84* cod. proc. civ., le parti decadranno

²⁸ Come noto, fra le varie attività che devono essere svolte in prima udienza, stante all'attuale stato della giurisprudenza di legittimità, v'è proprio la introduzione, da parte dell'attore, di una domanda nuova o di eccezioni che siano conseguenza di domanda riconvenzionali o eccezioni del convenuto (cfr. Cass. 26 novembre 2019, n. 30745).

²⁹ Che potrebbe, ad esempio, aver proposto una domanda riconvenzionale che, appunto, fa sorgere in capo all'attore l'esigenza di una chiamata in garanzia di un terzo.

da eventuali ulteriori mezzi in replica alle prove chieste o ai documenti prodotti nella terza memoria, ovvero da eccezioni o poteri processuali riservate alle parti, quali, ad esempio, il disconoscimento di una scrittura privata depositata nella terza memoria dall'avversario (in replica a produzioni dell'avversario nella seconda memoria).

Per quanto attiene alla precisazione delle conclusioni, stando all'ormai pacifico orientamento per cui l'assenza dell'udienza *ex art. 189 cod. proc. civ.* non implica alcuna rinuncia delle parti, specie dell'attore, alle domande proposte, valendo le conclusioni assunte negli atti introduttivi o nelle memorie *ex art. 183, comma 6, n. 1, cod. proc. civ.*, identica conclusione va sostenuta nel caso di mancato deposito delle note per l'udienza cartolare. Resta ovviamente la possibilità delle parti di avvalersi delle note per l'allegazione dei fatti accessori o secondari – notoriamente sottratti alle preclusioni dell'*art. 183, comma 6, cod. proc. civ.* – e di richieste di mezzi di prova o produzioni di documenti per i quali la parte siano incolpevolmente decaduta, previa, eventualmente, istanza di rimessione in termini *ex art. 153 cod. proc. civ.*

Resta da dire sul punto che, comunque, il termine – congruo o meno che sia – posto dal giudice per il deposito delle note di trattazione scritta non può considerarsi affatto perentorio e ciò sempre perché la regola è posta dal codice di rito e segnatamente nell'*art. 152, comma 1, cod. proc. civ.* che lascia solo alla legge il potere di prevedere termini perentori e le relative conseguenze in caso di suo mancato rispetto³⁰.

STEFANO RECCHIONI
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

³⁰ Ne segue che, quindi, il giudice è obbligato a prendere in considerazione quanto esposto nelle note di trattazione ancorché depositate oltre il termine da lui fissato; ovviamente, dovrà anche considerarsi quanto previsto dall'*art. 189 cod. proc. civ.*, comunque fondante un principio generale, e cioè che in ogni caso dal mancato deposito delle note non può trarsi alcuna preclusione o decadenza a carico delle parti e dunque il giudice dovrà far riferimento alle istanze previamente formulate dalle parti (quindi, ad esempio alle conclusioni formulate negli atti introduttivi o nelle memorie *ex art. 183, comma 6, n. 1, cod. proc. civ.*, alle istanze istruttorie articolate nelle memorie *ex artt. 183, comma 6, nn. 2 e 3, cod. proc. civ.*).

IL CONTRIBUTO DELL'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ NELLA GESTIONE DELLA CRISI SANITARIA

1. La formazione di una *governance* mondiale della salute nel diritto internazionale - 2. La funzione normativa dell'OMS tra trattato istitutivo e *International Health Regulation* - 3. La guida e il coordinamento dell'OMS durante la crisi sanitaria - 4. Il supporto della Comunità Internazionale in risposta all'attività dell'OMS

1. La formazione di una *governance* mondiale della salute nel diritto internazionale

L'esigenza di una maggiore sicurezza sanitaria ha accelerato, soprattutto nell'ultimo secolo, la cooperazione internazionale in materia di tutela della salute¹.

Il percorso seguito dalla comunità internazionale è strettamente connesso alla contingente esigenza avvertita dagli Stati: mentre, dapprima, il desiderio di quest'ultimi era limitato alla protezione del proprio territorio dall'importazione di agenti patogeni, successivamente, l'interesse nei confronti di una salute globale, anche per salvaguardare il commercio internazionale, è divenuto sempre più intenso, dirigendo la comunità internazionale verso un sistema centralizzato di controllo delle malattie infettive. Difatti, si è assistito a una crescente erosione della sovranità statale², passando da una cooperazione in un primo momento meramente intergovernativa, a una cooperazione istituzionalizzata, per poi giungere a una *governance* globale della salute³.

Un momento di svolta nell'affermazione di un diritto internazionale sanitario, infatti, è stato rappresentato dall'istituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (qui di seguito l'"OMS")⁴.

¹ Cfr. D.P. FIDLER, *International Law and Infectious Diseases*, Oxford, 1999.

² Le prime convenzioni internazionali in ambito sanitario sono state stipulate a partire dal 1852. Per un'attenta ricostruzione delle fasi che caratterizzano l'evoluzione della cooperazione internazionale in materia di tutela della salute cfr. M. MBENGUE, *Public Health, International Cooperation*, in *Max Plack Encyclopedia of Public International Law*, 2010.

³ S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 29.

⁴ L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS; in inglese World Health Organization, WHO) è un istituto specializzato dell'ONU per la salute, fondata il 22 luglio 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948 con sede a Ginevra. Vi aderiscono 194 Stati Membri di tutto il mondo divisi in 6 regioni (Europa, Americhe, Africa, Mediterraneo Orientale, Pacifico Occidentale e Sud-Est Asiatico). L'Assemblea Mondiale della Sanità (World Health Assembly, WHA), insieme con il Consiglio Esecutivo e il Segretariato sono gli organi fondamentali dell'OMS. La WHA è l'organo plenario ed è composta da delegati degli Stati Membri. L'Assemblea determina le scelte operative dell'Organizzazione, detiene il potere normativo ed esercita il controllo effettivo sull'operato del Consiglio Esecutivo e del Segretariato. Il Consiglio Esecutivo è l'organo cui è demandato il compito di applicare le delibere dell'Assemblea e di dare concreta attuazione alle politiche decise dall'organo plenario. Il Segretariato è un organo amministrativo-burocratico. È composto da un Direttore Generale e da personale tecnico ed amministrativo. Il Direttore Generale è nominato dall'Assemblea, su proposta del Consiglio. È il più alto funzionario tecnico ed amministrativo

All'indomani del secondo dopoguerra – sebbene l'importanza era già apparsa evidente all'epoca della Società delle Nazioni⁵ – è stato evidenziato come, l'attività dell'ONU, avrebbe dovuto riguardare anche la soluzione dei problemi internazionali di natura sanitaria⁶.

L'assenza di un esplicito richiamo alla salute nella Carta ONU, quindi, fu ben presto risolta dalla comune esigenza della comunità internazionale di dare vita a un'entità capace di accentrare le competenze sanitarie in ambito internazionale e mettere ordine tra le diverse forme di cooperazione sanitaria di carattere regionale.

Invero, già durante la Conferenza per la costituzione delle Nazioni Unite venne proposta la creazione di un'organizzazione sanitaria internazionale⁷ e la convocazione di una conferenza per inquadrarne la i tratti fondamentali⁸.

Più di altre organizzazioni, l'OMS trae vita in maniera diretta dalle Nazioni Unite. Difatti, è stata istituita sotto l'egida dell'ONU come istituto specializzato⁹ ai sensi dell'art. 57 della Carta,

dell'Organizzazione ed è posto sotto l'autorità del Consiglio. L'Italia ha aderito ufficialmente all'OMS in data 11 aprile 1947. Secondo la Costituzione dell'OMS, l'obiettivo dell'Organizzazione è il raggiungimento, da parte di tutte le popolazioni, del più alto livello possibile di salute, definita come uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente assenza di malattie o infermità. Cfr. G. RABAGLIETTI, *L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1983, p. 914.

⁵ Dopo la Prima Guerra Mondiale venne fondata l'Organizzazione di Igiene della Società delle Nazioni (OHSN) che presentava una tendenza, se non ancora all'universalità, almeno a coinvolgere un maggior numero di Paesi non europei. Essa si richiamava all'art. 3 del Patto, secondo il quale i Membri della Società procureranno di prendere provvedimenti di carattere internazionale per la prevenzione e la repressione delle malattie. Successivamente, a seguito del secondo conflitto mondiale, al fine di prestare assistenza agli Stati distrutti, venne costituita l'Agenzia per l'Assistenza e la Responsabilità Amministrativa delle Nazioni Unite (United Nations Relief and Rehabilitation Administration UNRRA). La prima vera agenzia di assistenza internazionale dalle cui ceneri, si sciolse nel 1946, qualche anno più tardi, presero vita, avocando le sue funzioni, sia l'OMS che lo United Nations Children's Fund (UNICEF).

⁶ L'art. 55 della Carta delle Nazioni Unite dispone: «al fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici ed amichevoli fra le nazioni, basate sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodeterminazione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno: a) un più elevato tenore di vita, il pieno impiego della mano d'opera, e condizioni di progresso e di sviluppo economico e sociale; b) la soluzione dei problemi internazionali economici, sociali, sanitari e simili, e la collaborazione internazionale culturale ed educativa; c) il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione».

⁷ Successivamente con raccomandazione A/RES/61(I) del 14 dicembre 1946, l'Assemblea Generale ha invitato gli Stati membri ad accettare l'organizzazione in fase di istituzione.

⁸ Il merito dell'impulso per la convocazione della Conferenza è da riconoscere alle delegazioni brasiliane e cinesi. Successivamente, il 15 febbraio 1946, il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite incaricò il Segretario generale di convocare tale Conferenza. Un Comitato tecnico preparatorio si riunì a Parigi dal 18 marzo al 5 aprile 1946 e redasse le proposte per la sua Costituzione che furono presentate alla International Health Conference a New York City tra il 19 giugno e il 22 luglio 1946. Sulla base di queste proposte, la Conferenza ha redatto e adottato la Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità.

⁹ In campo economico e sociale operano una serie di organizzazioni internazionali collegate con l'Organizzazione delle Nazioni Unite. Affinché un'organizzazione internazionale possa acquisire la qualità di istituto specializzato delle Nazioni Unite deve soddisfare alcuni requisiti (art. 57 della Carta): anzitutto, deve trattarsi di un ente intergovernativo fondato su un accordo internazionale; in secondo luogo, la propria attività istituzionale deve

ponendosi, dunque, al vertice dell'anzidetta *governance*, e rappresentando la massima cooperazione internazionale in materia.

2. La funzione normativa dell'OMS tra trattato istitutivo e *International Health Regulation*

I poteri dell'OMS previsti nella sua Costituzione appaiono, almeno teoricamente, molto penetranti e idonei a incidere con una certa forza sull'attività degli Stati membri e, più in generale, sulla possibilità della comunità internazionale di prevenire la diffusione di epidemie e migliorare gli standard sanitari¹⁰.

Questi poteri si manifestano attraverso l'esercizio di una funzione normativa, riconosciuta all'organizzazione dal suo trattato istitutivo.

A partire dal preambolo, immediatamente dopo la definizione di salute, si intuisce la volontà dell'Organizzazione di farsi riconoscere quale autorità internazionale volta al perseguimento del diritto alla salute globale. La competenza a esercitare l'anzidetta funzione normativa emerge chiaramente dagli artt. 21 e 22 della sua Costituzione. Con il primo viene attribuito alla *World Health Assembly* un potere regolamentare in determinate materie, che vanno – per quanto in questa sede maggiormente interessa – dalla nomenclatura delle malattie all'adozione di misure sanitarie e di quarantena volte a impedire la propagazione delle malattie da un paese all'altro, passando dalla designazione uniforme dei metodi di diagnosi valevoli nel campo internazionale. La successiva disposizione, invece, stabilisce l'ambito soggettivo e la relativa procedura per l'entrata in vigore di siffatti regolamenti.

Il carattere vincolante dei regolamenti *de quibus* si rileva già da una mera interpretazione letteraria del disposto degli articoli citati. Infatti, se da un lato l'art. 21 prevede che la WHA ha

essere svolta a livello (potenzialmente) globale, in sintonia con quella dell'ONU; infine, deve svolgere attività di carattere settoriale nei campi che l'art. 57 della Carta delle Nazioni Unite indica, in modo esemplificativo, come rientranti nella cooperazione internazionale. Il possesso dei requisiti menzionati è condizione necessaria ma non sufficiente, ai fini dell'attribuzione della qualità di istituto specializzato; l'anzidetto collegamento sorge, infatti, a seguito di un accordo stipulato tra l'ONU (negoziato dal Consiglio Economico e Sociale) e l'istituto specializzato definito di collegamento. Proprio l'ONU esercita sull'organizzazione collegata un potere di coordinamento e di controllo, per esempio, l'Assemblea generale, può emanare raccomandazioni al fine di coordinare i programmi e le attività degli Istituti specializzati (artt. 58 e 60), può richiedere report regolari (art. 64) ovvero esaminare i bilanci (art. 17). A tal riguardo cfr. B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2018, pp. 136 ss.; F. MARRELLA, D. CARREAU, *Diritto Internazionale*, Milano, 2016, pp. 406 ss.; M.R. SAULLE, *Istituti specializzati delle Nazioni Unite*, in *Enciclopedia Giuridica Istituto della Enciclopedia Italiana*, XVII, 1988, pp. 1-5; A. DI BLASE, *Nazioni Unite e istituti specializzati. La rilevanza giuridica del coordinamento*, Napoli, 1982.

¹⁰ J.E. ALVAREZ, *The impact of international organizations on International Law*, Boston, 2016, pp. 196-197.

l'autorità di emanare i regolamenti nelle materie ivi stabilite, l'articolo successivo stabilisce perentoriamente che il regolamento adottato entra in vigore per tutti gli Stati membri dell'organizzazione, fatti salvi quelli che abbiano manifestato dissenso¹¹. Pertanto, le anzidette istituzioni, non avrebbero senso se riferite a un atto di *soft law*, giacché la mancanza di vincolatività avrebbe comportato una formulazione diversa del primo articolo e, l'inutilità della previsione per il secondo, atteso in generale l'inesistenza di un obbligo di conformarsi a una norma *soft*¹².

Oltre al citato potere regolamentare, poi, è riconosciuto dalla Costituzione la consueta possibilità, tipica delle organizzazioni internazionali, di emanare raccomandazione, non esclusivamente su materie specifiche ma con riguardo a qualunque questione che rientri nelle competenze dell'organizzazione stessa.

In questo caso appare chiaro, viceversa, che trattasi di fonti non vincolanti che permettono però, anche su materie che solo trasversalmente riguardano la gestione della sanità, una "guida" potenzialmente uniforme, idonea a realizzare una risposta condivisa da parte degli Stati¹³.

Le anzidette osservazioni, sebbene potrebbe apparire superflue, sono necessarie per evidenziare la scelta dell'OMS di non intervenire in maniera incisiva su alcune questioni che avrebbero sicuramente influito sulla gestione dell'epidemia.

A questo punto, nessun dubbio circa la vincolatività del Regolamento Sanitario Internazionale del 2005¹⁴, adottato *ex art.* 21 della Costituzione dell'OMS.

Il Regolamento rappresenta una fonte di particolare rilievo nella gestione della salute in presenza di una crisi epidemica e si differenzia dalle versioni precedenti in quanto volto a prevenire, proteggere, controllare e fornire una risposta alla salute pubblica a seguito della diffusione mon-

¹¹ C'è anche chi sostiene che il procedimento ricorda una procedura semplificata di conclusione dei trattati. Difatti, anche in questo caso è necessario il consenso degli Stati membri, seppure in forma tacita. Per di più devono essere registrati presso il Segretariato generale e sono aperti alla ratifica anche a Stati non membri dell'Organizzazione. Tali peculiarità hanno indotto a definire siffatti regolamenti come degli atti sui generis. A tal riguardo cfr. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Le pouvoir réglementaire de l'Organisation mondiale de la santé à l'aune de la santé mondiale: réflexions sur la portée et la nature du Règlement sanitaire international de 2005*, in AA.VV., *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, 2007, pp. 1165 ss.

¹² Sembra condivisibile l'opinione che definisce la *soft law* non come un "non diritto" ma come un diritto che presenta un diverso grado coercitivo. Cfr. J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, Paris, 1995 e F. MARRELLA, D. CARREAU, *Diritto Internazionale*, cit., p. 180.

¹³ E. SAVARESE, *Certeza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, vol. 4, Napoli, 2018, pp. 91-120.

¹⁴ WHO, *International Health Regulations*, 2005, terza edizione, entrato in vigore il 15 giugno 2007, dopo la sua adozione da parte della 58ª Assemblea Mondiale della Sanità nel maggio 2005, ha aggiornato e, per alcuni versi, profondamente modificato il testo del precedente Regolamento, approvato nel 1969, emendato nel 1973 e nel 1981, e ratificato e reso esecutivo nel nostro Paese con la legge 6 febbraio 1982, n. 106. Il primo Regolamento in assoluto è l'International Sanitary regulation emanato nel 1951.

diale di una malattia, non riferendosi, però, a una malattia specifica ma a «covering illness or medical condition, irrespective of origin or source, that presents or could present significant harm to humans»¹⁵.

La generica formulazione adottata rappresenta, quindi, una delle novità rispetto alle sue versioni precedenti. La sua versatilità permette l'applicazione anche a successive epidemie, sconosciute al momento della sua emanazione.

Difatti, il regolamento si applica a tutti quegli eventi idonei a costituire un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale¹⁶, non solo a definite malattie infettive, da un lato stabilendo in capo agli Stati una serie di adempimenti per fronteggiare e monitorare la crisi, dall'altro riconoscendo all'organizzazione importanti funzioni di coordinamento, tra cui anche la possibilità di emanare raccomandazioni temporanee¹⁷.

In contesti epidemici, poi, l'attività dell'OMS sembra porsi come obiettivo non tanto la mera armonizzazione della disciplina da applicare nell'affrontare la situazione emergenziale, quanto la sua uniformità tra gli Stati membri, evitando che quest'ultimi possano agire in modo sordinato e unilaterale.

Per raggiungere tale obiettivo le *guidances* emanate non devono essere interpretate come livelli minimi di tutela ma come una disciplina completa che tenga già in debita considerazione gli altri interessi coinvolti soprattutto di natura commerciale. In altre parole, l'intervento dell'OMS è commisurato e proporzionato ai rischi dell'evento epidemico e investito anche del compito di scongiurare inutili interferenze con il commercio internazionale¹⁸. In diverse occasioni, per esempio, prima che la crisi provocata dal nuovo coronavirus degenerasse notevolmente, è stato sottolineato che i traffici internazionali e la circolazione delle persone non avrebbero dovuto avere alcuna limitazione.

In questo modo viene rafforzata la figura dell'OMS come leader nella gestione di crisi sanitarie. Nondimeno, la necessità e sufficienza degli standard fissati permette una gestione più equilibrata e trasparente: in altre parole viene evitata l'adozione di misure da parte degli Stati che siano superflue ed eccessive rispetto al risultato che si intende perseguire. Lo Stato vittima dell'epidemia, d'altra parte, sarà sicuramente più favorevole alla comunicazione dell'andamento,

¹⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁷ Le previsioni di questo tipo sono diverse e si vedranno meglio *infra*.

¹⁸ D.P. FIDLER, L. O GOSTIN, *The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2006, p. 86.

consapevole che, nel regolamento, troverà non soltanto le regole sulla gestione della crisi ma anche il limite delle misure che possono essere adottate contro di lui. D'altronde se si percepisse il rischio di misure restrittive e di contenimento che pregiudicassero significativamente le relazioni commerciali, gli Stati sarebbero sicuramente meno favorevoli a una gestione trasparente dell'epidemia.

Il regolamento, tuttavia, contempla anche la possibilità per lo Stato membro di adottare misure diverse purché siano maggiormente efficaci e l'adozione risponda a uno specifico rischio per la salute pubblica¹⁹.

Tale previsione ha dato spazio a interpretazioni diverse, in forza delle quali le norme ivi previste dovrebbero essere considerate come standard minimi di tutela, quindi gli Stati, al fine di raggiungere un maggiore livello di sicurezza per la salute dei propri cittadini, potrebbero discostarsi dal regolamento²⁰.

¹⁹ WHO, *International Health Regulations*, 2005, cit. Art 43: «Additional health measures 1. These Regulations shall not preclude States Parties from implementing health measures, in accordance with their relevant national law and obligations under international law, in response to specific public health risks or public health emergencies of international concern, which: (a) achieve the same or greater level of health protection than WHO recommendations; or (b) are otherwise prohibited under Article 25, Article 26, paragraphs 1 and 2 of Article 28, Article 30, paragraph 1(c) of Article 31 and Article 33, provided such measures are otherwise consistent with these Regulations. Such measures shall not be more restrictive of international traffic and not more invasive or intrusive to persons than reasonably available alternatives that would achieve the appropriate level of health protection. 2. In determining whether to implement the health measures referred to in paragraph 1 of this Article or additional health measures under paragraph 2 of Article 23, paragraph 1 of Article 27, paragraph 2 of Article 28 and paragraph 2(c) of Article 31, States Parties shall base their determinations upon: (a) scientific principles; (b) available scientific evidence of a risk to human health, or where such evidence is insufficient, the available information including from WHO and other relevant intergovernmental organizations and international bodies; and (c) any available specific guidance or advice from WHO. 3. A State Party implementing additional health measures referred to in paragraph 1 of this Article which significantly interfere with international traffic shall provide to WHO the public health rationale and relevant scientific information for it. WHO shall share this information with other States Parties and shall share information regarding the health measures implemented. For the purpose of this Article, significant interference generally means refusal of entry or departure of international travellers, baggage, cargo, containers, conveyances, goods, and the like, or their delay, for more than 24 hours. 4. After assessing information provided pursuant to paragraph 3 and 5 of this Article and other relevant information, WHO may request that the State Party concerned reconsider the application of the measures. 5. A State Party implementing additional health measures referred to in paragraphs 1 and 2 of this Article that significantly interfere with international traffic shall inform WHO, within 48 hours of implementation, of such measures and their health rationale unless these are covered by a temporary or standing recommendation. 6. A State Party implementing a health measure pursuant to paragraph 1 or 2 of this Article shall within three months review such a measure taking into account the advice of WHO and the criteria in paragraph 2 of this Article. 7. Without prejudice to its rights under Article 56, any State Party impacted by a measure taken pursuant to paragraph 1 or 2 of this Article may request the State Party implementing such a measure to consult with it. The purpose of such consultations is to clarify the scientific information and public health rationale underlying the measure and to find a mutually acceptable solution. 8. The provisions of this Article may apply to implementation of measures concerning travellers taking part in mass congregations».

²⁰ Difatti, in molteplici casi gli Stati hanno adottato delle misure più severe in violazione del regolamento. Per una ricostruzione dei casi più significativi di violazione del Regolamento Sanitario internazionale cfr. A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'Organizzazione Mondiale della Sanità come conseguenza di violazioni dei Regolamenti sanitari*

In realtà, l'anzidetta possibilità ricorre solo in presenza di determinate caratteristiche e, in ogni caso, le misure adottate, devono superare il controllo dell'OMS che potrebbe ben esortare gli Stati, laddove fossero considerate ultronee, ad adeguarle alle sue considerazioni.

Quello che però empiricamente emerge è una traballante fiducia sia nei confronti dell'Organizzazione Mondiale della Sanità²¹ che nella reciproca gestione delle crisi epidemiche da parte degli Stati membri²².

Nonostante, quindi, la vincolatività di siffatti regolamenti, l'esigenza di garantire un rigoroso rispetto delle regole ivi stabilite ha portato l'*Interim Assessment Panel*²³ a sottolineare la necessità dell'OMS di dotarsi di un meccanismo in grado di sanzionare quelle condotte statali che non si conformino ai regolamenti emanati²⁴, criticando, quindi, non tanto la mancanza di vincolatività quanto l'assenza di uno strumento di pressione nei confronti degli Stati meno virtuosi.

Tale parere è avvenuto qualche anno più tardi l'emanazione del Regolamento Sanitario Internazionale *de quo*. Difatti, nonostante la presenza di disposizioni che sembrerebbero sanzionare le condotte inosservanti degli Stati – presenti sia nel trattato istitutivo che nel Regolamento Sanitario Internazionale citato – le ripetute violazioni hanno portato alla conclusione della presunta insufficienza dell'apparato sanzionatorio.

Partendo dalla Costituzione, è emblematica la previsione che sanziona, con la sospensione del diritto di voto e degli altri privilegi attribuibili agli Stati membri, lo Stato che non rispetti gli obblighi finanziari. Tale potere è esteso anche ad altre ipotesi eccezionali non ben specificate²⁵, tra le quali dovrebbero rientrare violazioni del diritto internazionale generale.

Internazionali in contesti epidemici, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed Europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2016, pp. 404 ss.

²¹ Per esempio, la recente decisione degli Stati Uniti (del 7 luglio 2020) di abbandonare l'OMS criticando un'eccessiva impostazione filocinese.

²² Cfr. S.E. DAVIES, A. KAMRAD-SCOTT, S. RUSHTON, *Disease Diplomacy. International Norms and Global Health Security*, Baltimore, 2015, p. 128.

²³ L'Interim Assessment Panel è stato istituito dall'Executive Board dell'OMS con la Risoluzione n. EBSS3.R1 del 25 gennaio 2015. Il gruppo di esperti che lo componevano avevano come scopo valutare la risposta dell'Organizzazione a seguito dell'epidemia dell'ebola.

²⁴ WHO, *Report of the Ebola Interim Assessment Panel*, par. 29: «The Member States have a responsibility to act as global citizens. Accordingly, the Panel requests that the full IHR Review Committee for Ebola1 examine options for sanctions for inappropriate and unjustified actions under the Regulations».

²⁵ Constitution Of The World Health Organization, cit. Art. 7: «If a Member fails to meet its financial obligations to the Organization or in other exceptional circumstances, the Health Assembly may, on such conditions as it thinks proper, suspend the voting privileges and services to which a Member is entitled. The Health Assembly shall have the authority to restore such voting privileges and services».

L'articolo in questione è stato oggetto di emendamento da parte dell'Assemblea generale dell'OMS²⁶, estendendo ulteriormente i casi di possibile applicazione. Tuttavia, ad oggi, tale modifica non è ancora entrata in vigore in quanto non è stata raggiunto il numero necessario di deposito degli strumenti di ratifica²⁷.

Nell'IHR, invece, da un potere sanzionatorio *strictu sensu* si passa a un meccanismo – ancorché embrionale²⁸ – di soluzione delle controversie: in caso di disappunto tra uno Stato membro e l'Organizzazione, in merito a l'interpretazione o all'applicazione del regolamento, la questione potrebbe essere decisa dalla World Health Assembly. Diversamente, laddove la controversia riguardasse due o più Stati, il regolamento prevede sia la possibilità di sottoporla al Direttore Generale, anche dichiarando di accettare la decisione come vincolante, ovvero la possibilità di ricorrere a un procedimento arbitrale²⁹.

Entrambe le disposizioni, tuttavia, appaiono inadeguate a perseguire la finalità coercitiva della sanzione strettamente intesa. Questo approccio – definito manageriale³⁰ – è stato scientemente adottato dall'Organizzazione, orientandosi piuttosto su di una serie di incentivi al fine di garantire il rispetto delle norme emanate, che però non sempre hanno ottenuto i risultati augura-

²⁶ World Health Assembly (WHA), Risoluzione n. 18.48 del 20 Maggio 1965.

²⁷ Constitution Of The World Health Organization, cit., Art. 73: «Texts of proposed amendments to this Constitution shall be communicated by the Director-General to Members at least six months in advance of their consideration by the Health Assembly. Amendments shall come into force for all Members when adopted by a two-thirds vote of the Health Assembly and accepted by two-thirds of the Members in accordance with their respective constitutional processes».

²⁸ G.L. BURCI, *The ILC's Articles Seen from a WHO Perspective*, in M. RAGAZZI (a cura di), *Responsibility of International Organizations. Essay in Honour of Sir Ian Brownlie*, Boston, 2013, p. 187.

²⁹ WHO, *International Health Regulations*, 2005, cit. Art. 56: «1. In the event of a dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of these Regulations, the States Parties concerned shall seek in the first instance to settle the dispute through negotiation or any other peaceful means of their own choice, including good offices, mediation or conciliation. Failure to reach agreement shall not absolve the parties to the dispute from the responsibility of continuing to seek to resolve it. 2. In the event that the dispute is not settled by the means described under paragraph 1 of this Article, the States Parties concerned may agree to refer the dispute to the Director-General, who shall make every effort to settle it. 3. A State Party may at any time declare in writing to the Director-General that it accepts arbitration as compulsory with regard to all disputes concerning the interpretation or application of these Regulations to which it is a party or with regard to a specific dispute in relation to any other State Party accepting the same obligation. The arbitration shall be conducted in accordance with the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States applicable at the time a request for arbitration is made. The States Parties that have agreed to accept arbitration as compulsory shall accept the arbitral award as binding and final. The Director-General shall inform the Health Assembly regarding such action as appropriate. 4. Nothing in these Regulations shall impair the rights of States Parties under any international agreement to which they may be parties to resort to the dispute settlement mechanisms of other intergovernmental organizations or established under any international agreement. 5. In the event of a dispute between WHO and one or more States Parties concerning the interpretation or application of these Regulations, the matter shall be submitted to the Health Assembly».

³⁰ J.E. ALVAREZ, *The impact of international organizations on International Law*, cit., p. 225.

ti. Per esempio, a seguito della crisi derivante dall'epidemia dell'Ebola, infatti, al fine di garantire il rispetto dell'IHR, è stato necessario l'intervento ai sensi del Capitolo VII della Carta ONU, da parte del Consiglio di Sicurezza³¹, il quale, qualificando per la prima volta una malattia infettiva come minaccia alla pace e alla sicurezza, ha insistito sulla necessità di una risposta coordinata all'epidemia e, soprattutto, ha sollecitato gli Stati a dare attuazione alle *Temporary Recommendations* formulate dal Direttore Generale³², seppure palesando la necessità del ricorso a strumenti estranei al sistema normativo delineato dell'OMS.

La mancata presenza di disposizioni sanzionatorie, però, non deve essere confusa con l'assenza di una responsabilità dello Stato autore della violazione. Il mancato rispetto di quanto previsto dalla Costituzione dell'OMS – nonché dai regolamenti emanati ai sensi dell'art. 21 della Costituzione medesima – costituisce pur sempre la violazione di un obbligo internazionale che comporterà la responsabilità dello Stato autore della violazione.

Difatti, il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali³³ – al quale è riconosciuto un carattere ampiamente ricognitivo del diritto internazionale non scritto³⁴ – prevede al suo articolo 1 che ogni atto internazionalmente illecito di uno Stato comporta la sua responsabilità internazionale, specificando, nel successivo art. 2, che si ha un atto internazionalmente illecito quando un comportamento consistente in un'azione o in un'omissione può essere attribuito allo Stato alla stregua del diritto internazionale e costituisce una violazione di un obbligo internazionale dello Stato medesimo. Per di più, tali principi, risultano applicabili per la violazione di qualsiasi norma internazionale³⁵, quale che ne sia la fonte o la natura.

³¹ Consiglio di Sicurezza, Risoluzione n. 2177 del 18 settembre 2014. Sull'argomento Cfr. L. POLI, *La risoluzione n. 2177 (2014) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e la qualificazione dell'epidemia di ebola come minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2015, p. 238. Con tale risoluzione, l'organo delle Nazioni Unite ha formulato alcune richieste agli Stati membri, invitandoli a limitare le restrizioni ai viaggi e alle frontiere, imposte in ragione dell'epidemia (par. 4), e a fornire l'assistenza necessaria inviando personale specializzato e materiale medico (par. 5 e 7), oltre a mettere in atto i protocolli sanitari e a ridurre l'eccessivo allarmismo attraverso una corretta informazione.

³² Risoluzione n. 2177 (2014), cit., par. 9: «Urges Member States to implement relevant Temporary Recommendations issued under the International Health Regulations (2005) regarding the 2014 Ebola Outbreak in West Africa, and lead the organization, coordination and implementation of national preparedness and response activities, including, where and when relevant, in collaboration with international development and humanitarian partners».

³³ Il progetto definitivo di codificazione è stato approvato solo nel 2001, nonostante la Commissione di Diritto Internazionale abbia iniziato i lavori nel 1953. Report of International Law Commission, UN Doc. A/56/10, pp. 29 ss.

³⁴ Nonostante si tratti di un progetto di codificazione che ad oggi non ha raggiunto lo status di Accordo di codificazione, le norme ivi contenute corrispondono grossomodo al diritto internazionale non scritto. Inoltre, sempre più di frequente sia organizzazioni internazionali che collegi arbitrali fanno ad esso riferimento.

³⁵ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., p. 322.

D'altronde, in assenza di sanzioni *ad hoc*, potrebbe prospettarsi, in ogni caso, il ricorso all'autotutela. L'adozione di contromisure³⁶ da parte dell'OMS³⁷, infatti, si rivelerebbe come un buon sucedaneo nell'anzidetta ricerca di uno strumento di pressione nei confronti degli Stati meno virtuosi (*rectius* autori dell'illecito). Tale soluzione troverebbe, poi, un fondamento giuridico sia nella Costituzione dell'Organizzazione – che permette l'adozione di ogni altra misura appropriata e non prevista per perseguire le sue finalità – sia, più forzatamente, nel regolamento al citato art. 43, nella parte in cui gli viene conferito il potere di far riconsiderare le misure statali adottate in modo difforme rispetto a quanto previsto dall'Organizzazione stessa.

3. La guida e il coordinamento dell'OMS durante la crisi sanitaria

Il sistema normativo appena descritto ha avuto occasione di testare la propria efficienza a seguito del propagarsi della nota Covid-19³⁸.

Difatti, in questi ultimi mesi l'attività dell'OMS è stata particolarmente intensa avendo dovuto fronteggiare la funesta crisi epidemiologica da una posizione apicale di guida e coordinamento. Nonostante le critiche giunte – mosse da un'analisi squisitamente scientifica³⁹ – sull'adeguatezza e sulla coerenza delle misure adottate, è stato chiaro quantomeno il suo impegno in termini organizzativi mediante una costante informazione e una frequente emanazione di atti al fine di perseguire l'anzidetta finalità di coordinamento.

Invero, già l'individuazione dell'acronimo Covid-19 è da attribuire all'operato dell'organizzazione: il nome della malattia è stato scelto per evitare imprecisioni e per ridurre al minimo l'impatto negativo sul commercio, sui viaggi, sul turismo o sul benessere degli animali, nonché al fine di evitare discriminazioni di gruppi culturali, sociali, nazionali, regionali, professionali o etnici⁴⁰.

³⁶ Sull'argomento cfr. G. SCALESE, *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, Napoli, 2009.

³⁷ A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'Organizzazione Mondiale della Sanità come conseguenza di violazioni dei Regolamenti sanitari Internazionali in contesti epidemici*, cit., p. 414.

³⁸ Sull'utilizzo del genere femminile <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/il-Covid-19-o-la-Covid-19/2787>.

³⁹ Le critiche hanno riguardato, per esempio l'altalenante valutazione in merito dalla trasmissibilità del virus da uomo a uomo e, in un secondo momento, in merito all'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale. Per quanto riguarda il primo aspetto cfr. i situation report del 14, 19, 21 e 29 gennaio (<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>).

⁴⁰ https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/163636/WHO_HSE_FOS_15.1_eng.pdf?sequence=1.

L'anzidetto impegno, tuttavia, potrebbe risultare vanificato dalla mancata incisività del suo intervento, nonostante, l'organizzazione, godesse degli strumenti normativi funzionali – non solo a condizionare ma anche – a obbligare gli Stati nell'adozione di alcune misure.

L'art. 21 della sua Costituzione, infatti, prevede la possibilità di emanare regolamenti, dotati di efficacia vincolante, su alcune materie, tra le quali rientrano anche le «sanitary and quarantine requirements and other procedures designed to prevent the international spread of disease». L'organizzazione, in altre parole, avrebbe potuto imporre agli Stati l'adozione di misure di quarantena e l'utilizzo di dispositivi di protezione individuale, potendo scongiurare – o quantomeno limitare – la propagazione del virus a livello globale.

Misure di questo contenuto sono state adottate mediante raccomandazioni o *guidances*, dotate tuttavia di un diverso tenore, cioè di un'efficacia non più coercitiva ma meramente esortativa, che se da un lato permettono di valutare le diverse necessità contingenti degli Stati, dall'altro non garantiscono una tutela incisiva che probabilmente le circostanze avrebbero richiesto.

Risalendo alle fasi iniziali della crisi sanitaria, verso la fine del 2019, il meccanismo di gestione condivisa delle emergenze istituito con l'IHR è stato azionato a seguito di alcune dichiarazioni da parte della Commissione sanitaria municipale di Wuhan, nella Repubblica Popolare Cinese, in merito a una presunta polmonite virale⁴¹.

La gestione condivisa impone una serie di responsabilità in capo agli Stati membri⁴² tra cui l'istituzione presso ciascuno di questi, di centri di collegamento tra autorità nazionali e OMS, i *National Focal Point* (NFP)⁴³ e l'obbligo di notifica di tutti gli eventi che possono costituire

⁴¹ <https://promedmail.org/promed-post/?id=6864153%20#COVID19>.

⁴² Il regolamento prevede come principio informatore un coinvolgimento degli Stati più intenso rispetto alle prevalenti formulazioni. Si parla infatti di *shared governance* della salute. D. FIDLER, *From International Sanitary Convention to Global Health Security: The New International Health Regulation*, in *Chinese Journal International Law*, 2005, p. 326.

⁴³ WHO, *International Health Regulations*, cit. Art 4, Responsible authorities: «1. Each State Party shall designate or establish a National IHR Focal Point and the authorities responsible within its respective jurisdiction for the implementation of health measures under these Regulations. 2. National IHR Focal Points shall be accessible at all times for communications with the WHO IHR Contact Points provided for in paragraph 3 of this Article. The functions of National IHR Focal Points shall include: (a) sending to WHO IHR Contact Points, on behalf of the State Party concerned, urgent communications concerning the implementation of these Regulations, in particular under Articles 6 to 12; and (b) disseminating information to, and consolidating input from, relevant sectors of the administration of the State Party concerned, including those responsible for surveillance and reporting, points of entry, public health services, clinics and hospitals and other government departments. 3. WHO shall designate IHR Contact Points, which shall be accessible at all times for communications with National IHR Focal Points. WHO IHR Contact Points shall send urgent communications concerning the implementation of these Regulations, in particular under Articles 6 to 12, to the National IHR Focal Point of the States Parties concerned. WHO IHR Contact Points may be designated by WHO at the headquarters or at the regional level of the Organization. 4. States Parties

un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale nel proprio territorio mediante l'utilizzo, appunto, degli anzidetti National Focal Point, nonché il continuo aggiornamento circa l'evoluzione della situazione sospetta⁴⁴.

Il NFP cinese ha notificato, quindi, all'ufficio regionale dell'OMS del Pacifico occidentale⁴⁵ una descrizione degli eventi che preoccupavano la Commissione sanitaria municipale di Wuhan. In un secondo momento, ha richiesto informazioni più dettagliate al governo cinese per poi condividerle – e arricchirle con le prime valutazioni – sia con organizzazioni partner⁴⁶ che, ai sensi del par. 1 dell'art. 11 dell'IHR⁴⁷ con tutti gli Stati membri.

Stante l'incertezza della situazione, il Direttore Generale dell'OMS, previa consultazione con il governo cinese, ha ritenuto necessario istituire un Comitato di emergenza⁴⁸ al fine di valutare se la malattia avesse costituito o meno un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale⁴⁹.

Il Regolamento stabilisce⁵⁰ che il Comitato deve essere composto da esperti selezionati dal Direttore Generale e che, almeno uno di questi, deve essere nominato dallo Stato Parte nel cui territorio si è verificato l'evento.

shall provide WHO with contact details of their National IHR Focal Point and WHO shall provide States Parties with contact details of WHO IHR Contact Points. These contact details shall be continuously updated and annually confirmed. WHO shall make available to all States Parties the contact details of National IHR Focal Points it receives pursuant to this Article».

⁴⁴ WHO, *International Health Regulations*, cit. Art 6, Notification: «1. Each State Party shall assess events occurring within its territory by using the decision instrument in Annex 2. Each State Party shall notify WHO, by the most efficient means of communication available, by way of the National IHR Focal Point, and within 24 hours of assessment of public health information, of all events which may constitute a public health emergency of international concern within its territory in accordance with the decision instrument, as well as any health measure implemented in response to those events. If the notification received by WHO involves the competency of the International Atomic Energy Agency (IAEA), WHO shall immediately notify the IAEA. 2. Following a notification, a State Party shall continue to communicate to WHO timely, accurate and sufficiently detailed public health information available to it on the notified event, where possible including case definitions, laboratory results, source and type of the risk, number of cases and deaths, conditions affecting the spread of the disease and the health measures employed; and report, when necessary, the difficulties faced and support needed in responding to the potential public health emergency of international concern».

⁴⁵ L'OMS è divisa in 6 regioni Europa (EURO), Americhe (AMRO), Africa (AFRO), Mediterraneo Orientale (EMRO), Pacifico Occidentale (WPRO) e Sud-Est Asiatico (SEARO) al fine di tener conto delle diverse realtà ed esigenze degli Stati Membri; si tratta quindi di un decentramento improntato a criteri di agilità operativa, in quanto le diverse problematiche sono affrontate sulla base delle caratteristiche socio-sanitarie della zona di intervento.

⁴⁶ Per esempio, con il Global Outbreak Alert and Response Network (GOARN), facente parte della rete dell'OMS di composta da circa 250 istituzioni e reti tecniche a livello globale che rispondono a minacce per la salute pubblica con il dispiegamento di personale e risorse nei paesi colpiti.

⁴⁷ L'art. 11 dell'International Health Regulations (2005) stabilisce che la comunicazione debba avvenire «as soon as possible and by the most efficient means available», in modo che gli Stati membri siano in condizione di rispondere alla minaccia per la salute pubblica.

⁴⁸ WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus, 22 gennaio 2020.

⁴⁹ La disciplina per la definizione di una Public Health Emergencies of International Concern (PHEIC) è prevista all'art. 12 dell'International Health Regulations (2005).

Il Direttore Generale ha il compito di determinare, inoltre, la durata della partecipazione, al fine di assicurare la sua continuità in considerazione di un evento specifico e delle sue conseguenze. I membri sono selezionati sulla base della competenza e dell'esperienza richieste per ogni particolare sessione e con debito riguardo ai principi di equa rappresentazione geografica.

Il Comitato di emergenza, nonostante qualche perplessità iniziale (che ha richiesto la fissazione di un ulteriore incontro), in data 30 gennaio ha ritenuto che la situazione potesse integrare uno stato di emergenza.

Sulla base di tali conclusioni il Direttore generale ha dichiarato che «the outbreak of 2019-nCoV constitutes a PHEIC and accepted the Committee's advice and issued this advice as Temporary Recommendations under the IHR»⁵¹.

Contestualmente alla dichiarazione dello stato di emergenza, l'OMS ha emanato delle raccomandazioni temporanee che, sebbene non dotate di efficacia coercitiva, obbligano gli Stati a motivare le ragioni del mancato adeguamento, permettendo all'organizzazione di svolgere la sua funzione di coordinamento e direzione degli Stati membri. Inoltre, stante la loro versatilità, si adattano perfettamente ai contesti epidemici, alla luce dell'auspicabile temporaneità della crisi e delle sue mutevoli esigenze⁵².

Le raccomandazioni emanate, che consistono in un rinvio al contenuto del parere del Comitato di Emergenza, rappresentano la prima misura sostanziale adottata dall'OMS per impedire il diffondersi del virus.

⁵⁰ La disciplina per la nomina e la composizione dell'Emergency Committee (EC) è prevista agli artt. 48 e 49 dell'International Health Regulations (2005).

⁵¹ Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV), 30 gennaio 2020 ([https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))).

⁵² WHO, *International Health Regulations*, cit. Art 15: «Temporary recommendations 1. If it has been determined in accordance with Article 12 that a public health emergency of international concern is occurring, the Director-General shall issue temporary recommendations in accordance with the procedure set out in Article 49. Such temporary recommendations may be modified or extended as appropriate, including after it has been determined that a public health emergency of international concern has ended, at which time other temporary recommendations may be issued as necessary for the purpose of preventing or promptly detecting its recurrence. 2. Temporary recommendations may include health measures to be implemented by the State Party experiencing the public health emergency of international concern, or by other States Parties, regarding persons, baggage, cargo, containers, conveyances, goods and/or postal parcels to prevent or reduce the international spread of disease and avoid unnecessary interference with international traffic. 3. Temporary recommendations may be terminated in accordance with the procedure set out in Article 49 at any time and shall automatically expire three months after their issuance. They may be modified or extended for additional periods of up to three months. Temporary recommendations may not continue beyond the second World Health Assembly after the determination of the public health emergency of international concern to which they relate».

Prima di tutto, si invita l'organizzazione stessa a implementare l'attività svolta in territorio cinese al fine di verificare la fonte del virus e la trasmissibilità uomo a uomo, e utilizzare il proprio network per attuare una strategia globale di comunicazione del rischio e per consentire il progresso della ricerca e degli sviluppi scientifici in relazione a questo nuovo coronavirus. Per quanto riguarda la Repubblica Popolare Cinese, invece, si richiede un'intensificazione della collaborazione con l'OMS e, in generale, un accrescimento delle misure di contenimento del virus e la condivisione dei dati e delle informazioni ottenute.

Infine, l'ultima parte della raccomandazione è indirizzata agli Stati e alla comunità internazionale e consiste, soprattutto, in un avvertimento della concreta possibilità dell'esportazione del virus, con la conseguente necessità di pianificare le misure necessarie ai fini del suo contenimento (come sorveglianza attiva, diagnosi precoce, isolamento, ricerca dei contatti e prevenzione della diffusione). La raccomandazione ricorda che gli Stati membri hanno un obbligo di informazione nei confronti dell'OMS, e stabilisce che, in questa prima fase, non viene raccomandata alcuna limitazione ai viaggi e al commercio. Misure difformi e più severe, ai sensi dell'art. 43 del regolamento, idonee a interferire con i traffici internazionali, devono essere comunicate all'organizzazione corredate dalle ragioni dell'adozione.

Ancorché non necessarie ai fini di un'analisi giuridica delle azioni poste in essere, sembra opportuno evidenziare, alla luce dell'accennato dovere di informazione in capo all'organizzazione, che l'OMS ha costantemente aggiornato, sia con comunicati del Direttore Generale ma anche mediante i canali social, in merito allo stadio dell'epidemia, fornendo altresì utili consigli per minimizzare il suo diffondersi.

Diffusione che però è avvenuta rapidamente e ha comportato la necessità di una pronta risposta degli Stati. A tal riguardo è stato pubblicato dall'OMS lo *Strategic Preparedness and Response Plan* (SPRP)⁵³. Il piano delinea le misure di salute pubblica che la comunità internazionale è pronta a fornire per supportare tutti i paesi nella preparazione e nella risposta della Covid-19, sulla base delle informazioni fin a quel punto ottenute, traducendole in un'azione strategica che può orientare lo sviluppo di piani operativi nazionali e regionali specifici rispetto al contesto.

Il documento, infatti, oltre a ribadire la necessità di una collaborazione internazionale e la priorità di un'intensificazione della ricerca e dello studio di un vaccino o di una cura, non impone

⁵³ WHO, *2019 Novel Coronavirus (2019-nCoV): Strategic Preparedness and Response Plan*, Ginevra, 3 febbraio 2020, p. 1.

specifiche obbligazioni in capo agli Stati – salvo il ripetuto dovere di comunicazione e informazione – ma stabilisce, piuttosto, degli obiettivi che dovrebbero orientare l'azione statale (come per esempio implementare i sistemi di sorveglianza delle malattie respiratorie esistenti, permettere un'identificazione rapida della malattia e il *follow-up* dei contatti quando possibile, sensibilizzare la popolazione e implementare le misure sanitarie per i viaggiatori) e conferma altresì che le misure restrittive alla circolazione e al commercio, alla data di pubblicazione del SPRP, non sono necessarie e pregiudicherebbero drasticamente l'economia.

L'OMS ha sottolineato, quindi, che per ridurre la malattia e i decessi da Covid-19, sia essenziale una pianificazione a breve termine che deve comprendere l'implementazione su larga scala di misure di sanità pubblica⁵⁴.

A tal riguardo ha svolto una funzione importante il Rapporto della missione congiunta OMS-Cina. Per gli Stati che hanno dovuto affrontare i primi significativi casi o focolai è stato raccomandato di attivare immediatamente il più alto livello di allerta dei protocolli nazionali di gestione e risposta delle crisi sanitarie, anche con lo scopo di garantire un approccio globale uniforme necessario per contenere il diffondersi del virus⁵⁵.

L'aggravamento della situazione ha obbligato, qualche mese più tardi, a convocare nuovamente il Comitato di Emergenza, ampliandone ulteriormente la composizione e gli ambiti di intervento. Il Direttore Generale dopo aver confermato che la situazione continua a costituire una PHEIC, ha condiviso il parere del Comitato emanando, sulla base dello stesso, delle nuove raccomandazioni temporanee che, in sintesi, ribadiscono il ruolo di coordinamento dell'OMS e chiedono agli Stati di implementare ulteriormente le misure sanitarie di prevenzione, protezione e controllo⁵⁶.

Nonostante i continui interventi, i livelli allarmanti di virulenza e di mortalità del virus⁵⁷ (che nel frattempo vedeva il continente Europeo come epicentro), hanno portato l'organizzazione a valutare la Covid-19 come una pandemia.

Ciò ha comportato che i governi degli Stati membri, gradualmente, hanno emanato provvedimenti volti a sospendere le attività commerciali non di prima necessità, all'adozione del lavoro a distanza e al divieto di lasciare la propria abitazione salvo che per comprovate ragioni di necessità⁵⁸.

⁵⁴ WHO, *Press Conference of WHO-China Joint Mission on Covid-19*, 24 febbraio 2020.

⁵⁵ *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)*, febbraio 2020.

⁵⁶ WHO, *Statement on the third meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of coronavirus disease (Covid-19)*, Ginevra, 1 maggio, 2020.

⁵⁷ Alla data dell'11 marzo si contavano 118.319 casi, 4620 morti in 114 Stati.

Anche sotto questo profilo l'OMS ha contribuito a una più corretta gestione del lockdown da parte degli Stati, fornendo una guida sulle misure di salute pubblica e sociali da adottare al fine di contenere la malattia⁵⁹.

La conseguente spasmodica apprensione della popolazione a livello mondiale ha poi causato delle serie difficoltà nell'approvvigionamento dei dispositivi di protezione individuale (DPI). L'OMS non solo ha lanciato un appello all'industria e ai governi per aumentare la produzione del 40% al fine di soddisfare la crescente domanda ma ha anche materialmente contribuito a siffatte forniture per i paesi più in difficoltà⁶⁰. È stata pubblicata, infine, una guida sull'uso razionale che fornisce raccomandazioni sul tipo di dispositivi da utilizzare in base allo stato di salute, al contesto e al tipo di attività che si svolge⁶¹.

4. Il supporto della Comunità Internazionale in risposta all'attività dell'OMS

Il Direttore Generale dell'OMS, al fine di facilitare e allineare tutti gli sforzi per consentire un'azione coordinata e coerente della comunità internazionale, ha sollecitato l'attivazione della politica per la gestione delle crisi delle Nazioni Unite⁶². L'anzidetta politica ha consentito all'OMS di concentrarsi esclusivamente sulle questioni sanitarie mentre, gli altri aspetti (sociali, economici e di sviluppo dell'epidemia) sarebbero stati affidati alle altre agenzie dell'ONU che godono indubbiamente di una maggiore esperienza nella gestione.

Le Nazioni Unite, poi, hanno avuto occasione di riconoscere il ruolo guida cruciale svolto dall'Organizzazione mondiale della sanità nel coordinare la risposta globale, il controllo e il contenimento della Covid-19⁶³. Anche la ricerca e lo sviluppo, rientranti tra i compiti dell'OMS ai sensi delle anzidette raccomandazioni temporanee, non sono stati trascurati.

⁵⁸ Per esempio in Italia con il DPCM dell'11 marzo 2020, recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale».

⁵⁹ WHO, *Considerations in adjusting public health and social measures in the context of Covid-19: Interim guidance*, 15 aprile 2020.

⁶⁰ L'OMS ha fornito circa 2 milioni di DPI per 74 Stati.

⁶¹ WHO, *Rational use of personal protective equipment for coronavirus disease (Covid-19): interim guidance*, 27 febbraio 2020.

⁶² WHO, *Director-General's remarks at the media briefing on 2019-nCoV*, 11 febbraio 2020.

⁶³ Risoluzione dell'Assemblea Generale del 20 aprile 2020, International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face Covid-19.

A tal riguardo è stato convocato il *Global Research and Innovation Forum* sul nuovo coronavirus, cui hanno partecipato più di 300 esperti e finanziatori provenienti da 48 paesi, per valutare il livello di conoscenza della malattia e concentrarsi su diversi aspetti che vanno dall'origine del virus e la sua trasmissione, sino alla valutazione di terapie e vaccini candidabili, passando anche su considerazioni etiche per la ricerca⁶⁴.

Il forum è stato convocato anche successivamente, con una partecipazione ancora più ampia, al fine di valutare la risposta della comunità internazionale e, soprattutto, confrontare diverse tipologie di vaccini forniti da diversi sviluppatori⁶⁵. In tema di collaborazione internazionale, il Direttore generale ha poi ottenuto tutto il sostegno da parte degli Stati facenti parte del G20 che si sono impegnati «a fare tutto il necessario per superare la pandemia, insieme all'Organizzazione mondiale della sanità e a implementare i sistemi sanitari a livello globale in piena attuazione del regolamento sanitario internazionale»⁶⁶.

Una svolta, in tema di collaborazione internazionale è avvenuta in occasione della 73^a Assemblea dell'OMS. Sebbene non riguardi un sodalizio con altro partner internazionale, l'elevata partecipazione è stata però emblematica dell'attenzione da parte della Comunità internazionale nonché un'occasione per discutere con la quasi interezza della comunità internazionale delle successive azioni da intraprendere⁶⁷. La risoluzione⁶⁸ – adottata per *consensus* – si colloca in momento di perdurante aumento dei casi⁶⁹ ed è finalizzata ad affrontare all'unisono la crisi ribadendo quanto già il Comitato di Emergenza aveva sottolineato, cioè intensificare gli sforzi per controllare e contenere la pandemia ma aggiungendo la necessità di un accesso e una distribuzione equa a tutte le tecnologie e i prodotti sanitari essenziali per combattere il virus.

TOMMASO ALESSIO SALEMME
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

⁶⁴ WHO, *World experts and funders set priorities for Covid-19 research*, Ginevra 12 febbraio 2020 (<https://www.who.int/news-room/detail/12-02-2020-world-experts-and-funders-set-priorities-for-Covid-19-research>).

⁶⁵ WHO, *Global scientific community unites to track progress on Covid-19 R&D, identifies new research priorities and critical gaps*, 2 luglio 2020.

⁶⁶ WHO, *Director-General calls on G20 to Fight, Unite, and Ignite against Covid-19*, 26 marzo 2020.

⁶⁷ L'Assemblea ha visto la partecipazione di 130 Paesi e di 14 Capi di Stato. WHO Historic health assembly ends with global commitment to Covid-19 response, 19 maggio 2020, Ginevra.

⁶⁸ WHA n. 73.1 del 19 maggio 2020.

⁶⁹ Alla data del 1° agosto 2020 in nuovi casi giornalieri hanno raggiunto i 289.321, tra i numeri più elevati nel corso dell'emergenza.

IL DESTINO DELLA CLAUSOLA *REBUS SIC STANTIBUS*
QUALE CAUSA D'INEFFICACIA DEI TRATTATI TRA SITUAZIONI EMERGENZIALI
E INTEPRETAZIONI EVOLUTIVE

1. Premessa - 2. Il mutamento delle circostanze esistenti al momento della conclusione dell'accordo, ai sensi dell'art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: effetti, *ratio* e figure affini - 3. Le condizioni di operatività della norma - 4. I suoi presupposti negativi - 5. La rilevazione di un corrispondente principio di *ius non scriptum* nella prospettiva della ricostruzione di un ancillare "obbligo di rinegoziazione" dell'accordo: *de lege lata* o *de lege ferenda*?

1. Premessa

Il rapido diffondersi del virus "SARS-COV-2" su scala planetaria ha causato il radicarsi di un preoccupante stato di pandemia¹ che a tutt'oggi affligge la maggior parte delle Nazioni, determinando uno scenario generale di estrema gravità sotto molteplici profili.

Sono apparsi da subito evidenti i perniciosi effetti per la salute umana che il propagarsi di questa malattia avrebbe prodotto, a fronte dell'elevatissimo numero di contagi e decessi registratisi a livello mondiale², senza che peraltro la comunità medico-scientifica sia stata, sino ad ora, in grado di mettere a punto un protocollo curativo universalmente condiviso. Se per contro appare imminente la messa in commercio di adeguati vaccini, grazie allo sforzo profuso da vari centri di ricerca, i tempi per una loro capillare diffusione restano incerti e non risulta chiaro quando si perverrà a un'effettiva immunizzazione di massa delle popolazioni che possa realmente porre fine a questa tragedia sanitaria³. Cosicché ancora per lungo tempo medici e ospedali dovranno confrontarsi con quello che è stato definito senza mezzi termini un "mostro"⁴ da combattere.

Nelle more, l'unico strumento nelle mani dei Governi, suscettibile di arginare le nefaste conseguenze connesse alla propagazione del virus, è consistito nell'adozione di provvedimenti di distanziamento sociale, volti a limitare al massimo le occasioni di contatto tra gli individui, in

¹ Lo stato di pandemia collegato al propagarsi del Covid-19 è stato dichiarato per la prima volta dal Direttore generale dell'OMS, nella sua conferenza stampa dell'11 marzo 2020.

² I numeri restano, purtroppo, in continua crescita; ad oggi di contano quasi 80 mln di contagi, a fronte di oltre 1,5 mln di decessi (<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>).

³ Cfr. O. THIBAUT, *Covid-19: le point sur la course aux vaccins dans le monde* (<https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/chimie-pharmacie/covid-19-le-point-sur-la-course-aux-vaccins-dans-le-monde847628.html>).

⁴ Così si è espresso Ranieri Guerra, Direttore aggiunto dell'OMS, in <https://www.ilgiornale.it/news/cronache/guerra-covid-mostro-aggressivo-e-si-diffonde-velocit-1859100.html>.

ossequio peraltro alle numerose indicazioni in tal senso fornite dall'Organizzazione mondiale della sanità⁵. Cosicché, sia pure con modalità e tempistiche differenti, gli Stati hanno proceduto all'attuazione di misure di chiusura delle frontiere, di limitazione della libertà di circolazione sul proprio territorio, di sospensione dell'esercizio di attività imprenditoriali, commerciali e socio-culturali, arrivando persino a disporre il blocco di interi cicli produttivi ritenuti di non essenziale interesse⁶.

Il tutto ha comportato una considerevole battuta di arresto dell'economia mondiale, immancabilmente destinata a riverberarsi negativamente sui bilanci degli Stati, intanto costretti ad intervenire con onerosissime manovre finanziarie a sostegno delle proprie collettività, seguite immancabilmente da funeste previsioni di consistente decrescita dei rispettivi PIL⁷.

L'emergenza sanitaria sta traducendosi, dunque, in una preoccupante crisi finanziaria, i cui effetti macroeconomici appaiono destinati a spiegarsi sul lungo periodo e su vasta scala. Prevedere con esattezza la reale portata dei danni che da essa discenderanno già in un prossimo futuro è praticamente impossibile.

A questo punto non sarebbe un'ipotesi peregrina l'immaginare che questo profondo stato di crisi possa arrivare a scuotere gli equilibri di fondo della Comunità internazionale (qui di seguito: la "CI")⁸. L'esperienza insegna come, proprio in simili situazioni, gli Stati possano essere tentati dal mettere in discussione il quadro normativo internazionale vigente. Verosimilmente, i Governi maggiormente costretti dal bisogno si adopereranno in vista del superamento di quei precetti ritenuti lesivi dei propri interessi essenziali, mentre quelli più smaliziati intravedranno, dal canto loro, l'occasione per sbarazzarsi di regole e principi ritenuti scomodi.

⁵ Cfr. ad esempio, la guida provvisoria adottata dall'OMS, il 16 aprile 2020, *Considerations in adjusting public health and social measures in the context of Covid-19*.

⁶ Con riguardo alla situazione radicata in Italia, emblematico deve ritenersi il DPCM, dell'11 marzo 2020, su «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale», in GU, Serie Generale, n. 64, dell'11.03.2020.

⁷ Basti pensare che la Banca Centrale europea, nel suo Bollettino economico n. 3-2020, del 14 maggio 2020, ha stimato per l'area-euro una possibile contrazione del PIL tra il 5% e il 12%, con riferimento all'anno in corso. A ciò si aggiungano le funeste previsioni sui flussi di investimento diretto estero (IDE) prospettati dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, OCSE, *Foreign Direct Flows in the Time of Covid-19*, 4 maggio 2020 (<http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/foreign-direct-investment-flows-in-the-time-of-covid-19-a2fa20c4/>).

⁸ Non è neppure da escludere che, da un punto di vista strategico-militare, la pandemia di Covid-19 «renderà il mondo più instabile e più insicuro»; così, M. NONES, V. CAMPORINI, A. MARRONE, S. SILVESTRI, *L'Europa della difesa non sia vittima del grande lockdown* (<https://www.affarinternazionali.it/2020/04/covid-19-leuropa-della-difesa-non-sia-vittima-del-grande-lockdown/>).

Potrebbe, allora, porsi uno spinoso problema di stabilità delle relazioni internazionali, connesso a rivendicazioni di ricambio normativo. È ovvio che simili “spinte revisionistiche”, per incontrare successo, dovranno sempre aver luogo nel rispetto delle rilevanti regole poste dall'ordinamento.

Per quanto concerne il diritto consuetudinario, sarà solo il conforto della *communis opinio* internazionale ad aprire la strada a qualunque ipotesi di modifica normativa che risulterebbe così filtrata dalla “autorità” del corpo sociale, garantendosi, in linea di massima, soluzioni obbiettivamente condivise dalla CI⁹.

Ben più delicato, invece, si presenta il discorso con riguardo al diritto pattizio, ovverosia rispetto a rapporti che naturalmente impegnano *vis à vis* gli Stati contraenti¹⁰. Difatti, l'assenza di un sistema centralizzato di accertamento del diritto, diretta conseguenza del carattere anorganico della CI, rischia di alimentare abusi da parte di quei Governi indotti dal denunciare un trattato per mero opportunismo, nel dispregio degli inerenti impegni assunti. Non deve, allora, meravigliare come il diritto internazionale limiti fortemente le pretese degli Stati di svincolarsi dall'osservanza degli obblighi pattizi in presenza di una sfavorevole situazione congiunturale, considerato il ruolo principe rivestito dai trattati nel relativo sistema delle fonti¹¹ e, dunque, la “sacralità” ivi rivestita dal principio *pacta sunt servanda*¹².

2. Il mutamento delle circostanze esistenti al momento della conclusione dell'accordo, ai sensi dell'art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: effetti, *ratio* e figure affini

La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 1969 (qui di seguito: la “CVT”), prevede la possibilità che gli Stati invocino un mutamento delle circostanze esistenti al momento

⁹ Cfr. *ex multis* M. AKEHURST, *Custom as a Source of International Law*, in *BYIL*, 1976, pp. 1 ss.; G. ARANGIO RUIZ, *Consuetudine (consuetudine internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VIII, 1988.

¹⁰ Sull'intricata questione del rapporto tra mutamenti della situazione politica, superamento di regole strutturali dell'ordinamento e permanenza in vigore dei trattati, cfr. gli acuti rilievi di L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, Padova, 1983, pp. 321 ss.

¹¹ Non a caso, l'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, nell'elencare le fonti che il giudice internazionale è tenuto ad applicare per la risoluzione delle controversie sottoposte alla sua cognizione, richiama alla lett. a), prima di ogni altra, le convenzioni internazionali, generali o speciali che siano. È appena il caso di rammentare come i trattati rappresentino, dal punto di vista quantitativo, la preponderante fonte normativa internazionale di tipo precettivo.

¹² Il principio risulta solennemente sancito dall'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 1969; vedi *infra*, nota 76.

della conclusione dell'accordo quale causa d'inefficacia dello stesso (cd. clausola *rebus sic stantibus*).

A norma dell'art. 62 CVT¹³, infatti: «1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless: a) The existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and b) The effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty. 2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty: a) If the treaty establishes a boundary; or b) If the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty. 3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty»¹⁴.

Viene, in tal modo, codificata la regola *omnis conventio intellegitur rebus sic stantibus*¹⁵ tesa a salvaguardare l'equilibrio delle posizioni assunte delle parti in forza di un trattato, ogni qual volta il rapporto tra le prestazioni originariamente stabilito risulti, in seguito, alterato in modo sostanziale.

La disposizione in parola si presenta come una specificazione del fondamentale principio di logica giuridica *ad impossibilia nemo tenetur*, da intendersi qui nella sua accezione d'impossibilità "relativa". Ciò comporta che, per quanto l'adempimento delle prestazioni rimanga materialmente possibile, il pretenderne l'esecuzione si tradurrebbe in un abnorme sacrificio, eccessivamente oneroso per il soggetto obbligato (*summum ius, summa injuria*), con la conseguenza che l'accordo potrà essere dichiarato non più operativo.

¹³ Questa disposizione, intitolata *Fundamental Change of Circumstances*, è collocata nella Sez. II della Parte V della convenzione, dedicata all'estinzione dei trattati e sospensione della loro applicazione.

¹⁴ Definiscono questa disposizione «one of the most controversial provisions of the Convention». M. SHAW, C. FOURNET, *1969 Vienna Convention, Article 62*, in O. CORTEN, P. KLEIN (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, vol. II, Oxford, 2011, p. 1412. Sostanzialmente d'identico tenore risulta essere l'art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati conclusi da Organizzazioni internazionali, del 1986. Va, poi, rammentato l'autorevole antecedente storico dell'attuale art. 62 rappresentato dall'art. 28 del progetto sul diritto dei trattati, elaborato dall'Harvard Law School, in *AJIL*, 1935 (Suppl.), pp. 1119-1120.

¹⁵ Cfr. A. NGYUEN QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, 2009, p. 345.

Da questo punto di vista, l'art. 62 presenta delle evidenti analogie con gli artt. 61 e 63 della medesima convenzione, che rispettivamente contemplano, quali ulteriori cause d'inefficacia del trattato, la perdita di un oggetto imprescindibilmente richiesto ai fini della sua esecuzione¹⁶, nonché la rottura delle relazioni diplomatiche e consolari indispensabili all'applicazione dell'accordo¹⁷. Entrambe le appena richiamate disposizioni, infatti, descrivono delle fattispecie riconducibili nel novero dell'impossibilità sopravvenuta, sebbene questa volta concepita in forma "assoluta".

È poi il caso di osservare come, simmetricamente, il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (qui di seguito: il "Progetto"), approvato in forma definitiva dalla Commissione di diritto internazionale (qui di seguito: la "CDI"), nel 2001¹⁸, contempli delle cause di giustificazione della condotta del pari improntate sulla logica *ad impossibilia nemo tenetur*. Più precisamente, vengono al riguardo in rilievo la scusante della *forza maggiore* (art. 23)¹⁹ che descrive un'ipotesi d'impossibilità "assoluta" e quelle del *distress* (art. 24)²⁰ e della *necessità* (art. 25)²¹, a loro volta configuranti dei casi di impossibilità "relativa".

¹⁶ Ai sensi dell'art. 61: «1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty. 2. Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty».

¹⁷ In forza dell'art. 63: «The severance of diplomatic or consular relations between parties to a treaty does not affect the legal relations established between them by the treaty except in so far as the existence of diplomatic or consular relations is indispensable for the application of the treaty».

¹⁸ Vedi *Report of the International Law Commission, 53th Session, Doc. A/56/10, General Assembly, Official Records, 56th Session, Suppl. n. 10, pp. 29 ss.*

¹⁹ Ai sensi di questa disposizione: «1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to *force majeure*, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation. 2. Paragraph 1 does not apply if: a) the situation of *force majeure* is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or b) the State has assumed the risk of that situation occurring».

²⁰ La richiamata norma stabilisce: «1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted to the author's care. 2. Paragraph 1 does not apply if: a) the situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or b) the act in question is likely to create a comparable or greater peril».

²¹ Il testo della previsione in parola è il seguente: «1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole. 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding

Risulterebbe, però, un grossolano errore il pretendere di stabilire una perfetta corrispondenza tra queste esimenti e le cause d'inefficacia dell'accordo di cui al combinato disposto degli artt. 61-63 CVT, nonostante parte della dottrina sembrerebbe incedere in una simile confusione. Limitando il discorso alla clausola *rebus sic stantibus*, oggetto del presente lavoro, basti pensare a quegli Autori che non esitano a individuarne il fondamento giuridico direttamente nella necessità, stabilendo un'immediata relazione tra questi due istituti²².

Una simile impostazione va decisamente respinta, trattandosi di fattispecie che, per quanto accomunate da un medesimo nesso d'identità razionale, appaiono destinate a operare su piani del tutto differenti²³. Mentre, infatti, il concretizzarsi della clausola *rebus sic stantibus*, al pari di qualunque ulteriore causa di inefficacia del trattato, incide sulla permanenza in vigore dell'obbligo pattizio, la *necessità* non diversamente dalle altre cause di giustificazione appena richiamate, impedisce il solo sorgere della responsabilità che dalla violazione di quell'obbligo discenderebbe²⁴, paralizzando così il prodursi degli ancillari e conseguenti doveri di riparazione²⁵.

wrongfulness if: a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or b) the State has contributed to the situation of necessity».

²² Cfr. B. SCHMIDT, *Über die völkerrechtliche clausola rebus sic stantibus*, Leipzig, 1907, pp. 152 ss.; E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausola rebus sic stantibus*, 1911, Aalen, 1964, pp. 178 ss.; H. SCHLOCHAUER, *Zum Thema "Vertragstreue und Vertragsrevision"*, in *Zeitschrift für Völkerrechts*, n. 16/1931, p. 827 ss.; K. STRUPP, *Grundzüge des Völkerrechts*, Bonn, 1932, pp. 180 ss.; G. SCALFATI FUSCO, *La clausola rebus sic stantibus nel Diritto Internazionale*, Napoli, 1936, pp. 37 ss.

²³ Cfr. A. POCH DE CAVIEDES, *De la clause rebus sic stantibus à la clause de revision dans les conventions internationales*, in *RC*, n. II, 1960, p. 140.

²⁴ Non è questa la soluzione accolta dalla CDI la quale, invece, ritiene che il tipico effetto ricollegabile al concretizzarsi di ogni causa di giustificazione ex Cap. V della Parte I del Progetto, intitolato *Circumstances precluding wrongfulness*, consisterebbe nel trasformare in lecito il contegno tenuto in violazione di una *norma agendi*. In presenza di simili circostanze, il fatto commesso dallo Stato verrebbe privato del suo carattere anti-giuridico, sicché, venendo a mancare l'elemento oggettivo dell'illecito, la sua azione od omissione risulterebbe non più sanzionabile, cfr. *Report of the International Law Commission, 53th Session*, cit., p. 169, par. 1. A ben guardare, una simile conclusione è prospettabile solo con riguardo alle esimenti del *consenso* (art. 20), della *legittima difesa* (art. 21) e delle *contromisure* (art. 22), che si risolvono nell'esercizio di un vero e proprio diritto (*feci, sed iure feci*). Diverso discorso vale invece per tutte le restanti altre, inerenti a *forza maggiore*, *distress* e *necessità*, laddove, a differenza delle prime, il comportamento dello Stato preso in considerazione dalle rispettive norme appare giustificato non in quanto manifestazione di un *diritto*, ma piuttosto per l'*inesegibilità* di una differente condotta rispetto a quella concretamente tenuta, caratterizzata dall'essersi svolta in una situazione d'*impossibilità sopravvenuta* (assoluta o relativa che sia). In questi casi, sembrerebbe più opportuno parlare di cause di esclusione della responsabilità – o, per meglio dire, di *scusanti* – piuttosto che di cause di esclusione dell'illecito. Questa preferibile impostazione teorica comporta che la condotta dello Stato, pur mantenendo in pieno un carattere anti-giuridico, risulterebbe semplicemente non più punibile secondo il comune regime di responsabilità; qui il fatto compiuto non perde il carattere dell'illecito, il disvalore sociale dell'azione resta, ma si limitano le conseguenze negative da essa normalmente derivanti per il suo autore, sulla base di evidenti considerazioni di opportunità e in forza non di un diritto, ma di un più tenue *interesse* solidaristico. La soluzione accolta è condivisa dalla più attenta dottrina: cfr. F. GALIANI, *Dei doveri dei principi neutrali verso i principi guerreggianti e di questi verso i neutrali*, Bologna, 1782, pp. 74 ss.; E. VON ULMANN, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, Torino, 1914, p. 728; G. SPERDUTI, *Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale*, in *RDI*, n. 16/1948, pp. 19-22; V. LOWE, *Precluding*

Per meglio rendersi conto dei delineati effetti, occorre rammentare come debba ritenersi ormai prevalente, alla luce delle scelte di fondo operate dalla CDI, la ricostruzione della teoria dell'illecito fondata sulla c.d. doppia norma: quella *primaria*, che stabilisce l'obbligo la cui violazione comporta l'illiceità della condotta ad esso contraria; quella *secondaria*, che fissa il sorgere di una responsabilità a carico dell'autore dell'infrazione²⁶.

Ben si comprende allora come, l'applicazione dell'art. 62 CVT sia destinata a paralizzare l'operatività della norma primaria (pattizia), laddove quella dell'art. 25 del Progetto incide negativamente sul solo funzionamento dalla norma secondaria, al di fuori di ogni relativa responsabilità (da inadempimento).

Tale conclusione, che permette di collocare agli antipodi della *summa divisio* "norma primaria-norma secondaria" gli istituti della clausola *rebus sic stantibus* e della necessità, risulta del resto avvalorata dal disposto dell'art. 73 CVT, per la parte in cui stabilisce che le disposizioni codificate a Vienna non pregiudicano alcuna questione che potrebbe porsi a proposito di un trattato, in ragione della responsabilità degli Stati contraenti²⁷.

Per di più, va rammentato come la proposta avanzata nel corso dei lavori preparatori della convenzione dal Relatore speciale Fitzmaurice d'inserire nel testo della convenzione una disposizione sulla necessità quale causa giustificatrice dell'inadempimento dei trattati non fu accolta²⁸. Il che indirettamente avvalorava una chiara *voluntas legis* volta alla neutralizzazione di ogni possibile interferenza operativa tra la clausola *rebus sic stantibus* e il principio della necessità.

Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses, in *EJIL*, n. 10/1999, pp. 406 ss.; I. JOHNSTONE, *The Plea of 'Necessity' in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-terrorism*, in *CJTL*, n. 43/2005, pp. 349 ss.; P.M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, 2006, p. 478.

²⁵ Alla riparazione sono dedicati gli artt. 31 e 34 e ss. del Progetto. Va però rammentato che, in forza del precedente art. 27, lett. *b*), lo Stato che si avvale di una qualunque delle esimenti di cui al Cap. V, della Parte I del Progetto dovrà comunque provvedere a indennizzare i soggetti contro cui è stata consumata l'azione giustificata.

²⁶ Vedi *Report of the International Law Commission, 53th Session*, cit., pp. 59-60, par. 2-3. In dottrina, si schierano in favore della teoria della doppia norma, dunque raffigurando illecito e responsabilità come entità logiche distinte, illustri Autori quali: A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1960, p. 353; P. REUTER, *Principes de droit international public*, in *RC*, vol. 103/1961, II, pp. 595 ss.; F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, München-Berlin, 1960, III, p. 2. Contrastano autorevolmente questa impostazione: H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Wien, 1925, pp. 47 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, pp. 585-586, il quale sostiene che ogni norma giuridica debba necessariamente contenere, oltre il *precetto*, pure la *sanzione*, legati tra loro da un indissolubile nesso di reciproca presupposizione.

²⁷ Ai sensi di questa disposizione, «the provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from a succession of States or from the international responsibility of a State or from the outbreak of hostilities between States».

²⁸ Cfr. l'art. 21, presentato in occasione del suo IV Rapporto, in *YILC*, 1959, II, pp. 45 ss.

La concretizzazione della fattispecie *ex art. 62 CVT* incide, pertanto, sulla prosecuzione del rapporto obbligatorio stabilito dalle parti, determinando l'inefficacia definitiva o temporanea del trattato²⁹. Questo tipico effetto estintivo o sospensivo non si manifesta *ipso iure*, bensì subordinatamente a una valutazione di opportunità riconosciuta allo Stato titolare del potere conferito dalla norma.

Pure l'ipotesi della *sospensione* del trattato risulta poi "facoltativa" rispetto a quella della sua estinzione, in quanto anch'essa rimessa a una valutazione discrezionale dello Stato svantaggiato dal mutamento delle circostanze, che, in presenza dei presupposti applicativi della clausola *rebus sic stantibus*, potrà optare per l'una o l'altra soluzione, come è dato evincere dal par. 3 dell'art. 62. Tale ultima disposizione, originariamente non prevista dalla CDI, venne aggiunta nel corso della Conferenza di Vienna³⁰ all'evidente scopo di rafforzare il sistema della sospensione, estendendolo pure al mutamento delle circostanze.

Al riguardo, merita di essere evidenziato, in sintonia con la migliore dottrina, come l'istituto della *sospensione* presenti un'encomiabile utilità, in quanto «strumento capace di ridurre sensibilmente il rischio di controversie»³¹ aventi ad oggetto la permanenza in vigore del trattato. Difatti, l'impiego della sospensione quale meccanismo d'inefficacia transitoria – piuttosto che quello dell'estinzione – favorirà verosimilmente il negoziato tra le parti, in vista del raggiungimento di una soluzione transattiva della controversia originata dalla denuncia di un accordo³². Un simile risultato, rapportato alla clausola *rebus sic stantibus*, risulta tanto più apprezzabile laddove inspiegabilmente l'art. 62 non contempla alcuna ipotesi di rivedibilità del trattato, che, invece, avrebbe agevolato il ricorso alla relativa disciplina, facilitando il superamento delle pretese delle parti in ordine alla cessazione del vincolo pattizio³³. L'esplicita previsione di un dovere degli Stati di rinegoziare il trattato avrebbe trasformato, invero, la clausola *rebus sic stantibus* in un più efficace rimedio di stabilizzazione dell'equilibrio contrattuale, finalizzato a prevenire il radicarsi di controversie internazionali in materia.

²⁹ È ovvio che, nel quadro di un trattato multilaterale, se il mutamento delle circostanze dovesse coinvolgere esclusivamente la posizione di alcuni contraenti, il suo effetto riguarderà solo l'eventuale recesso degli stessi dall'accordo, senza comportare la complessiva inefficacia di questo; cfr. M. SHAW, C. FOURNET, 1969 *Vienna Convention, Article 62*, in O. CORTEN, P. KLEIN (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, vol. II, cit., p. 1432.

³⁰ L'art. 62, par. 3, è il frutto dell'accoglimento di una proposta avanzata dalle delegazioni canadese e finlandese; cfr. sul punto T. TREVES, *Diritto internazionale-Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 432.

³¹ L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., p. 297.

³² Ma vedi quanto si dirà *infra*, par. 5.

³³ Cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., pp. 295-297.

Qualora, infine, il mutamento di circostanze dovesse riguardare solo talune clausole, si potrebbe arrivare a prospettare un'inefficacia parziale dell'accordo (limitatamente alle pattuizioni concretamente colpite), purché ricorrano le stringenti condizioni applicative dell'art. 44 CVT. Questa disposizione, che codifica la regola *utile per inutile non vitiatur*, dopo aver stabilito in termini generali che le cause d'inefficacia o d'invalidità, salvo diversa previsione delle parti, possono essere invocate soltanto con riguardo al trattato nel suo complesso, detta tre condizioni cumulative perché si produca un loro effetto parziale³⁴.

Nello specifico, si richiede che: la clausola “colpita” risulti *separabile* dal resto del trattato per quanto concerne la sua esecuzione (par. 3, lett. a); la sua accettazione non abbia costituito per le altre parti una base essenziale del loro consenso a vincolarsi al trattato nel suo complesso (par. 3, lett. b); non appaia comunque ingiusto continuare ad applicare ciò che resta dell'accordo (par. 3, lett. c).

La presenza del secondo requisito di cui alla lett. b) sembrerebbe, a questo punto, impedire l'estensione del descritto regime della separabilità alla clausola *rebus sic stantibus*, considerato come solo un mutamento di quelle circostanze che avevano costituito la base essenziale del consenso rilevi ai sensi dell'art. 62³⁵. È innegabile che la concretizzazione della clausola *rebus sic stantibus*, scaturendo da un'alterazione della situazione che di fatto aveva rappresentato «an essential basis of the consent of the parties», normalmente non potrà che involgere l'intero trattato, proprio come previsto dall'art. 44, par. 3, lett. b).

L'unica ipotesi che permette di superare questo ostacolo normativo è quella in cui l'accordo contenga, in realtà, una pluralità di pattuizioni strutturalmente autonome e non collegate tra loro,

³⁴ Si considerino, in particolare, i relativi par. 1-3, che stabiliscono: «1. A right of a party, provided for in a treaty or arising under article 56, to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree. 2. A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 60. 3. If the ground relates solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where: a) The said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application; b) It appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole; and c) Continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust».

³⁵ Non è mancato chi, come A. HECHE, *Les conditions d'application de la clausola rebus sic stantibus*, in *RBDI*, vol. 1, 2014, pp. 335-336, nel tentativo di armonizzare il combinato disposto degli artt. 44 e 62, sia arrivato addirittura a ipotizzare la natura speciale della prima disposizione, che le consentirebbe di derogare alla seconda, pretendendo di giustificare, per tal via, l'applicazione del regime della “separabilità”, in presenza di un mutamento fondamentale delle circostanze che inerisca solo a determinate clausole del trattato. Questa soluzione è semplicemente inaccettabile, considerato come l'art. 44 rientri, piuttosto, tra le disposizioni generali dettate dalla convenzione, in materia d'invalidità e inefficacia degli accordi, rendendo ardua una sua ipotetica ricostruzione quale *lex specialis*.

senza che possa prospettarsi alcun sinallagma (genetico o funzionale) tra le stesse. In una simile evenienza, il solo legame che accomuna le clausole di tali distinte pattuizioni viene a essere costituito dall'unicità documentale del trattato che le contiene, con la conseguenza che le sorti delle une non potranno mai riverberarsi su quelle delle altre. Coticché, nel pieno rispetto del regime imposto dall'art. 44, il verificarsi di un mutamento delle circostanze potrebbe inficiare solo talune parti dell'accordo (quelle accomunate dallo stesso oggetto e scopo), nella misura in cui queste risultassero del tutto separabili dal resto del trattato, nel senso appena descritto.

3. Le condizioni di operatività della norma

La clausola *rebus sic stantibus* si presenta, alla luce delle suesposte considerazioni, come un istituto dotato di una propria autonomia dommatica, che trova, peraltro, un parallelo riscontro nei principali ordinamenti giuridici interni³⁶: basti pensare alla teoria anglosassone della *frustration of contract*³⁷, a quella francese della *imprévision*³⁸ o, ancora, all'istituto italiano della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità³⁹.

Al contempo, per quanto la dottrina non abbia quasi mai esitato nell'attribuire cittadinanza in diritto internazionale alla clausola *rebus sic stantibus*⁴⁰, dedicando peraltro al tema un accurato approfondimento concettuale⁴¹, la codificazione di Vienna segue in merito un approccio

³⁶ A ben guardare, la problematica del mutamento delle circostanze quale causa d'inefficacia dell'accordo, che affonda le sue radici nel diritto romano, cfr. H.F. KOECK, *The 'Changed Circumstances' Clause After the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968-69)*, in *GA.J.Int.'L and Comp. Law*, vol. 4, 1974, pp. 93-94; R.C.H. LESAFFER, *The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law*, in *Journal of the History of International Law*, 2000, p. 191, che richiama la filosofia morale di Seneca; *contra* T. GALLETTO, *Clausola Rebus Sic Stantibus*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Digesto civile*, vol. II, Torino, 1988, p. 4; incontra in foro domestico una varietà di soluzioni non perfettamente comparabili; cfr. F. VAGTS, *Rebus Revisited: Chanced Circumstances in Treaty Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 27/2005, pp. 459 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. VII, Torino, 1991. Sull'evoluzione storica dell'istituto negli ordinamenti interni, cfr. G. OSTI, *La c.d. Clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 16, 1912, pp. 1 ss.

³⁷ Cfr. H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge, 1946, p. 68; F. VAGTS, *Rebus Revisited: Chanced Circumstances in Treaty Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, cit., pp. 460-463.

³⁸ Cfr. J. CARBONNIER, *Droit Civil*, Paris, 1969, pp. 217 ss.

³⁹ Cfr. G. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952. Nel nostro ordinamento vengono in rilievo gli artt. 1467-1469 cod. civ.

⁴⁰ Tra i pochi Autori che negano ogni effetto al mutamento di circostanze, cfr. H. KELSEN, *Théorie du droit international public*, in *RC*, vol. 3, 1953, pp. 163 ss. e G. OTTOLENGHI, *Corso di diritto internazionale pubblico*, Torino, 1956, p. 10.

⁴¹ Numerosissime sono le opere in argomento e non c'è trattazione manualistica di diritto internazionale che non contenga un'apprezzabile analisi della problematica.

assolutamente restrittivo, allo scopo di limitare al massimo la messa in discussione della stabilità delle relazioni pattizie⁴².

Non sorprende, allora, come l'art. 62 adotti una formulazione al negativo, a testimonianza dell'evidente carattere eccezionale della previsione impresso dai suoi Autori⁴³. Particolarmente severe risultano essere, poi, le condizioni di operatività della norma, come si evince dall'analisi degli elementi costitutivi della correlativa fattispecie.

Innanzitutto, l'art. 62, par. 1, esige un successivo mutamento delle circostanze presenti all'atto del perfezionamento del trattato e che avevano costituito la base essenziale del consenso⁴⁴, il quale, senza essere stato previsto dalle parti, abbia finito con l'alterare radicalmente la portata degli obblighi ancora da eseguire.

Al riguardo, come confermato dalla giurisprudenza internazionale, assumono rilevanza tanto le circostanze di *fatto*⁴⁵ quanto quelle di *diritto*⁴⁶, ma in quest'ultimo caso non senza talune doverose precisazioni. In particolare, appare logico ritenere che gli unici mutamenti della situazione di diritto idonei a catalizzare l'applicazione dell'art. 62 siano quelli – consuetudinari o pattizi⁴⁷ – che coinvolgono contestualmente la sfera giuridica di tutte le parti del trattato, i soli

⁴² Cfr. per tutti F. VAGTS, *Rebus Revisited: Chanced Circumstances in Treaty Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, cit., p. 457. Vedi inoltre *infra*, par. 5.

⁴³ Nonostante risulti concepito in termini eccezionali, l'art. 62 si presenta suscettibile di essere riferito a ogni tipo di accordo, a esclusione dei soli trattati che stabiliscono confini, espressamente esclusi dalla relativa sfera operativa, in forza del par. 2, lett. *b*), della stessa disposizione (vedi *infra*, par. 4). È interessante, poi, osservare come la dottrina generalmente consideri altresì applicabile il meccanismo della clausola *rebus sic stantibus* pure con riguardo ai meri accordi non-vincolanti o *gentlemen's agreement*; sul punto, cfr. R.R. BAXTER, *International Law in "Her Infinite Variety"*, in *ICLQ*, vol. 29, n. 4, 1980, pp. 564-566.

⁴⁴ Cfr. M. SHAW, C. FOURNET, *1969 Vienna Convention, Article 62*, in O. CORTEN, P. KLEIN (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, vol. II, cit., pp. 1424-1425.

⁴⁵ Le situazioni fattuali che vengono qui in rilievo possono essere le più varie. Deve però escludersi rilevanza a qualsiasi modifica che riguardi la compagine governativa dello Stato, come ed esempio in tutte le ipotesi di successione tra Stati o di un passaggio da un sistema fondato sulla libera iniziativa di mercato a un regime socialista. Il punto, ben chiarito dal Relatore speciale Fitzmaurice nel suo II Rapporto, in *YILC*, 1957, vol. II, p. 23, risulta all'atto pratico confermato dalla CIG nella sentenza del 25 settembre 1997 sul caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, in *ICJ Reports*, 1997, p. 17, par. 14, con la quale la Slovacchia è stata ritenuta parte dell'accordo precedentemente concluso dalla (smembrata) Repubblica socialista cecoslovacca con l'Ungheria, il 16 settembre 1977 (vedi *infra*, par. 5).

⁴⁶ Che anche mutamenti dovuti a uno *ius superveniens* possano giustificare l'applicazione dell'art. 62 è confermato dalla giurisprudenza internazionale; cfr. le sentenze della CIG, del 2 febbraio 1973, sui casi delle *Pescherie islandesi* (competenza), in *ICJ Reports*, 1973, pp. 17 e 61, par. 32. Il punto è condiviso in dottrina: cfr. T. TREVES, *Diritto internazionale-Problemi fondamentali*, cit., p. 431.

⁴⁷ Trattasi di circostanze di diritto che aggravano la posizione dei contraenti in termini d'impossibilità *relativa*, giacché l'unica reale ipotesi d'impossibilità giuridica *assoluta*, suscettibile di compromettere l'efficacia di un trattato già validamente perfezionatosi, è rappresentata, infatti, dalla posteriore formazione di un'incompatibile norma di *ius cogens*. Questa fattispecie, che trova nell'art. 64 CVT un'apposita disciplina, risponde comunque a una *ratio* completamente differente rispetto a quella sottintesa dall'art. 62, risultando piuttosto finalizzata a inibire la

suscettibili d'assumere rilievo normativo rispetto al piano programmatico convenzionale da esse inizialmente stabilito. Coticché, ad esempio, la successiva conclusione di accordi internazionali con Stati terzi, ad opera di alcuni degli originari contraenti, giammai potrebbe influenzare l'applicazione della norma *de qua*, restando questi nuovi patti, rispetto alle altre parti del precedente trattato, del tutto irrilevanti in quanto *inter alios acta*, ai sensi dell'art. 34 CVT⁴⁸. D'altro canto, privo di ogni rilievo risulterebbe anche uno *ius supeveniens* di origine domestica, alla luce di quel principio generale solennemente sancito dall'art. 27 CVT, che preclude gli Stati dalla possibilità d'invocare il proprio diritto nazionale per sottrarsi al rispetto degli obblighi pattizi⁴⁹.

Non ogni mutamento delle circostanze rileverà, comunque, ai fini dell'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*, bensì, in forza del disposto dell'art. 62, esclusivamente quelli "fondamentali" e "imprevisti".

Il carattere *fondamentale* del mutamento comporta, in primo luogo, il venir meno di quella situazione che aveva concretamente indotto le parti a manifestare la propria volontà comune e che, pertanto, aveva rappresentato la reale ragione d'essere del trattato (par. 1, lett. a). In altri termini, deve risultare gravemente alterato l'insieme di tutte quelle circostanze presupposte dagli Stati come determinanti ai fini della loro pattuizione e alla cui permanenza nel tempo gli stessi contraenti avevano ancorato il loro consenso⁵⁰, considerato l'oggetto e lo scopo del trattato⁵¹. Il

permanenza in vigore di accordi collidenti con quelle rinnovate concezioni etico-giuridiche fondamentali dell'ordinamento, delle quali il sopraggiunto diritto imperativo è divenuto espressione.

⁴⁸ In forza del richiamato articolo: «A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent».

⁴⁹ Ai sensi di questa disposizione: «A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46».

⁵⁰ Cfr. ad esempio A. VAMVOUKOS, *Termination of Treaties in International law*, Oxford, 1985, p. 189.

⁵¹ La previsione pone, quindi, l'accento su quelle circostanze ritenute da tutti gli Stati contraenti decisive ai fini della manifestazione del consenso, in rapporto all'oggetto e allo scopo del trattato. Più precisamente, come precisato dal Relatore speciale Waldock, gli effetti del mutamento andranno valutati rispetto alla *funzione pratica* dell'accordo, così come determinata dalla comune intenzione delle parti (*YILC*, 1963, vol. II, pp. 84 e 88). Merita, allora, di essere sottolineata l'irrelevanza dei semplici *motivi* che avevano spinto alla contrattazione gli Stati contraenti individualmente considerati, acquisendo piuttosto valore quella che potrebbe definirsi come la causa concreta del trattato, ossia l'interesse alla cui realizzazione l'operazione pattizia è finalizzata. Questi rilievi risultano avvalorati dalle osservazioni del Relatore speciale Fitzmaurice che, nel suo II Rapporto, ben evidenzia la distinzione tra causa e motivi del trattato e la prevalenza da attribuire alla prima (*YILC*, 1957, vol. II, pp. 36 e 38 ss.). Può allora ritenersi che l'art. 62 si ponga nella prospettiva dell'accoglimento di una chiara concezione "contrattualistica" della clausola *rebus sic stantibus*, ripudiando tutte quelle differenti impostazioni teoriche volte, invece, a descrivere l'istituto *de quo* come l'espressione di valori normativi extra-negoziali, se non addirittura metagiuridici (si pensi ad esempio agli interessi vitali o ai c.d. diritti fondamentali degli Stati). Per un'accurata ricostruzione del rilevante panorama dottrinale in argomento, cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., pp. 44 ss., 177 ss. e 278 ss.

che implicitamente esclude dall'ambito di operatività della norma *de qua* quei mutamenti che ineriscono a circostanze del tutto *nuove*, prodottisi dopo alla formazione dell'accordo e che non presentano alcun collegamento con quelle originarie, presenti al momento della stipula del trattato. Va precisato, però, sulla scorta di un'attenta dottrina, come anche delle nuove circostanze sopravvenute potrebbero legittimare il ricorso alla clausola *rebus sic stantibus*, ogni qual volta le parti ne abbiano sottinteso la perdurante assenza, nel corso dello svolgimento del relativo rapporto pattizio⁵². In secondo luogo, si richiede che risulti pregiudicato il complessivo assetto obbligatorio predisposto dal trattato, cosicché le restanti prestazioni da eseguire appaiano ormai divenute eccessivamente onerose⁵³ – al di là di un semplice aggravio delle stesse – travalicandosi la fisiologica fluttuazione della normale alea convenzionale (par. 1, lett. *b*)⁵⁴. Un mutamento può, dunque, definirsi fondamentale ogni qual volta determini un'esorbitante sproporzione nel rapporto tra le prestazioni nel momento dell'esecuzione, rispetto a quanto programmato dalle parti all'atto della conclusione del trattato, al punto da comportare una grave (*rectius*, insopportabile) alterazione dell'equilibrio delle rispettive posizioni contrattuali.

Il carattere *imprevisto* del mutamento implica, invece, che le parti non debbano aver preso in considerazione la possibilità del suo concreto verificarsi⁵⁵. Detta ulteriore condizione comporta all'incontrario che qualora gli Stati contraenti avessero contemplato la previsione del mutamento concretamente avvenuto, avrebbero finito con l'accettarne il rischio, inibendo così il concretizzarsi del presupposto dell'eccessiva onerosità delle prestazioni da eseguire⁵⁶.

È chiaro che se la presenza nel testo del trattato di clausole espresse di accettazione del rischio non presenta particolari difficoltà ermeneutiche⁵⁷, ben più delicata appare la ricostruzione, nel silenzio delle parti, di una corrispondente volontà tacita degli Stati, per le gravi conseguenze che così si andrebbero a riverberare sui contraenti. La rilevazione di una siffatta previsione pattizia (tacita) finirebbe, infatti, con l'imprimere un carattere *aleatorio* al trattato, privando le parti del

⁵² Vedi cfr. E. BACK IMPALLOMENEI, *Il principio rebus sic stantibus nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Milano, 1974, pp. 24 ss.

⁵³ Cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., p. 304.

⁵⁴ Deve, dunque, assistersi a una radicale trasformazione delle obbligazioni da eseguire nel senso che, come rilevato dalla CIG, nelle sentenze sui casi delle *Pescherie islandesi*, cit., par. 43: «The change must have increased the burden of the obligations to be executed to the extent of rendering the performance something, essentially different from that originally undertaken».

⁵⁵ Cfr. O.J. LISSITZYN, *Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)*, in *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 915; anche, C. DE VISSCHER, *Théories et Réalités en droit international public*, Paris, 1970, p. 297.

⁵⁶ Cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., p. 291.

⁵⁷ Sul possibile impiego di simili clausole, cfr. VAGTS, *Rebus Revisited: Chanced Circumstances in Treaty Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, cit., p. 457.

potere d'invocare la causa d'inefficacia *ex art. 62*; e gli Stati si troverebbero a sopportare gli effetti negativi derivanti dal concretizzarsi di un mutamento delle circostanze, senza possibilità di rimediarsi attraverso la clausola *rebus sic stantibus*. In questo caso occorrerà procedere, allora, a una prudente interpretazione dell'accordo, da condursi alla luce delle regole dettate in materia dagli artt. 31-33 CVT. Si tratterà, quindi, di dar seguito a una scrupolosa valutazione dei *facta concludentia* che imporrà, nel rispetto del dettato dell'art. 62, un'indagine di tipo *soggettivo*, volta a stabilire se il mutamento fosse stato o meno «foreseen by the parties»⁵⁸.

Una cospicua parte della dottrina sostiene, però, che questa indagine comporterebbe delle valutazioni di stampo *oggettivo*, collegate alla verosimiglianza del verificarsi del mutamento occorso. L'accertamento andrebbe, allora, condotto pure in rapporto alla presenza di fattori univoci e obiettivi (non meramente soggettivi), al fine di stabilire il ragionevole attendersi del mutamento, da parte dei contraenti⁵⁹. Accedendo a una simile impostazione, il carattere *imprevisto* del mutamento, quale condizione applicativa della clausola *rebus sic stantibus* si dilaterrebbe sino a ricomprendere quello della sua *imprevedibilità*. Questa conclusione non può, però, essere condivisa sotto molteplici profili. Innanzitutto, perché espressamente contraddetta dalla lettera dell'art. 62, che, come appena ricordato, richiama l'effettiva previsione del mutamento da parte di *tutti* i contraenti. Solo così, del resto, la valutazione prognostica del mutamento andrebbe a integrare la volontà comune delle parti, l'unica suscettibile di attribuire un reale carattere aleatorio del trattato. Dal che discende la totale irrilevanza di un'eventuale previsione unilaterale del mutamento da parte di un singolo Stato che giammai potrebbe perciò considerarsi privato del diritto d'invocare la clausola *rebus sic stantibus*. Neppure potrebbe condividersi, pertanto, il diverso avviso di quella dottrina minoritaria che pretenderebbe di giustificare, rispetto a tale ultima ipotesi, un simile effetto preclusivo attraverso un improbabile richiamo al principio *nemo potest venire contra factum proprium*⁶⁰ la cui operatività, invece, prescinde da qualunque valutazione negoziale del comportamento dei soggetti, indispensabile, come appena chiarito, per attribuire natura aleatoria al trattato. Gli stessi lavori preparatori dell'art. 62, poi, non avallano un accoglimento del criterio dell'imprevedibilità del mutamento, come attestato dall'insanabile divergenza di opinioni manifestate sul punto dai Relatori speciali

⁵⁸ Secondo quanto richiesto dall'art. 62, par. 1.

⁵⁹ Cfr. H. ROLIN, *Les principes de droit international*, in *RC*, II, n. 77, 1950, p. 439; anche, J. BENTZ, *Le silence comme manifestation de volonté en droit international public*, in *RGDIP*, n. 44, 1963, p. 62.

⁶⁰ Cfr. M.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, p. 773.

Fitzmaurice e Waldock⁶¹. Seguendo, infine, la *teoria dell'imprevedibilità*, si sarebbe costretti ad ammettere un sistema presuntivo della volontà delle parti che, per quanto astrattamente configurabile, potrebbe essere ammesso nel diritto internazionale solo in presenza di un'espressa disposizione in tal senso, elemento questo non riscontrabile nell'art. 62. La struttura anorganica della CI, infatti, nell'esaltare al massimo l'autonomia negoziale degli Stati, restringe l'utilizzazione del meccanismo delle presunzioni, relegandola entro i ristretti confini dell'eccezionalità e, dunque, dell'esplicita previsione normativa.

Oltre la predisposizione di specifiche pattuizioni aleatorie, parte della dottrina sostiene che gli Stati risulterebbero preclusi dall'invocare la clausola *rebus sic stantibus* anche qualora avessero inserito nel testo del trattato delle clausole limitative della sua durata (come, ad esempio, un termine finale o una condizione risolutiva), oppure disciplinanti il loro diritto di denuncia o di recesso, a prescindere da qualunque parametro temporale⁶². Tutti questi orientamenti complessivamente considerati indurrebbero a circoscrivere la sfera di efficacia della norma *de qua* ai soli trattati perpetui o che nulla stabiliscono in ordine alla possibilità che i contraenti si scioglano unilateralmente dall'osservanza del vincolo pattizio. Dette teorie non possono, invero, essere condivise per l'evidente ragione che, pure con riguardo a trattati assortiti da clausole suscettibili di condizionarne in vario modo la durata, potrebbero porsi delle esigenze di tutela dell'equilibrio tra le prestazioni, che rappresentano, come acclarato, la reale ragione giustificatrice dell'art. 62⁶³. La probabilità, però, che si verifichi un rilevante mutamento delle circostanze appare direttamente proporzionata al protrarsi nel tempo dell'applicazione dell'accordo⁶⁴. Ne consegue che, da un punto di vista pratico, la disciplina della clausola *rebus sic stantibus* finisca con l'acquisire una maggiore rilevanza proprio rispetto a quei trattati che non contengono clausole limitative in ordine alla loro applicazione.

⁶¹ Mentre, infatti, per il Fitzmaurice si sarebbe dovuto seguire la teoria dell'imprevedibilità (*YILC*, 1957, vol. II, p. 36), Waldock, all'incontrario, riteneva sufficiente, ai fini dell'applicazione della norma, che il verificarsi del mutamento non fosse stato previsto dalle parti contraenti (*YILC*, 1963, vol. II, p. 36).

⁶² In tal senso, cfr. A.D. MCNAIR, *Termination et dissolution des traités*, in *RC*, 1928-II, p. 528 e F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, vol. I, München, 1960, p. 461.

⁶³ Cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., pp. 306-307; M. SHAW, C. FOURNET, *1969 Vienna Convention, Article 62*, in O. CORTEN, P. KLEIN (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, vol. II., cit., p. 1420; E. BACK IMPALLOMENI, *Il principio rebus sic stantibus nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, cit., p. 37; J.A. PASTOR RIDRUEJO, *La doctrine 'rebus sic stantibus' à la Conférence de Vienne de 1968 sur les droit des traités*, in *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXV, 1968, p. 94; G. HARASZTI, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, 1973, p. 71.

⁶⁴ In tal senso, si pronuncia il Relatore speciale Waldock, in *YILC*, 1963, vol. II, p. 87.

Va infine rammentato come l'art. 56 CVT regolamenti la denuncia dei trattati che non contemplano espressamente alcuna facoltà di recesso, subordinandola alla possibilità di ricostruire una corrispondente intenzione implicita delle parti (par. 1, lett. *a*) o alla tipologia dell'accordo (par. 1, lett. *b*), nel senso che, in tal caso, la relativa pattuizione per sua stessa natura non potrebbe non contemplarla⁶⁵. Tale regime, che va a sovrapporsi a quello della clausola *rebus sic stantibus*, nel prescindere totalmente da qualunque mutamento fondamentale delle circostanze, assume rispetto a quest'ultimo istituto un mero carattere residuale, senza che tra le corrispondenti norme si instauri alcun rapporto di *genus ad speciem*, rimanendo perciò gli art. 56 e 62 delle fattispecie del tutto autonome e distinte⁶⁶.

4. I suoi presupposti negativi

L'art. 62, al suo par. 2, subordina la possibilità per lo Stato di avvalersi di un mutamento di circostanze quale causa d'inefficacia dell'accordo, al mancato ricorrere di due ulteriori condizioni, in presenza delle quali è destinato a venire meno il tipico effetto estintivo o sospensivo contemplato dalla norma. Si richiede, infatti, che il mutamento *de quo* non riguardi un accordo sulla fissazione dei confini (par. 2, lett. *a*) e che, in ogni caso, non derivi dalla violazione, ad opera della parte che l'invoca, di una disposizione del trattato, ovvero di qualsiasi ulteriore obbligo internazionale, perpetrata a danno di qualunque altra parte contraente (par. 2, lett. *b*).

L'esclusione degli accordi di delimitazione territoriale dal gioco della clausola *rebus sic stantibus*, ampiamente dibattuta nel corso dei lavori preparatori della Convenzione di Vienna, sembra trovare la sua più plausibile giustificazione nel principio dell'intangibilità delle frontiere⁶⁷ più volte ribadito dalla giurisprudenza internazionale⁶⁸.

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 56: «1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless: *a*) It is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or *b*) A right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty. 2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1».

⁶⁶ Cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., pp. 315-321.

⁶⁷ Cfr. M. SHAW, C. FOURNET, *1969 Vienna Convention, Article 62*, in O. CORTEN, P. KLEIN (a cura di), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, vol. II, cit., p. 1421.

⁶⁸ Cfr. *ex multis* la sentenza della CIG, del 3 febbraio 1994, sul caso della *Disputa territoriale tra Libia e Ciad*, in *ICJ Reports*, 1994, p. 37, par. 73, nonché la sentenza arbitrale del 31 luglio 1989, sul caso della *Delimitazione della frontiera marittima tra Guinea Bissau e Senegal*, in *UNRIIAA*, vol. XX, 2006, pp. 173-174.

In forza di questo principio – volto a garantire la stabilità delle relazioni tra Stati e, in ultima analisi, a prevenire l'insorgere di controversie suscettibili di mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale – i trattati sullo stabilimento dei confini acquisiscono un carattere di definitività, con valenza *erga omnes*⁶⁹. Da questo punto di vista, ben potrebbe parlarsi di un'ultra-attività di simili accordi, imponendo essi obblighi di rispetto a carico dell'intera CI. Questa conclusione è avvalorata ulteriormente dall'art. 11 della Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati nei trattati, del 1978, che espressamente richiama il dovere di rispetto, per lo Stato successore, di «a boundary established by a treaty»⁷⁰, in precedenza concluso dal proprio dante causa.

Secondo parte della dottrina, invece, l'esclusione di questi trattati dalla sfera operativa della clausola *rebus sic stantibus*, andrebbe spiegata in ragione del carattere istantaneo della loro esecuzione, che ne impedirebbe la sottoposizione alla relativa disciplina⁷¹. Al riguardo, va osservato che se la causa d'inefficacia in parola troverà il suo naturale campo di applicazione rispetto ai trattati a prestazioni periodiche – considerato come la proiezione nel tempo del vincolo pattizio accresca il rischio di una sopravvenuta eccessiva onerosità dell'accordo – non può tuttavia escludersi che pure per un trattato a esecuzione istantanea potrebbe rilevare un mutamento successivo di circostanze *ex art. 62*⁷². Nello specifico, ciò potrebbe verificarsi nel caso di quegli accordi la cui l'entrata in vigore risulti posticipata dalle parti rispetto al momento del loro perfezionamento, rimanendo, così, nelle more assoggettati all'operatività della clausola *rebus sic stantibus*. Se, dunque, tutti i trattati a esecuzione differita risultano astrattamente riconducibili nell'ambito applicativo dell'art. 62, diviene ovvio concludere che l'eccezione di cui al par. 2, lett. a), non possa spiegarsi in ragione dell'istantaneità dell'accordo sullo stabilimento dei confini.

Da ultimo, merita di essere evidenziato come l'eccezione in esame non comprenda ogni regolamentazione di tipo territoriale. Essa, infatti, riguarda esclusivamente i trattati aventi a

⁶⁹ Cfr. A. NGYUEN QUOC DINH, *Droit international public*, P. DAILLER, M. FORTEAU, A. ELLET (a cura di), cit., p. 274.

⁷⁰ Il testo completo dell'art. 11 è il seguente: «A succession of States does not as such affect: a) a boundary established by a treaty; or b) obligations and rights established by a treaty and relating to the regime of a boundary».

⁷¹ Cfr. A. POCH DE CAVIEDES, *De la clause rebus sic stantibus à la clause de revision dans les conventions internationales*, in *RC*, cit., pp. 177 ss.; M. SIBERT, *Traité de droit international public*, vol. II, Paris, 1951, p. 336.

⁷² Nel periodo antecedente alla fine della II Guerra mondiale, in dottrina risultava dominante l'idea che la clausola *rebus sic stantibus* trovasse applicazione solo con riguardo ai trattati ad esecuzione periodica o continuata; cfr. per tutti G. SCHELLE, *Règles générales du droit de la paix*, in *RC*, 1933-II, p. 17; anche C.G. TÉNÉKIDÈS, *Le principe rebus sic stantibus, ses limites rationnelles et sa récente évolution*, in *RGDIP*, vol. 41, 1934, p. 281. In realtà, risulta chiaro come il meccanismo *ex art. 62* si riferisca alle prestazioni ancora da eseguire, indipendentemente dal loro carattere istantaneo o continuato.

oggetto la definizione delle frontiere, non estendendosi a ogni altro tipo di pattuizione tesa alla creazione di regimi convenzionali specifici, inerenti all'uso di determinate parti del territorio dei contraenti (cd. "accordi localizzabili")⁷³.

Quanto, invece, all'ulteriore presupposto negativo di cui alla successiva lett. *b*) del par. 2, si richiede che il mutamento delle circostanze non derivi dal fatto illecito dello Stato che l'invoca, in applicazione del generale principio *nemo commodum capere potest de sua injuria propria*. Questo effetto assume, pertanto, il significato di una vera e propria sanzione che l'ordinamento commina per la violazione dei suoi precetti, comportando una situazione di *sfavor* in cui il soggetto ricade, quale conseguenza del compimento di un'attività illecita realizzata in danno degli altri contraenti.

Risulterebbe, tuttavia, un errore il tentare di dilatare l'operatività della preclusione in parola, sino a ricomprendervi l'ipotesi in cui il mutamento delle circostanze fosse stato semplicemente favorito da un qualunque comportamento colposo dello Stato che si pretenderebbe legittimato a denunciare il trattato⁷⁴. Una simile interpretazione estensiva dell'art. 62, par. 2, lett. *b*), infatti, appare contraddetta dalla lettera della stessa norma, che di riferisce con chiarezza a una condotta illecita dello Stato, consistente in una violazione del trattato o di altro precetto internazionale. D'altronde, quando la Convenzione di Vienna ha inteso sanzionare genericamente la colpevolezza dei contraenti lo ha previsto in termini espressi, come nel caso dell'errore, causa d'invalidità dei trattati, laddove l'art. 48, par. 2, esclude il perfezionamento della correlativa fattispecie ogni qual volta «the State in question contributed by its own conduct to the error».

Si tratta, allora, di stabilire se e in che misura l'aver contribuito al mutamento di circostanze attraverso una condotta volontaria (attiva o omissiva) dello Stato possa qualificarsi *illecito*, ai fini dell'applicazione dell'art. 62, par. 2, lett. *b*). Di certo, l'art. 26 CVT, nell'imporre alle parti di procedere all'esecuzione dell'accordo in buona fede⁷⁵, impone un dovere di lealtà e correttezza a carico dei contraenti. Un tale dovere, però, non può essere inteso come volto a sanzionare la loro

⁷³ È quanto del resto rilevato dalla più attenta dottrina, considerato che per questo genere di accordi non si pone l'esigenza del rispetto dell'intangibilità delle frontiere e dell'altrui sovranità territoriale; in tal senso, cfr. C. FAIRMAN, *Implied resolutive conditions in treaties*, in *AJIL*, n. II, vol. 29, 1935, pp. 234 ss.

⁷⁴ Cfr. M. SHAW, C. FOURNET, *1969 Vienna Convention, Article 62*, cit., p. 1428, che prospettano una simile ricostruzione quando affermano: «it must be recalled that, if the circumstances generating the ground for termination or suspension by operation of law have been directly provoked or facilitated by an act or an omission of the party invoking it, this party will be precluded from doing so without incurring responsibility for any resulting damage, exactly as if were a breach of the treaty».

⁷⁵ L'art. 26, intitolato *Pacta sunt servanda*, stabilisce: «Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith».

benché minima negligenza nel corso dello svolgimento del rapporto pattizio, specie se rapportata a comportamenti solo indirettamente connessi all'adempimento delle prestazioni pattuite, come si verifica nel caso di cui all'art. 62, par. 2, lett. b), che richiama per l'appunto una condotta non immediatamente collegata all'esecuzione del trattato.

Cosicché, nel silenzio dell'art. 62, par. 2, lett. b), sembrerebbe doversi escludere rilevanza all'ipotesi in cui lo Stato interessato abbia semplicemente agito con imprudenza o imperizia (*culpa*). In caso contrario, si rischierebbe di paralizzare, quasi del tutto, la possibilità di un ricorso alla clausola *rebus sic stantibus*, considerata la già severa disciplina restrittiva al riguardo dettata dalla Convenzione di Vienna. Un simile risultato risulterebbe ancora più inaccettabile, ove solo si considerasse che a soffrirne sarebbero proprio quei contraenti che oramai versano in uno stato di debolezza contrattuale (*rectius*, di eccessiva onerosità)⁷⁶. Sembra preferibile, allora, ritenere che la contribuzione materiale dello Stato al verificarsi del mutamento delle circostanze invocato rilevi, ai sensi dell'art. 62, par. 2, lett. b), solo se ricollegabile a un suo comportamento intenzionale (dolo) o a una propria colpa grave (*magna negligentia*), in quanto *dolo equiparatur*. Sono queste, infatti, le uniche condotte suscettibili di concretizzare in simili evenienze, con sicurezza, un vero e proprio illecito. Uno Stato, invero, che si adoperasse scientemente al fine di catalizzare un mutamento di circostanze preordinato all'acquisizione del potere d'invocare la clausola *rebus sic stantibus*, di certo violerebbe il principio di buona fede (oggettiva) imposto dal richiamato art. 26⁷⁷.

Ma oltre il dettato dell'art. 62, è possibile rinvenire nel sistema della Convenzione di Vienna un'altra situazione in presenza della quale il mutamento delle circostanze è destinato a non produrre il suo tipico effetto estintivo o sospensivo. Si tratta dell'ipotesi disciplinata dall'art. 45 che stabilisce, in termini generali, la perdita del diritto d'invocare una causa di invalidità o d'inefficacia del trattato qualora lo Stato titolare abbia consentito espressamente al suo mantenimento in vigore, ovvero tenuto un comportamento incompatibile con la volontà di

⁷⁶ Vedi *supra*, par. 3.

⁷⁷ È appena il caso di ribadire, in sintonia con la migliore dottrina, l'inesistenza nel diritto internazionale di un principio generale di buona fede. La buona fede rileva, pertanto, solo nella misura in cui risulti richiamata da una specifica fattispecie normativa, come nel caso dell'art. 26 CVT; in tal senso cfr. E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, 1977, p. 351; anche cfr. M. DECLEVA, *Gli accordi taciti internazionali*, Padova, 1957, p. 77, nota 6. non pochi Autori all'incontrario non esitano a riconoscere l'esistenza per gli Stati di un dovere generale di agire secondo buona fede; cfr., in tal senso, ad esempio, G. SCHWARZENBERGER, *The Fundamental Principles of International Law*, in *RC*, I, n. 87, 1955, pp. 290 ss.

avvalersi della stessa⁷⁸. Questa disposizione, finalizzata all'imposizione di un obbligo di coerenza nella condotta e che costituisce una chiara specificazione del principio *nemo potest venire contra factum proprium*, include nel suo ambito applicativo tutte quelle fattispecie il cui effetto invalidante, estintivo o sospensivo si realizza per l'iniziativa della parte a vantaggio della quale la stessa causa d'invalidità o d'inefficacia risulta stabilita. Lo scopo pratico che tale disciplina persegue è quello di prevenire abusi nell'esercizio del suddetto diritto potestativo, in violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede, che informa larga parte del diritto dei trattati. L'art. 62 risulta, quindi, ricompreso nella sfera operativa dell'art. 45, proprio in quanto fattispecie la cui applicazione risulta basata su di un atto d'impulso della parte avente diritto. Simili meccanismi normativi fondati sull'iniziativa del singolo contraente, infatti, se da un lato soddisfano il principio della conservazione dell'accordo, nella misura in cui questo resta in vigore salvo la presenza di una sua volontà contraria, dall'altro rischiano di autorizzare comportamenti meramente arbitrari. Uno Stato, ad esempio, pur nella consapevolezza dell'esistenza di un mutamento di circostanze inficiante l'efficacia del trattato, dopo essersi avvantaggiato delle clausole in esso contenute, potrebbe decidere, dopo un lungo lasso di tempo, di denunciarlo per mere ragioni di comodo, disattendendo le aspettative degli altri contraenti, circa la propria volontà di non avvalersi della correlativa fattispecie. L'assenza di una condotta contraddittoria lesiva dell'altrui legittimo affidamento, si traduce, così, in un ulteriore presupposto negativo della clausola *rebus sic stantibus*, la cui ricorrenza preclude lo Stato contraente dalla possibilità d'invocare l'applicazione dell'art. 62.

5. La rilevazione di un corrispondente principio di *ius non scriptum* nella prospettiva della ricostruzione di un ancillare "obbligo di rinegoziazione" dell'accordo: *de lege lata* o *de lege ferenda*?

La disciplina dettata a Vienna testé esaminata rappresenta senza dubbio il punto di arrivo dell'ampio dibattito dottrinale sviluppatosi con riguardo all'esatta individuazione del fondamento giuridico della clausola *rebus sic stantibus*, caratterizzato da una molteplicità di teorie tutt'altro che conciliabili.

⁷⁸ In forza dell'art. 45: «A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts: a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be».

Pur tenendo conto della loro estrema eterogeneità, le differenti posizioni assunte sul punto dagli Autori possono essere efficacemente sintetizzate – nel rispetto delle esigenze di economia del presente lavoro – seguendo lo schema concettuale in merito suggerito dal Relatore speciale Fitzmaurice, sulla base di tre fondamentali impostazioni⁷⁹. Una prima che collega le conseguenze del mutamento delle circostanze alla “volontà reale” delle parti contraenti, ricostruita attraverso il metodo dell’interpretazione estensiva e che porterebbe alla rilevazione di una clausola tacita di risoluzione del trattato⁸⁰. Una seconda che perviene sostanzialmente al medesimo risultato, in forza di una supposta norma generale (suppletiva) integratrice della volontà dei contraenti, che opererebbe, quindi, secondo la tecnica della presunzione⁸¹. Una terza che, prescindendo da qualsiasi impostazione di stampo volontaristico, configura l’effetto estintivo o sospensivo dell’accordo derivante dalla clausola *rebus sic stantibus*, quale risultato dell’operare di una norma eteronoma indipendente dalle determinazioni negoziali (reali o supposte) dei contraenti⁸². Nell’opinione del *Rapporteur*, dal momento che i primi due orientamenti si risolvevano in una discutibile *fiction iuris*, in quanto tesi alla ricostruzione di una non-manifestata volontà pattizia, sarebbe risultato preferibile optare per il terzo. In questo ultimo caso, infatti, l’inefficacia del trattato si determinerebbe quale conseguenza di un principio generale volto a fissare il limite precettivo delle disposizioni pattizie, oltre il quale queste risulterebbero non più applicabili.

Tale impostazione, che è risultata alla fine prevalente tanto in sede di CDI che di Conferenza⁸³, finendo così con l’influenzare l’attuale disciplina convenzionale, appare ormai largamente condivisa dalla prevalente dottrina, incline a considerare il mutamento delle circostanze come l’espressione di un autonomo principio di *ius non scriptum* internazionale e, dunque, il dettato dell’art. 62 come una vera e propria ipotesi di codificazione⁸⁴.

⁷⁹ Cfr. *YILC*, 1957, vol. II, p. 669.

⁸⁰ Cfr. W.E. HALL, *International Law*, Oxford, 1924, p. 407. Secondo questa impostazione, si tratterebbe allora di ricostruire una vera e propria clausola risolutiva alla luce della volontà comune manifestata dalle parti contraenti.

⁸¹ Cfr. G. SCALFATI FUSCO, *La clausola “rebus sic stantibus” nel Diritto Internazionale*, cit., p. 9.

⁸² Tra le varie teorie riconducibili all’orientamento in parola, particolare rilievo rivestono quelle che rispondono all’idea che il mutamento delle circostanze andrebbe a minare la ragione d’essere del trattato, incidendo sulla causa del trattato-negozio; vedi *supra*, nota 52. In tal senso, tra i molti, cfr. G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, p. 329; A.D. MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 685.

⁸³ La CDI si esprime in termini chiarissimi al riguardo cfr. *YILC*, 1966, vol. II, p. 258.

⁸⁴ Cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., p. 300; M. SHAW, C. FOURNET, *1969 Vienna Convention, Article 62*, cit., pp. 1415 ss. Una parte della dottrina è arrivata a teorizzare la natura cogente del principio *rebus sic stantibus*, in tal senso cfr. G. HARASZTI, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties*, Budapest, 1973, p. 389. Questa costruzione va recisamente respinta: innanzitutto perché, come ampiamente chiarito, le parti contraenti, all’atto della predisposizione del trattato, ben possono prevedere

Al riguardo, va subito chiarito che le profonde differenze riscontrabili in materia tra i vari sistemi nazionali⁸⁵ renderebbero alquanto difficoltosa la rilevazione di un conforme principio generale di diritto riconosciuto dalle Nazioni civili⁸⁶. Piuttosto, già la presenza da lungo tempo di una più che cospicua prassi diplomatica rende agevole la rilevazione di una consolidata consuetudine in materia⁸⁷, come d'altronde confermato dai lavori preparatori della Convenzione di Vienna⁸⁸.

Tra i più antichi precedenti può qui, ad esempio, rammentarsi la denuncia del Trattato di alleanza anglo-olandese del 1565, da parte britannica, a fronte dell'impossibilità di sostenere, dal punto di vista finanziario, gli impegni militari conseguentemente assunti⁸⁹. Lo stesso dicasi con riguardo all'abrogazione del regime di neutralizzazione del Mar Nero, stabilito dal Trattato di Parigi del 1856, provocata dalla Russia a seguito dell'unificazione dei principati di Modavia e Valacchia, il cui mantenimento, a giudizio del Governo zarista, avrebbe rischiato di mettere in pericolo la propria sicurezza nazionale⁹⁰. I casi di denuncia di accordi per mutamento delle circostanze si sono continuati a manifestare, senza soluzione di continuità, sino ai nostri giorni. Basti pensare al ritiro della Francia dalla NATO, nel 1966⁹¹, alla dichiarazione congiunta di Stati Uniti, URSS, Gran Bretagna e Francia, del 1990, in ordine alla sospensione dei loro diritti relativi alla città di Berlino a seguito della riunificazione tedesca⁹² o, ancora, alla sospensione da parte

l'adempimento delle relative obbligazioni in caso di mutamento delle circostanze, conferendo allo stesso carattere aleatorio. Va poi considerato come l'art. 62 ricada nell'ambito applicativo dell'art. 45 (vedi *supra* par. 4), laddove quest'ultima norma esclude dalla propria sfera operativa proprio le ipotesi d'invalidità e d'inefficacia dell'accordo (artt. 53 e 64) per contrarietà allo *ius cogens*; il che mal si concilierebbe con una supposta natura imperativa dell'art. 62.

⁸⁵ Vedi *supra*, nota 37.

⁸⁶ Cfr. per tutti, M. SHAW, C. FOURNET, 1969 *Vienna Convention, Article 62*, cit., pp. 1415-1416. *Contra* G. TÉNÉKIDÈS, *Le principe rebus sic stantibus, ses limites rationnelles et sa récente évolution*, cit., p. 278; C. FAIRMAN, *Implied resolutive conditions in treaties*, cit., p. 220.

⁸⁷ Per una accurata ricostruzione della prassi degli Stati, vedi cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit.

⁸⁸ La CDI riconosce che «The evidence of the principle in customary law is considerable» (*YILC*, 1966, vol. II, p. 257, par. 2). Nello stesso ordine di idee si posero le delegazioni statali durante i lavori della Conferenza di Vienna; cfr. al riguardo, T. TREVES, *Diritto internazionale-Problemi fondamentali*, cit., p. 430.

⁸⁹ Cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., p. 6.

⁹⁰ Cfr. A. CAVAGLIERI, *La funzione della clausola rebus sic stantibus nei trattati internazionali*, in *Archivio Giuridico*, fasc. I, vol. 12, 1903, pp. 130 ss.

⁹¹ La rinnovata situazione politica internazionale, specie in considerazione dei profondi mutamenti degli equilibri diplomatico-militari registratisi nei rapporti tra l'Est e l'Ovest a fronte della rinnovata strategia nucleare statunitense, avevano indotto il Presidente della Repubblica francese, generale De Gaulle, a considerare la NATO un'organizzazione obsoleta; cfr. J. CHARPENTIER, *Le retrait française de l'OTAN*, in *AFDI*, 1966, pp. 409 ss.

⁹² Cfr. A. NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, cit., pp. 346-347.

della Russia del Trattato sulla gestione delle risorse di plutonio, siglato a Mosca, nel 2000, con gli Stati Uniti⁹³.

Di ben minore consistenza risulta, invece, la rilevante prassi giurisprudenziale in materia, laddove raramente i giudici internazionali si sono ritrovati ad affrontare la problematica della clausola *rebus sic stantibus* quale causa d'inefficacia del trattato.

In merito, particolare rilievo rivestono le pronunce rese dalla Corte Internazionale di Giustizia (qui di seguito: la "CIG"), con riguardo all'affare delle *Pescherie islandesi*, che vedeva l'Islanda contrapposta, in due distinte controversie, alla Gran Bretagna e alla Germania Federale. Le rispettive cause – entrambe originate dalla contestata permanenza in vigore da parte del Governo di Reykjavik degli accordi da esso stipulati con le altre parti controvertenti e che avrebbero radicato la competenza della Corte a pronunciarsi rispetto all'avvenuta, pretesa estensione del mare territoriale islandese oltre le dodici miglia⁹⁴ – furono trattate separatamente. Per ciascuna di esse vennero rese dalla CIG delle decisioni sostanzialmente analoghe, sulla competenza, il 2 febbraio 1973⁹⁵ e sul merito, il 25 luglio 1974⁹⁶, che nel loro complesso considerate forniscono probabilmente la più accurata ricostruzione dell'istituto in parola, offerta da un tribunale internazionale⁹⁷.

Occorre, al riguardo, prendere le mosse dalle sentenze sulla "competenza" del 1973, ove la Corte, nel rigettare le allegazioni islandesi fondate su di un preteso mutamento delle circostanze, ebbe modo di acclarare la natura dichiarativa dell'art. 62 rispetto allo *ius non scriptum*, così confermando la vigenza dell'istituto della clausola *rebus sic stantibus* nel diritto internazionale consuetudinario. Questo orientamento, che peraltro affonda le sue radici nella precedente pronuncia della Corte permanente di giustizia internazionale sul caso delle *Zone franche dell'Alta Savoia e del paese di Gex*⁹⁸, del 7 giugno 1932, è risultato ulteriormente ribadito dalla stessa CIG nella sentenza sul caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, del 25 settembre 1997⁹⁹. Tuttavia, non può farsi a

⁹³ Cfr. J. KULAGA, *A Renaissance of the Doctrine of Rebus Sic Stantibus*, in *KFG Working Paper Series*, 32, 2019, pp. 5 ss., cui si rinvia per un approfondimento della più recente prassi in materia.

⁹⁴ In particolare, il Parlamento islandese con atto del 15 febbraio 1972 aveva fissato a 50 miglia il limite esterno delle proprie acque territoriali; cfr. S.R. KATZ, *Issues arising in the Iceland Fisheries Cases*, in *ICLQ*, 1, vol. 22, 1973, pp. 83 ss.

⁹⁵ Vedi *ICJ Reports*, 1973, pp. 3 ss. e pp. 49 ss.

⁹⁶ Vedi *ICJ Reports*, 1974, pp. 3 ss. e pp. 175 ss.

⁹⁷ In tal senso, cfr. L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., p. 276.

⁹⁸ Vedi *CPJI Publications*, Série C, n. 46, pp. 475 ss. e 625.

⁹⁹ Vedi *ICJ Reports*, 1997, p. 64, par. 104. Di analogo tenore risultano essere: la sentenza del Tribunale dei reclami Iran-USA, del 20 settembre 1985, sul caso *Questech Inc.*, in *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol.

meno di rilevare come i giudici dell'Aja, nelle richiamate pronunce, si siano limitati ad attestare la presenza di una conforme norma consuetudinaria, rifiutandone, poi, l'applicazione al caso concreto sottoposto alla loro cognizione.

In verità, una delle rarissime ipotesi in cui un tribunale internazionale abbia dato effettivo corso alla disciplina *ex art. 62*, è rappresentata dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, del 16 giugno 1998, sul caso *Racke*. Con questa pronuncia, infatti, venne legittimata la sospensione per mutamento delle circostanze, da parte della Comunità, di un accordo commerciale da essa concluso con la Jugoslavia, a seguito del conflitto militare che aveva investito quest'ultima, determinandone la dissoluzione¹⁰⁰.

La scarsa ricorrenza di precedenti in materia non deve, però, essere letta come un dato negativo ai fini della rilevazione di una corrispondente regola di *ius non scriptum*. Bisogna, infatti, anzitutto considerare come le corti adite non abbiano mai negato cittadinanza alla clausola *rebus sic stantibus* nel diritto internazionale. Neppure va trascurato come la riscontrata propensione degli Stati a risolvere in via diplomatica siffatte questioni¹⁰¹ abbia sovente reso superfluo il ricorso ai tradizionali meccanismi di accertamento del diritto.

Va, infine, ritenuto che l'esiguità della richiamata giurisprudenza sia altresì dipesa dal ristretto margine applicativo dell'art. 62, ovvia conseguenza della disciplina fortemente limitativa contemplata dalla correlativa fattispecie. Una tale impostazione restrittiva prevalsa nei lavori preparatori della Convenzione è, in fondo, il risultato della circospezione generalmente nutrita nei

9, 1987, p. 122; la pronuncia arbitrale, del 24 marzo 1982, sul caso *AMINOIL*, in *ILR*, 1982, pp. 518 ss., spec. par. 101; nonché quella adottata dall'ICSID, il 14 dicembre 2012, caso n. ARB/08/5, par. 103-106, 358 e 406-407. Cfr. pure la sentenza arbitrale del 4 settembre 1934, sul caso delle *Pensioni dei funzionari del territorio della Saar*, in *UNRIAA*, vol. III, 1950, pp. 1555-1565, par. 4.

¹⁰⁰ Causa C-162/96. Il caso era scaturito da un rinvio pregiudiziale operato dal *Bundesfinanzhof* tedesco, relativo all'adozione da parte del Consiglio della Comunità del regolamento (CEE), dell'11 novembre 1991, n. 3300, recante la sospensione, per intervenuto mutamento delle circostanze, delle concessioni commerciali stabilite dall'accordo di cooperazione CEE-Repubblica socialista federativa di Jugoslavia, siglato a Belgrado, il 2 aprile 1980. In forza del suddetto regolamento, l'Ufficio doganale di Magonza aveva preteso di assoggettare l'importazione, da parte della A. Racke GmbH & Co. di taluni quantitativi di vino provenienti della Serbia, al comune regime doganale applicabile rispetto a Paesi terzi, stante la dichiarata inefficacia del succitato accordo, provocando il ricorso al competente giudice nazionale da parte della stessa azienda. I giudici di Lussemburgo, investiti della questione, conclusero per la legittimità del citato regolamento in quanto adottato in forza della clausola *rebus sic stantibus*, precisando che: «non risulta che il Consiglio abbia commesso un manifesto errore di valutazione nel rilevare, nel secondo “considerando” del regolamento controverso, che il proseguimento delle ostilità e le loro conseguenze per i rapporti economici e commerciali, tanto tra le Repubbliche della Jugoslavia quanto con la Comunità, costituiscono una modifica radicale delle condizioni nelle quali l'accordo di cooperazione fra la Comunità economica europea e la Repubblica socialista federativa di Jugoslavia ed i suoi protocolli sono stati conclusi e che essi mettono in causa l'applicazione di questi» (par. 56 della sentenza).

¹⁰¹ Vedi *supra*, nota 88.

confronti di un simile strumento normativo¹⁰². Del resto, come efficacemente evidenziato dalla CDI, «Almost all modern jurists [...] reluctantly [...] admit the existence in international law of the principle [...] *rebus sic stantibus*»¹⁰³ in quanto giudicato dalla maggior parte degli Autori potenzialmente foriero di una pericolosa deroga al principio *pacta sunt servanda* e, quindi, suscettibile di mettere in crisi la stabilità delle relazioni pattizie¹⁰⁴.

Così concepita, la sfera operativa dell'art. 62 sembra raffigurare, in caso di lite processuale, più un'ipotesi di scuola¹⁰⁵, che quella di un effettivo strumento a tutela dell'equilibrio contrattuale, a tutto detrimento delle difese di quegli Stati che si ritrovano in una situazione di impossibilità (relativa)¹⁰⁶ nell'adempimento delle proprie prestazioni¹⁰⁷. All'atto pratico, questo paradossale risultato si sarebbe potuto contenere statuendo un espresso dovere di rinegoziazione del trattato, in presenza di un rilevante mutamento di circostanze, soluzione questa invece, come visto, recisamente scartata a Vienna¹⁰⁸. Ciò, infatti, consentirebbe ai tribunali aditi, in presenza della denuncia di un trattato per mutamento delle circostanze, d'imporre alle parti di attivarsi diligentemente ai fini di una risoluzione diplomatica della controversia, favorendo il ristabilimento di quel sinallagma funzionale ormai compromesso.

Un simile *escamotage*, peraltro condiviso dalla più attenta dottrina¹⁰⁹, risulta di fatto già sperimentato dalla CIG in occasione delle sopra menzionate sentenze, del 1974, sul merito

¹⁰² Non c'è praticamente Autore che non evidenzi la pericolosità dell'istituto rispetto alla stabilità delle relazioni pattizie; per tutti, cfr. M. SHAW, C. FOURNET, *1969 Vienna Convention, Article 62*, cit., p. 1431, che sottolineano come «the rebus sic stantibus principle represents an obvious threat to the respect of pacta sunt servanda principle». Circa la pretesa contraddittorietà del principio, cfr. P. CHAIER, *Le changement fundamental de circonstances et la convention de Vienne sur le droit des traités*, in *Le droit international à l'heure de sa codification, études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. 1, Milano, 1987, p. 163.

¹⁰³ Vedi *YILC*, 1966, vol. II, p. 257, par. 1.

¹⁰⁴ Queste perplessità furono altresì manifestate da numerose delegazioni statali nel corso dei lavori della Conferenza di Vienna. Al riguardo, cfr. *amplius*, H.F. KOECK, *The "Changed Circumstances" Clause After the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968-69)*, cit., pp. 104 ss.

¹⁰⁵ Definisce la clausola *rebus sic stantibus* «only a theoretical possibility for treaty termination» M. FITZMAURICE, *Exceptional Circumstances and Treaty Commitments*, in D.B. HOLLIS (a cura di), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, 2012, p. 618.

¹⁰⁶ Vedi *supra*, par. 2.

¹⁰⁷ Considerano comunque l'attuale formulazione restrittiva dell'art. 62 un apprezzabile compromesso, nell'ottica della salvaguardia delle esigenze di stabilità delle relazioni pattizie, M. SHAW, C. FOURNET, *1969 Vienna Convention, Article 62*, cit., p. 1432, qualificando questa disposizione come un'utile «safety valve», che permette in ogni caso di tenere in debito conto delle rinnovate esigenze delle parti, a fronte di un intervenuto mutamento delle circostanze; analogamente, cfr. H.F. KOECK, *The "Changed Circumstances" Clause After the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968-69)*, cit., p. 94.

¹⁰⁸ Vedi *supra*, par. 2.

¹⁰⁹ Questa impostazione è sostenuta vigorosamente da J.H.W. VERZIJL, *Le principe rebus sic stantibus en droit international public*, cit., p. 526: «La conclusion à tirer [...] de la vraie situation juridique pour le traitement de la 'clause' *rebus sic stantibus* dans un système doctrinal de droit international public paraît être que son incorporation

dell'affare delle *Pescherie islandesi*. Nell'occasione, pur senza pronunciarsi espressamente in ordine alla clausola *rebus sic stantibus* invocata dall'Islanda, la Corte evidenziò la necessità che le parti si adoperassero per pervenire a un "adattamento" degli accordi sottoposti alla sua cognizione, alla luce della mutata situazione nelle more determinatasi¹¹⁰.

Più precisamente, la CIG, ponendosi in una chiara «prospettiva revisionistica»¹¹¹, non solo ha riconosciuto, a carico degli Stati in lite, un *obbligo di rinegoziazione* secondo equità, ma addirittura si è spinta sino a pretendere di delineare il quadro generale della successiva contrattazione transattiva¹¹². Beninteso, questo *dictum* giammai potrebbe essere interpretato alla stregua dell'imposizione di un vero e proprio dovere *de contrahendo*, avendo piuttosto stabilito una più tenue obbligazione di mezzi a carico degli Stati interessati, avente ad oggetto l'intavolazione di trattative.

Si sarebbe, allora, tentati di ricostruire la clausola *rebus sic stantibus* – almeno nei suoi risvolti processuali – come assortita di un obbligo per i contraenti, di ricercare una soluzione concordata della controversia e di un ancillare dovere del giudice di svolgere un'inerente attività

dans le chapitre relatif aux causes d'extinction d'un traité est erronée et que les effets juridiques de la 'clause' se situent plutôt, théoriquement, dans un chapitre spécial consacré aux conditions exceptionnelles dans lesquelles une partie contractante peut réclamer la révision d'une situation juridique, autrement valablement existante». L'Autore, quindi, ritiene che «le principe *rebus sic stantibus* ne saurait être 'reçu', et n'a, en fait, jamais été reçu [...] que comme créant une réclamation au profit de l'État affecté par le changement des circonstances – avec le corollaire de l'obligation de la partie adverse d'entrer en négociation avec lui –, qui tend à être délié de son engagement par l'autre ou les autres parties contractantes, ou à le voir modifier à l'amiable en fonction des circonstances changées». È interessante, poi, osservare che anche chi, come G. OTTOLENGHI, *Corso di diritto internazionale pubblico*, cit., pp. 405 ss., nega che la clausola *rebus sic stantibus* rappresenti un'autonoma causa di inefficacia dei trattati, senta comunque l'esigenza di auspicare che le parti di un trattato, divenuto obsoleto per un intervenuto mutamento delle circostanze, procedano pacificamente alla revisione dello stesso. Sull'opportunità, poi, che i trattati siano in ogni caso muniti di clausole che ne autorizzino la revisione periodica cfr. A. POCH DE CAVIEDES, *De la clause 'rebus sic stantibus' à la clause de révision dans les conventions internationales*, in *RC*, cit., pp. 197 ss.

¹¹⁰ Al riguardo, viene affermato, in *ICJ Reports*, 1974, pp. 32-33, par. 73 e 75, nonché p. 201, par. 65 e 67: «The most appropriate method for the solution of the dispute is clearly that of *negotiation*. Its objective should be the delimitation of the rights and interests of the Parties; to direct them to negotiate is therefore a proper exercise of the judicial function in this case. This also corresponds to the Principles and provisions of the Charter of the United Nations concerning peaceful settlement of disputes» (corsivo aggiunto).

¹¹¹ L. SICO, *Gli effetti del mutamento delle circostanze sui trattati internazionali*, cit., p. 277.

¹¹² La Corte ha definito quindi, nel dispositivo delle menzionate sentenze, dei dettagliati criteri-guida di cui le parti avrebbero dovuto tenere conto nella loro successiva trattativa in *ICJ Reports*, 1974, pp. 34-35, par. 79 e pp. 205-206, par. 77, dopo aver precisato: «In the fresh negotiations which are to take place on the basis of the present Judgment, the Parties will have the benefit of the above appraisal of their respective rights and of certain guidelines defining their scope. The task before them will be to conduct their negotiations on the basis that each must in good faith pay reasonable regard to the legal rights of the other in the waters around Iceland outside the 12-mile limit, thus bringing about an equitable apportionment of the fishing resources based on the facts of the particular situation, and having regard to the interests of other States which have established fishing rights in the area. It is not a matter of finding simply an equitable solution, but an equitable solution derived from the applicable law».

di mediazione, con la conseguenza che solo nell'ipotesi di fallimento dei relativi negoziati si aprirebbe la strada alla declaratoria d'inefficacia dell'accordo. D'altro canto, la stessa CIG già nelle precedenti sentenze sulla competenza del 1973 relative allo stesso affare, aveva precisato che il testo dell'art. 62 dovesse considerarsi corrispondente al diritto consuetudinario «in many respects»¹¹³, lasciando verosimilmente intendere, con questa ultima espressione, la possibilità di legittimare un'interpretazione estensiva della correlativa norma.

Il che, per giunta, risulterebbe in linea con i più recenti sviluppi della prassi commerciale internazionale, ove si registra il sempre maggior impiego di clausole contrattuali di *hardship*, comportanti l'obbligo di ritrattare i termini dell'accordo, a fronte di un intervenuto mutamento delle circostanze¹¹⁴, peraltro avvalorato da una serie di lodi arbitrali che ne suggellano l'operatività¹¹⁵. Neppure va trascurato come un tale obbligo *de negoziando*, in quanto volto a favorire la revisione e, dunque, il mantenimento in vigore del trattato affetto da un rilevante mutamento di circostanze, finirebbe con il garantire al massimo la piena osservanza di quel dovere di esecuzione dell'accordo secondo buona fede, solennemente sancito dall'art. 26 CVT¹¹⁶, a tutto vantaggio del *favor negotii*.

Certo, il prospettare una simile interpretazione evolutiva dell'art. 62, fondandosi su di un unico pronunciamento della CIG, può apparire azzardato, per quanto l'estrema rarità di precedenti giurisprudenziali in materia lo renda oltremodo significativo.

Solo gli sviluppi successivi della prassi potranno confermare una siffatta, rinnovata lettura della norma *de qua*, che, in ultima analisi, ne amplierebbe non poco la sfera operativa. Si conferirebbe, così, all'art. 62 la reale qualità di duttile strumento a tutela dell'equilibrio negoziale

¹¹³ Vedi *supra*, nota 99.

¹¹⁴ Emblematica, in tal senso la Clausola di *hardship* elaborata dalla Camera di commercio internazionale, nel 2020, che, al suo par. 2 lett. *b*), nel riproporre sostanzialmente invariato il modello già precedentemente approvato nel 2003, prevede: «the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow to overcome the consequences of the event». Dello stesso tenore è, poi, il par. 1 dell'art. 6.2.3. dei principi UNIDROT, sui contratti commerciali internazionali, del 2106, a norma del quale: «In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based». Sul tema, cfr. *amplius*, C. JARROSON, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in *Les principales clauses de contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990*, Aix-en-Provence, 1990, pp. 15 ss.

¹¹⁵ Cfr. *ex multis* le seguenti sentenze della Corte internazionale di arbitrato della Camera di commercio internazionale di Parigi: n. 2508, del 1976; n. 2291 del 1975; n. 4761, del 1987; n. 6219, del 1990; n. 8365, del 1997. Per una puntuale disamina di questa giurisprudenza, si rinvia a R. FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto*, in *Contratto e impresa*, n. 3, 2016, pp. 836 ss.

¹¹⁶ Vedi *supra*, nota 76.

in origine delineato dagli Stati contraenti, riuscendo così pienamente a soddisfare quella basilare esigenza sottintesa della norma, per cui *voluntas non exenditur ad incognitum*.

GIANCARLO SCALESE
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

«STRAORDINARIETÀ» E «IMPREVEDIBILITÀ» DELL'EVENTO PANDEMICO EX
ARTT. 1467 SS. COD. CIV.

«La morte è l'assentarsi dell'eterno»
(E. SEVERINO)

1. Introduzione - 2. Gli artt. 1467 ss. cod. civ. tra *categoria* e *assiologia* - 3. Il binomio “straordinarietà-imprevedibilità” (endiadi, continenza non reciproca o cumulo occasionale?) e la pandemia quale evento di “portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione” - 4. Conclusioni

1. Introduzione

Tra i numerosi corollarî originati dalla tragicissima evenienza pan-demica, che nel 2020 ha inaspettatamente sconvolto lo scenario globale, v'è quello d'aver disvelata, in tutta la sua prismaticità, la “categoria fenomenica generale” della “complessità sociale”, la quale – come insegna Angelo Falzea – diviene oggetto di comprensione epistemica a mezzo «d[e]lle scienze biologiche[,] per la realtà vitale» e «[...] d[e]lle scienze dello spirito[,] per la realtà umana»¹, sicché, mentre le immani energie profuse dal personale medico hanno determinato, a fronte dell'esponenziale aumento dei contagi, una lenta eppur costante progressione delle prime, viceversa le seconde non hanno potuto che evocare in causa le competenze del giurista, il quale, responsabilmente, s'è dimostrato tutt'altro che restio ad intercettare quei «fenomeni più complessi della complessità generale», tradizionalmente proclivi a formare oggetto della sua «osservazione speculativa»²⁻³.

¹ A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, pp. 3 ss. (ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III, Milano, 2010, p. 387 ss., 391, da cui le citazioni); sulla categoria della “complessità”, fondamentali restano le pagine di ID., *Complessità giuridica*, in P. SIRENA (a cura di), *Oltre il «positivismo giuridico» in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 2012, pp. 3 ss.

² Il virgolettato è, nuovamente, tolto da ID., *Il civilista*, cit., pp. 391.

³ Invero, la nostra letteratura ha accolto con sollecitudine le sfide imposte da quello che s'è voluto, piuttosto frettolosamente, definire “diritto dell'emergenza”: locuzione, questa, senz'altro impropria, giacché, come rimarcato dalla Presidente Marta Cartabia nella Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, presentata il 28 aprile 2020 e reperibile al sito *cortecostituzionale.it*, «la nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese [...] [non rinvenendosi] clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri»; ma v. anche, in chiave particolarmente critica, G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, 2020, pp. 12, ove l'A. si spinge sino ad identificare lo “stato di eccezione” nella «pura e semplice sospensione delle garanzie costituzionali». In contrario, v'ha, peraltro, da osservare come la riferita *eccezionalità* della situazione esorti non certo ad abdicare, bensì ad adempiere con maggior sforzo quel “[...] dovere di svolgere [...] un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”, che la Carta impone ad

“ogni cittadino” (art. 4 Cost.), vieppiù se affidatario di “funzioni pubbliche” (art. 54 Cost.) [per questa suggestione v. G. PERLINGIERI, *Rilevabilità d’ufficio e sanabilità dell’atto nullo, dieci anni dopo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2019, pp. 1105 (ribadita in ID., *Sulla modificabilità dell’ordine legale di riduzione delle donazioni*, Studio n.52-2020/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 20 maggio 2020, pp. 1)]. E, nella stessa direzione, suonano attualissime le considerazioni – pur svolte in altra occasione, ossia all’indomani dell’affievolimento di quella fase di terrorismo acuto in cui, a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso, associazioni criminali di stampo sovversivo venivano attanagliando il nostro Paese – di P. PERLINGIERI, *L’uscita dall’emergenza e giustizia civile*, in *Legalità e giustizia*, 1985, pp. 1162 ss. (ora in ID., *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989, pp. 235 ss.), secondo il quale «l’emergenza, intesa come stato di necessità e di pericolo per i singoli e per le istituzioni, come momento critico che richiede interventi solleciti e anticongiunturali [...] si prospetta più insidiosa di prima [...] [e] tale insidia non agevolmente potrà venir meno senza recuperare le ragioni ideali e politiche sulle quali è fondata la Repubblica, riscoprendo e attuando realmente i valori espressi dalla Costituzione» (pp. 236-237). Contributo, quest’ultimo, in cui già s’avanzavano, peraltro, fondate perplessità sull’opportunità di ricorrere, in tali drammatici contesti, alla legislazione cd. speciale, la quale rischia sovente d’essere «espressione di taluni gruppi organizzati, di massa o elitari, strumento di particolarismi e cioè di degenerazioni del pluralismo politico ed economico» [*ibid.*; e v., altresì, ID., *Le ragioni di un convegno. Le leggi «speciali» in materia civile: tecniche legislative e individuazione della normativa*, in *Rassegna di diritto civile.*, 1985, pp. 609 ss. (ora in ID., *Scuole, cit.*, pp. 253 ss.)]; ma in una diversa prospettiva, sul punto, N. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, p. 141 ss. (ora in ID., *L’età della decodificazione*, 4^a ed., Milano, 1999, pp. 113 ss.); ID., *I frantumi del mondo (sull’interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in *Quadrimestre*, 1984, pp. 223 ss. (ora in ID., *L’età, cit.*, pp. 151 ss.); nonché, assai più recentemente, ID., *Il diritto pubblico e privato in un’epoca che fa eccezione*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020, ove l’illustre A. ha sintetizzato nel sintagma “diritto di guerra” quel «diritto vagante di giorno in giorno, incerto come incerti sono il cammino, e le forme e i tempi, dell’invisibile nemico» (e v., altresì, ID., *Intervista a Nicola Sandutti*, in *Il Corriere della Sera*, 29 maggio 2020). Allora, per alcuni spunti d’ordine generale, cfr., B. CARAVITA DI TORITTO, *L’Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, Editoriale per *Federalismi*, 2020, pp. iv ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, pp. 109 ss.; R. FERRARI ZUMBINI, *Il binocolo della Storia e il virus. Riflessioni su ipotesi di costituzionalismo a geometria variabile*, in *Forum di Quaderni costituzionali.*, 2020, pp. 117 ss.; ID., *Al di là di questa Europa*, Editoriale per *Luiss Open*, 20 aprile 2020; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi*, 2020 (e cfr., *ivi*, pp. 46 ss., pp. 78 ss., pp. 124 ss., pp. 153 ss., pp. 168 ss. e pp. 195 ss. per un’indagine, rispettivamente, sugli approcci francese, spagnolo, tedesco, statunitense, canadese, cinese e russo alla tragica *escalation* dei contagi); sul versante unionale v., invece, *funditus*, S. DOMINELLI, *Covid-19: riflessioni di diritto dell’Unione europea*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti, cit.*, pp. 209 ss., nonché F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull’azione dell’Unione ai tempi del Coronavirus*, in *Eurojus*, 2020, pp. 95 ss. Per spunti di tenore più spiccatamente civilistico, v. A. FACHECHI, *Stato d’emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, in corso di pubblicazione (le cui bozze sono state consultate per cortesia dell’Autrice); G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, pp. 3 ss.; A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 236 ss.; A.M. BENEDETTI, *Obbligazioni e contratti al tempo dell’emergenza: l’esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, D.L. n. 6/2020)*, pp. 266 ss.; E. GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio*, pp. 274 ss.; E. FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell’incertezza*, pp. 300 ss.; M. GRONDONA, *Dall’emergenza sanitaria all’emergenza economica: l’eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, pp. 316 ss.; L. RUGGERI, M. GIOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, pp. 340 ss.; O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 cod. civ.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, pp. 352 ss.; G. IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell’art. 91 del D.L. n. 18/2020, “Cura Italia”)*, pp. 366 ss.; L. COPPO, *Il diritto a rifiutare la prestazione parziale: una lettura solidaristica*, pp. 396 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, pp. 424 ss.; S. POLIDORI, *Emergenza epidemiologica e obblighi di rinegoziare nei contratti del calcio professionistico*, pp. 480 ss.; F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “Coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, pp. 129 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto “cura Italia”*, pp. 213 ss.; ID., *Il “rapporto” obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, 27 aprile 2020; R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l’applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, 27 aprile 2020; A.M.

In questo scenario, varî, e tutti attuali, sono stati gl'interrogativi ai quali la comunità scientifica – in specie, civilistica – ha sentito di dover fornire riscontri tempestivi, per quanto, a scongiurare d'indulgere alla tentazione di sacrificare la *meditazione* sull'altare dell'*immediatezza*⁴, vigilissima debba sempre essere la consapevolezza della complessità (in tal caso, tecnica) dei temi vòlta a vòlta scrutinati, specialmente ove si consideri che questi ultimi, in ossequio ad accreditati canoni ermeneutici, non possono più essere riguardati in un'ottica atomistica, bensì entro un ordinamento olisticamente concepito quale «organico sistema di norme e princîpi, che costituiscono insieme una unità»⁵.

BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, 29 aprile 2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, 29 aprile 2020; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, *ivi*, 6 maggio 2020; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, 7 maggio 2020; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, 4 giugno 2020 [su quest'ultima Rivista cfr., poi, *Emergenza Covid-19 Speciale n. 1* (ove, ad es., F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, pp. 207 ss.; S. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, pp. 213 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, pp. 227 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, pp. 237 ss.) e *Emergenza Covid-19 Speciale n. 2* (ove, ad es., D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, pp. 3 ss.; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, pp. 151 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, pp. 159 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, pp. 169 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, pp. 235 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, pp. 245 ss.); A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; T. DALLA MASSARA, *Emergenza sanitaria ed esigenza di regole: scenari e proposte*, 30 marzo 2020; M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea "grezza"*, 23 aprile 2020; L. PANZANI, *Covid, crisi e rinegoziazione*, 29 giugno 2020; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020, pp. 205 ss.; V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *giustiziainsieme.it*; E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus Civile*, 2020, pp. 465 ss.; A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis cod. proc. civ. ne è lo specifico rimedio*, pp. 724 ss. Per considerazioni d'ordine generale, v. anche G. GRISI, *La lezione del coronavirus*, p. 190 ss.

⁴ D'avventatezza peccano, in particolare, i tentativi d'intravedere nell'emergenza l'occasione per ridisegnare i princîpi identificativi del sistema [il pensiero corre, ad es., a talune proposte – *melius re perpensa*, ritirate – concernenti il Notariato, probabilmente dimentiche della funzione di controllo di legalità e meritevolezza (arg. ex art. 28 l.n., non pre-costituzionalmente interpretato) che, a tali pubblici ufficiali (artt. 1 l. n., 54 e 97 Cost.), il nostro ordinamento riserva], essendosi, più in generale, persuasivamente rilevato che le "[...] previsioni restrittive non hanno comportato alcuna radicale trasformazione dell'ermeneutica giuridica, rivelando, piuttosto, che, in un ordinamento ispirato a una gerarchia di valori dotati di rilevanza normativa, soltanto il rispetto per la legalità costituzionale offre tecniche interpretative in grado di tener conto delle specificità delle fattispecie concrete, comprese quelle dell'emergenza" (A. FACHECHI, *Stato d'emergenza*, cit. e v. anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus*, cit., p. 425).

⁵ Così, già, S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1941, pp. 197 ss., 198-199 (ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2010, pp. 681 ss.); e v. allora P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, pp. 188 ss. (ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, pp. 23 ss.), nonché ID., *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rassegna di diritto civile*, 1985, pp. 990 ss. (ora in ID., *Scuole*, cit., pp. 275 ss.).

Rammentato, dunque, che «senza sistema non vi può esser discorso sopra veruna cosa»⁶, in questa sede ci si propone d'indagare se – a fronte dell'epidemia da Covid-19 – si renda applicabile la normativa codicistica in tema d'eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1469 cod. civ.)⁷ e,

⁶ G. LEOPARDI, *Pensieri di varia filosofia e di bella letteratura*, II, Firenze, 1898, p. 291, giacché «mancare assolutamente di sistema (qualunque esso sia), è lo stesso che mancare di un ordine, di una connessione d'idee».

⁷ La bibliografia in tema è ovviamente sconfinata; in questa sede, ci si limita a segnalare, nella manualistica, P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, pp. 580 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8ª ed., 2017, pp. 639 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 23ª ed., 2017, pp. 706 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 18ª ed., 2017, pp. 1037 ss.; G. ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, 11ª ed., 2020, pp. 653 ss.; tra le trattazioni monografiche, A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950; A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, specialmente pp. 14 ss.; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Artt. 1467-1469 cod. civ., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995; G. CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 2001; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, specialmente pp. 223 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, specialmente pp. 399 ss.; C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005, specialmente pp. 88 ss., 291 ss., 340 ss.; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, artt. 1467-1469 cod. civ., in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2010; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 2012; F. FERRARO, *Patto di opzione e operazione economica*, Milano, 2016; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, specialmente pp. 47 ss.; tra le voci enciclopediche, P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Milano, 1980, pp. 155 ss.; F. DELFINI, *Risoluzione per eccessiva onerosità*, in S. MARTUCCELLI, V. PESCATORE (a cura di), *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, *Diritto civile*, Milano, 2011, pp. 1566 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., agg., Torino, 2012, pp. 439 ss.; E. TUCCARI, *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta noi)*, ivi, agg., Torino, 2019, p. 97 ss.; tra le opere dai più vasti confini, F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, XXI, Milano, 1987, pp. 836 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* Iudica-Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, pp. 943 ss.; R. SACCO, in ID., G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Milano, 2016, pp. 1677 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 414 ss.; R. CALVO, *Diritto civile*, 2, *Il contratto*, 2ª ed., Bologna, 2020, pp. 523 ss.; F. GALGANO, *Il contratto*, Milano, 2020, pp. 497 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., rist., 2012, pp. 185-186, 263; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, pp. 501 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, specialmente pp. 303 ss.; tra le note a sentenza, D. RUBINO, *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, nota alla Cass. civ., 23 aprile 1947, n. 610, in *Foro italiano*, 1947, c. 727 ss. [su cui v., in particolare, G. PERLINGIERI, *Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in P. PERLINGIERI, S. POLIDORI, *Domenico Rubino*, I, Napoli, 2009, pp. 1003 ss. (mentre, più in generale, sull'attualità dell'impostazione rubiniana, P. PERLINGIERI, *L'interesse e la funzione nell'ermeneutica di Domenico Rubino*, pp. 3 ss.)]; A. BUFFA, *Di alcuni principi interpretativi in materia di risoluzione per onerosità eccessiva*, nota al Trib. Genova, 30 luglio 1947, in *Rivista di diritto commerciale*, 1948, pp. 53 ss.; M. LIPARI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità: la struttura del giudizio di prevedibilità e la rilevanza dell'inflazione*, nota alla Cass. civ., sez. II, 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giustizia civile*, 1985, pp. 2795 ss.; tra gli altri contributi, G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, pp. 170 ss.; E. OSILIA, *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1949, pp. 15 ss.; M. FERRARI, *Osservazioni in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, pp. 1074 ss.; G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità e inadempimento*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1953, pp. 84 ss.; V.R. CASULLI, *Compravendita e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pp. 986 ss.; E. REDENTI, *Sulla nozione di «eccessiva onerosità»*, 1959, pp. 344 ss.; C. FISSOTTI, *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1959, pp. 102 ss.; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, 1960, pp. 416 ss.; V. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, pp. 1239 ss.; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1983, pp. 54 ss.; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rassegna di diritto civile*, 1983, pp. 710 ss.; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata*

segnatamente, se la pandemia sia ascrivibile a quegli «avvenimenti straordinari e imprevedibili», alla ricorrenza dei quali l'art. 1467 cod. civ. subordina l'operatività delle norme contenute nell'intera Sezione III⁸⁻⁹.

2. Gli artt. 1467 ss. cod. civ. tra *categoria* e *assiologia*

Dalla constatazione, giuridica, per cui i contratti «si proiettano nel futuro»¹⁰, e da quella, di respiro più filosofico, secondo cui «mai il futuro è uguale al presente»¹¹, si profila la necessità d'allocare in capo ad una delle parti il rischio¹² del *superveniens*, mediando – ad onta della massima

nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare, in *Rivista di diritto civile*, 2002, pp. 63 ss.; E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi Urbinati*, Urbino, 2003, pp. 169 ss.; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato Roppo*, 5.2, Milano, 2006, pp. 493 ss., specialmente pp. 615 ss.; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Jus Civile*, 2013, pp. 1 ss.

⁸ Si v., a riprova, gli *incipit* degli artt. 1468 e 1469 cod. civ.

⁹ Dalla presenta trattazione esula il tema della risoluzione per impossibilità sopravvenuta [per la distinzione con quella per eccessiva onerosità v., per una rassegna delle posizioni dottrinali, per tutti, G. CASELLA, *La risoluzione*, cit., pp. 14-17, mentre, in giurisprudenza, la Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2007, pp. 1177 ss., con nota di F. AZZARRI (per quella con la figura, ancora diversa, della cd. inesigibilità v., invece, O. CLARIZIA, *Sopravenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, pp. 31 ss.)], in quanto si scrive in un momento in cui la fase di cd. *lockdown* è, apparentemente e sperabilmente, in via di esaurimento, e si è esattamente rilevato (E. TUCCARI, *Sopravenienze*, cit., p. 511) che mentre le misure di contenimento più rigorose – per un'esautiva rassegna delle quali v., da ultimo, A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., p. 725, nt. 3 – evocano la figura regolata dagli artt. 1463 ss. cod. civ., viceversa, in sede di “normalizzazione”, a venire più in rilievo sarà, realisticamente, l'istituto di cui agli artt. 1467 ss. cod. civ.

¹⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 943.

¹¹ *Ibid.*

¹² L'impostazione della questione nei termini indicati è frutto, essenzialmente, degli studi condotti, sul finire degli anni Sessanta, da M. BESSONE, *Adempimento*, cit., il quale – per ciò che qui più interessa – aveva preliminarmente a constatare come l'art. 1467 cod. civ. costituisse «una innovazione molto preziosa, che pone giurisprudenza e dottrina in condizioni di autentico privilegio», per quanto i presupposti della fattispecie fossero connotati da un certo grado d'indefinizione, sicché – proseguiva – «[...] l'ambito nel quale la compatibilità tra circostanze ed adempimento continua a costituire un problema dei più ardui viene così a circoscriversi all'area dei casi che non sono espressamente regolati» (pp. 14, 15; e v. anche pp. 49-50, ove è pregevolmente sconfessata la teoria letteralistica secondo la quale dalla norma poc'anzi citata si sarebbe potuta desumere, a *contrariis*, l'irrelevanza delle circostanze sopravvenute non imprevedibili). La sistematica del Maestro genovese – che passa attraverso una serrata critica, in funzione de-psicologizzante, alla teoria windscheidiana della *Voraussetzung* (*ibid.*, p. 59 ss.), quale naturale proiezione di quel “dogma della volontà” (v. anche nt. seguente) forgiato dalla stessa Pandettistica – perviene, in definitiva, ad una valorizzazione del giudizio di *buona fede*, quale adeguata “tecnica di controllo” sulla compatibilità tra circostanze e adempimento, se tuttavia intesa non quale “puro e semplice giudizio di equità” (*ibid.*, p. 347), bensì come strumento improntato ai razionali criteri del tipo contrattuale prescelto e del raffronto tra il prezzo pattuito e i valori di mercato (v., *amplius*, *ibid.*, p. 350 ss.). Linea di pensiero, questa qui cennata, che avrebbe poi trovato compiuta espressione negli ulteriori scritti dell'A., tra cui, *ex multis*, ID., *Errore sul motivo, “fausse cause” e questioni di presupposizione*, in *Foro italiano*, 1972, c. 35 ss.; ID., *Principio della presupposizione e “interpretazione” del contratto*, in *Foro padano*, 1972, pp. 265 ss.; ID., *“Essenzialità” dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, pp. 884 ss.; ID., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro italiano*, 1978, c. 281 ss.; ID., *Presupposizione, «oggettività» delle circostanze e fonti di integrazione*

liberista del Fouillée secondo cui *qui dit contractuel, dit juste* – tra la regola *pacta sunt servanda*¹³, codificata dall’art. 1372 cod. civ., e le istanze equitative (*melius*, proporzionali) sottese alla giustizia contrattuale¹⁴.

del rapporto obbligatorio, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, pp. 1747 ss.; ID., *La finzione delle presupposizioni «comuni ad entrambi i contraenti» e gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1978, pp. 355 ss.; ID., *Causa tipica e “motivo” del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, pp. 1104 ss.; ID., A. D’ANGELO, «*Presupposizione, sopravvenienza di eventi e problemi di teoria generale del contratto*», in *Rivista del notariato*, 1981, pp. 1005 ss.

¹³ Intesa come espressione di quel *Willensdogma*, per sconfessare il quale non ci pare possano essere richiamate parole più eloquenti di quelle proferite, autorevolmente, da E. BETTI, *Teoria generale*, cit., pp. 51 ss., secondo cui «l’istituto del negozio giuridico non consacra la facoltà di «volere» a vuoto, come piace affermare a certo individualismo, non ancora estirpato dalla odierna dogmatica. Piuttosto [...] esso garantisce e protegge l’autonomia privata nella vita di relazione, in quanto si volge a dare assetto ad interessi degni di tutela nei rapporti che li concernono» (*ibid.*, p. 51), là dove «[...] la elaborazione della formula pandettistica “dich. di vol.” si riconduce in definitiva alla concezione individualistica che imperò nella dottrina del diritto naturale nei secoli XVII e XVIII e si dimostra frutto di quella stessa mentalità astratta e antistorica che andò a ricercare in un “contratto” la genesi della società umana» [*ibid.*, p. 56; notissima, sul punto, è la “polemica” intrattenuta dal Maestro con Giuseppe Stolfi, per ripercorre la quale v., già, N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, pp. 557 ss. (ora in ID., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, pp. 41 ss.), nonché, da ultimo, M. GRONDONA, *Il contratto, l’ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, pp. 1 ss., specialmente pp. 12 ss.]. Nel nostro ambito, v. anche le notazioni di G. PERLINGIERI, *Svalutazione monetaria*, cit., p. 1029, specialmente nt. 73, il quale ha sostenuto persuasivamente che «l’art. 1372 cod. civ. non esprime un principio fondamentale, ma una semplice regola ordinaria da inserire nella gerarchia delle fonti e da controllare sul piano sistematico ed assiologico» (su questa metodologia interpretativa, chiaro è il riferimento a P. PERLINGIERI, *L’interpretazione*, cit.), e di R. NATOLI, *Coronavirus*, cit., per il quale «la prima categoria ordinante del diritto contrattuale che andrebbe sottoposta a revisione è quindi quella espressa nella formula *pacta sunt servanda*: proprio il dibattito svoltosi negli ultimi due decenni (che proprio in questo periodo di emergenza contrattuale ha subito ripreso piede) sull’obbligo di rinegoziazione è spia della necessità, se non del superamento del principio, quanto meno di un suo temperamento con altri non meno rilevanti, come quello *rebus sic stantibus*». Più in generale, sulle origini della formula, v. l’indagine di G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993.

¹⁴ Impernia «il dibattito intorno all’autonomia negoziale ed ai suoi limiti [...] sulla ricerca di un equilibrio tra “libertà” e “giustizia” contrattuali», P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 335 ss. (ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 441 ss., da cui si cita, specialmente p. 444, nt. 5), in un contesto volto all’opportuna valorizzazione del principio – certo non estraneo all’ordito costituzionale (arg., quanto meno, ex artt. 36, 38, 42, 53 e 97 Cost.), europeo (v. l’art. 5, comma 4°, TUE) e oggi anche legislativo (v. l’art. 62, comma 1°, della l. 24 marzo 2012, n. 27, concernente le “relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari”) – di *proporzionalità*, seppure inteso non già nel senso «di imporre una equivalenza delle prestazioni» [così già anche, assai nitidamente, O.T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell’adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, pp. 309 ss., specialmente 342], bensì di «[...] evitare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste» [P. PERLINGIERI, *Equilibrio*, cit., p. 454, e v. anche ID., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2002, pp. 49 ss. (ora in ID., *Il diritto*, cit., pp. 463 ss.), nonché ID., *Sui contratti iniqui*, in *Rassegna di diritto civile*, 2013, pp. 480 ss., ove si esordisce chiaramente nel senso che «il sintagma ‘contratti iniqui’ identifica quei contratti caratterizzati da un ‘equilibrio non proporzionato’» (*ibid.*, p. 480)]. Per *incidens*, al criterio di “proporzione” già alludeva, proprio discorrendo dell’art. 1467 cod. civ., A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 312, il quale, tuttavia, in più recenti e ampî contributi (ID., *L’uso abusivo di principi*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 747 ss., specialmente 755) sembra disconoscerne l’immanenza al sistema ordinamentale. V. altresì, da ultimo, l’art. 1, lett. i), del d.d.l. delega n. 1151 del 2019, il quale – nel prospettare l’introduzione, nel nostro ordinamento, dell’istituto della “rinegoziazione” (v. *infra* nel testo) – allude alla «*proporzione* tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» (corsivo nostro). Su tale principio, in ottica internazionale, cfr. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, Milano, 2000; in quella europea, cfr. M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli,

1999 e F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001; in quella nazionale, cfr., con declinazione in vari ambiti tematici, i due volumi di G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, ma già, con riguardo ai più specifici temi delle stipulazioni commissorie, dell'appalto e delle garanzie reali, rispettivamente, N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, specialmente, in termini sistemici, pp. 174 ss.; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, pp. 686 ss.; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, specialmente, sempre in prospettiva sistemica, pp. 15 ss. Al riguardo, appare assai emblematica, in giurisprudenza, la vicenda della riducibilità officiosa della penale eccessiva ex art. 1384 cod. civ., su cui v., dapprima, la Cass. civ. sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, in *Contratti*, 2000, pp. 118 ss., con nota di G. BONILINI; in *Foro italiano*, 2000, c. 1930 ss., con nota di A. PALMIERI; in *Corriere giuridico*, 2000, pp. 68 ss., con nota di M. FANCELLI (pronunzia, nella cui parte motiva, s'evocavano *claris verbis* i criteri di "adeguatezza e proporzione", nel suggestivo quadro d'un «tramonto del mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e del dogma della intangibilità delle convenzioni»), nonché, poi, la Cass. civ., S.U., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corriere giuridico*, 2005, pp. 1534 ss., con nota di A. DI MAJO; in *Obbligazioni e contratti*, 2006, pp. 415 ss., con nota di V. PESCATORE; in *Foro italiano*, 2006, c. 106 ss., con nota di A. PALMIERI; in *Notariato*, 2006, p. 13 ss., con nota di M. TATARANO; in *Rivista di diritto privato*, 2006, pp. 683 ss., con nota di C. CICALA; arrivandosi a predicare «maturo il tempo per poter riconoscere, nell'art. 1384 cod. civ., un principio di carattere generale» [così P. PERLINGIERI, *Equilibrio*, cit., p. 450 e, nello stesso senso, più di recente, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 159, per il quale la Cass. cit. «ha assu[nto] che la norma dell'art. 1384 cod. civ. sia espressione di un principio di proporzionalità di rilevanza costituzionale» (e v., da ultimo, G. VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *Jus Civile*, 2017, pp. 683 ss.)]. Al tema ora richiamato si ricollegano anche le ordinanze "gemelle" della Consulta sulla caparra confirmatoria "iniqua" [Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro italiano*, 2014, c. 2036 ss., con nota di E. SCODITTI; *ibid.*, c. 2039 ss., con nota di R. PARDOLESI; *ibid.*, c. 2042 ss., con nota di G. LENER; Corte Cost., ord., 24 ottobre 2013, n. 248, *ibid.*, c. 383 ss., con nota di F.P. PATTI (e v. ID., *Caparra confirmatoria e riduzione giudiziale*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2015, pp. 54 ss.); in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, pp. 3770 ss., con nota di F. ASTONE; e, per un commento a entrambe le ordinanze, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, pp. 927 ss.], sebbene v'abbia da osservare come il riferito nesso non debba necessariamente esprimersi per tramite dell'interpretazione analogica, la quale – seppure di per sé non errata, ché l'art. 1384 cod. civ. non contiene certo una norma eccezionale, in quanto attuativa del principio di proporzionalità – rischia, tuttavia, di «costitui[re] una pericolosa semplificazione, perché l'analogia, in un ordinamento fondato sulla gerarchia delle fonti e dei valori normativi, è un concetto spesso superfluo e riduttivo»: così G. PERLINGIERI, *Legge, giudizio e diritto civile*, in *Annali SISDiC*, 2018, pp. 63 ss., 76 (ove una rilettura in chiave critica, ma non *in parte qua*, di N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017), nonché ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, pp. 10 ss., 26 (e, già, ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 31, nt. 65; 37, nt. 75; 39, nt. 81; 87), ove anche dubbî sull'opportunità di ricorrere, nel caso di specie, al rimedio della nullità, dovendosi, a tale tecnica "ablativa", preferire quella "manutentiva" della *reductio* [su tale distinzione, v. D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza*, I, cit., pp. 387 ss., mentre sulle insidie del procedimento analogico v., recentemente, L. TULLIO, *Analogia: tra uguaglianza, ragion d'essere e meritevolezza dell'estensione*, in G. PERLINGIERI, M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, pp. 101 ss.]. Attorno alla più ristretta nozione di "giustizia contrattuale" v., per tutti, F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, e la bibliografia richiamata già a pp. 8 ss., specialmente nt. 2 (e v., altresì, pp. 183 ss. sui profili applicativi della proporzionalità e della ragionevolezza nella "revisione" del contratto), nonché, le voci enciclopediche di ID., *Contratto giusto*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. civ., Agg.*, Torino, 2007, pp. 384 ss., di R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, *ibid.*, Torino, 2012, pp. 534 ss. e di V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, VII, Milano, 2014, pp. 447 ss. V., poi, F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, pp. 509 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica del diritto*, 2007, pp. 451 ss.; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, pp. 625 ss.; G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, pp. 149 ss. (già ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di diritto privato*, 2000, pp. 21 ss.); N. LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016; G. CHIODI (a cura di), *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano, 2009; A. MORACE PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Rivista di diritto civile*, 2020,

Di là dalla possibilità d’inserire nel regolamento contrattuale clausole redistributive *ad hoc*¹⁵, è noto come il nostro sistema codicistico non sia rimasto estraneo a questa esigenza, avendo apprestato – per l’epoca, avveniristicamente¹⁶ – strumenti rimediali non solo speciali (cfr., ad es., l’art. 1664 cod. civ.¹⁷), ma anche generali, come l’*eccessiva onerosità sopravvenuta* (artt. 1467 ss. cod. civ.), con la quale, lasciando parlare la Relazione al Codice civile (n. 665), s’introdusse «in modo espresso e in via generale, il principio dell’implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune e quindi in collegamento con una tradizione prettamente italiana, seguita fino ad ora solo da alcuni sistemi positivi stranieri».

pp. 663 ss.; P.E. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, *ibid.*, 2019, p. 348 ss.; G. D’AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e diritto privato*, 2019, pp. 1 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 1262 ss. [anche in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, pp. 52 ss.]. Sull’“equità” si segnalano invece le recenti e colte riflessioni di R. CALVO, *L’equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010 e, particolarmente, ID., *L’equità nel diritto civile (studio sull’attualità della sentenza celsina “ius est ars boni et aequi”)*, in *Annali della facoltà giuridica dell’Università di Camerino*, 2012, pp. 321 ss., specialmente 358 ss. ove, però, una serrata critica alla posizione della giurisprudenza di legittimità, poco sopra ricordata, tesa ad ammettere la possibilità di *reducere ad aequitatem* la penale *ex officio*, in deroga alla formula *ne eat iudex extra petita partium*. Infine, sulla distinzione tra equità e ragionevolezza v. G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., pp. 125 ss.; tra quest’ultima e la proporzionalità, p. 138 ss., oltreché ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Annali SISDiC*, 2017, pp. 25 ss., specialmente p. 58, ove, in particolare, si argomenta – con corredo di significativi esempi – nel senso che «la ragionevolezza, a differenza della proporzionalità, prescinde da una valutazione meramente quantitativa o di misura [...] ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole [...] una reazione proporzionata può risultare irragionevole [...] un rimedio proporzionato può risultare irragionevole e incongruo agli interessi e i valori normativi coinvolti in un caso concreto».

¹⁵ Condizioni risolutive, clausole d’indicizzazione (ad es. numeri indici, Istat, oro, valuta pregiata, merci), d’adeguamento o di revisione, ecc.: per un’esautiva rassegna si rinvia, per tutti, a A. RICCIO, *Dell’eccessiva onerosità*, cit., pp. 38 ss., il quale in linea generale ha avuto modo d’evidenziare che «non vi è più serio ostacolo ad enunciare il principio della generale ammissione di tali clausole, dato che con esse le parti contraenti mirano a conservare tra una prestazione già eseguita ed una controprestazione da eseguire nel futuro, quella equivalenza che il nuovo codice civile ritiene rispondere ad un interesse delle parti meritevole di tutela e non contrastante con l’altro principio del potere liberatorio della valuta nazionale [l’allusione è, evidentemente, all’art. 1277 cod. civ.]» (p. 40). Sul regime di concorrenza con la disciplina legale, v. la Cass. civ., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro italiano*, 1981, I, c. 2132 ss., con nota di R. PARDOLESI, secondo la quale «la stipulazione di una clausola di adeguamento del prezzo contrattuale non esclude, a fronte di sopravvenienze talmente eccezionali nella loro natura o entità da rendere concretamente inoperante l’indicizzazione divisata dalle parti, l’applicabilità della disciplina in tema di eccessiva onerosità» (e v. anche le acute riflessioni di F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., pp. 711-714, specialmente nt. 45).

¹⁶ Da ultimo, F. MACARIO, *Per un diritto*, cit., p. 208, osserva che trattasi di «una novità del codice civile del 1942, ignota alla tradizione civilistica, in quanto dogmaticamente spuria, e dunque non risultante nelle blasonate codificazioni francese e tedesca» e così anche P. SIRENA, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 206, rileva che il Codice «si collocò coraggiosamente in una posizione di avanguardia».

¹⁷ Il quale, ancora più modernamente, è ispirato a una logica “revisionale”; sulla fattispecie cfr. già O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979 e, più di recente, M. PENNASILICO, *L’eccessiva onerosità sopravvenuta dell’appalto tra scioglimento del rapporto e revisione del prezzo*, in P. PERLINGIERI, S. POLIDORI, *Domenico Rubino*, cit., II, pp. 827 ss., nonché S. POLIDORI, *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell’appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2016, pp. 569 ss., specialmente 572-573. Si v., altresì, l’art. 1584 cod. civ. per la locazione, l’art. 1623 per l’affitto, l’art. 1766 per il deposito, gli artt. 1896, 1897 e 1898 per l’assicurazione, nonché l’art. 39 del Codice del Turismo.

Affermazioni, queste, che, pur nella loro nettezza, non risolsero, ma anzi, forse, esacerbarono, l'annosa *querelle* – trascinatasi fino ad oggi e talvolta imperniatasi, per effetto d'una sorta di «ansia da classificazione»¹⁸, più sulla *categoria*, che sull'*assiologia*¹⁹ – circondante il fondamento del nostro istituto²⁰.

¹⁸ Ad altro proposito stigmatizzata da G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2008, pp. 1159 ss. (ora, con talune integrazioni, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, pp. 146 ss.).

¹⁹ Sul punto v. ID., *Venticinque anni dalla Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie*, in AA.VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni dalla Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 543 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, pp. 129 ss., specialmente p. 133, ove si legge che «col trascorrere delle esperienze storiche, istituti, concetti, strumenti, tecniche giuridiche, pur rimanendo nominalmente identici, mutano funzione, sì che talvolta finiscono col servire a scopi diametralmente opposti a quelli originari». Da ultimo, in un'efficace chiave de-costruttiva, N. LIPARI, *Le categorie*, cit., specialmente pp. 139 ss. sul contratto e pp. 155 ss. sulla sua «giustizia».

²⁰ Costante, sul punto, è l'«oscillazione» tra le teorie *subiettive* e quelle *obiettive* (così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 946 e, nello stesso senso, A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., p. 23; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 20; ID., *Rimedi*, cit., p. 180; ID., *Dottrine*, cit., p. 4; G.B. FERRI, *Dalla clausola*, cit., p. 60; G. CASELLA, *La risoluzione*, cit., p. 2; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 619; F. DELFINI, *Risoluzione*, cit., p. 1567; P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 442), per quanto tale dicotomia abbia il demerito di semplificare alquanto un ben più complesso «dilemma sistematico» (con G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 88). Ad ogni modo, il riferimento alla clausola *rebus sic stantibus* [sulla quale v. i fondamentali e approfonditissimi studi di G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Rivista di diritto civile*, 1912, pp. 1 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1973, I, pp. 173 ss.) e ID., *Appunti per una teoria della «sopravvenienza»*, in *Rivista di diritto civile*, 1913, pp. 471 ss. (ora in ID., *Scritti*, cit., pp. 241 ss.)], contenuto nel già citato passo della Relazione, s'inscriveva indubbiamente nel quadro di una concezione *soggettivistica* della sopravvenienza [probabilmente contraddetta già dalla temporanea (in quanto abrogata dal r.d.l. n. 663/1920) previsione recata – durante la fase bellica – dell'art. 1 del d.lgs. lgt. n. 739/1915, a tenor della quale «a tutti gli effetti dell'art. 1226 cod. civ. la guerra è considerata caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione», e v. infatti A. BUFFA, *Di alcuni principi*, cit., p. 53, ma anche G. SEGRÈ, *Su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato interno emessi in occasione della guerra*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1915, pp. 877 ss., 895]. Continuano a riferirsi alla formula latina – oltretutto la Cass. civ., sez. II, 11 novembre 1986 n. 6584, in *Foro italiano*, 1987, c. 2177 ss., con nota di G. MASSA e in *Giustizia civile*, 1987, pp. 1493 ss. con nota di M. COSTANZA, la quale, assai poco condivisibilmente, s'è spinta ad ascrivere il principio ad essa sotteso ai «principi generali del diritto» ex art. 12 disp. prel. cod. civ. – R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1679, per il quale «i rimedi [di cui agli artt. 1467 ss. cod. civ.] [...] danno attuazione alla cosiddetta clausola *rebus sic stantibus*, che ha goduto, nella storia, di una considerazione variabile», sebbene poi l'A. pervenga – *ibid.*, p. 1683 – alla ricostruzione dell'istituto in termini di «bilanciamento» e «distribuzione del rischio» [e così anche, con qualche sfumatura, C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., pp. 47-48 ed E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità*, cit., pp. 8, 27-33, il quale, in particolare – oltre a ben compendiare le fondate critiche mosse alla teoria «subiettiva», giacché «in presenza di un'esplicita regolamentazione dell'eccessiva onerosità diviene superfluo ricorrere ad una finzione, e così presupporre a fondamento della disciplina una clausola non espressa; per un altro verso, risulta erroneo tale modo di procedere, dato che il rimedio apprestato dall'ordinamento opera anche se le parti non lo hanno tenuto presente al momento della stipulazione, e quindi non hanno pensato al caso in cui potesse sopraggiungere un eccessivo, in quanto non previsto, mutamento nel valore, o nelle modalità di esecuzione, della prestazione» (pp. 22-23) – ha offerto una suggestiva ricostruzione dell'istituto entro la categoria del «tipo» e dell'«operazione economica» (e v., infatti, ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, pp. 93 ss.; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 905 ss.)]. In termini più generali, l'orientamento moderno tende ad accreditare una lettura *oggettiva* della figura, per lo più fondata sul difetto cd. funzionale della causa (così P. PERLINGIERI, *Equilibrio*, cit., p. 455; ID., *Manuale*, cit., pp. 633, 639; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., p. 34; R. CALVO, *Diritto civile*, cit., p. 524; A. PINO, *La eccessiva onerosità*, cit., pp. 127 ss.; E.

3. Il binomio “straordinarietà-imprevedibilità” (endiadi, continenza non reciproca o cumulo occasionale?) e la pandemia quale evento di “portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione”

Ricorderemo – scolasticamente – come esso s’attivi al ricorrere di tre presupposti: *i)* il differimento delle (*rectius*, di almeno una delle) prestazioni, ancóra inesaurita/e, in guisa da poter qualificare il contratto come *di durata*, *i.e.* “a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita”; *ii)* il riscontro di un’*eccessività* nell’*onerosità* della prestazione medesima, la quale è

REDENTI, *Sulla nozione*, cit., pp. 347, 350; C. FISSOTTI, *Risoluzione*, cit., p. 134; G.B. FERRI, *Dalla clausola*, cit., pp. 65-67; G. CASELLA, *La risoluzione*, cit., pp. 22-23; P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., pp. 442-443; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., pp. 185-186; E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 502). Sul punto v., però, le perplessità (oltreché di R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1681, specialmente nt. 5; E. GABRIELLI, *L’eccessiva onerosità*, cit., p. 25; C.G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità*, cit., pp. 35-36; A. DE MARTINI, *L’eccessiva onerosità*, cit., pp. 18-19; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 420; nonché, nel contiguo ambito rescissorio, di O.T. SCOZZAFAVA, *Il problema*, cit., pp. 341-343) specialmente di P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., pp. 157-160, il quale ritiene che la tesi “causalistica”, «nonostante, la sua indubbia suggestione e l’autorevolezza dei suoi sostenitori, non sembra resistere a un approfondito vaglio critico», sia per l’impossibilità di riconnettere effetti ad un «fatto sopravvenuto che incide *a posteriori* sulla realizzazione del negozio e non sulla sua originaria realizzabilità» (ma, potendosi, a ciò, non così disagevolmente, replicare, ad es., con A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 242, che «l’ordinamento, che condiziona la sua tutela alla positiva valutazione della funzione, non può fermarsi, nell’operare tale valutazione, al momento della conclusione del contratto, ma deve protrarre il suo controllo al riguardo fino al momento in cui la funzione si realizza»), sia perché «se il legislatore non è intervenuto nel caso di sproporzione originaria fra le prestazioni per tutelare l’equivalenza di esse [art. 1448 cod. civ.], *a fortiori* non ha previsto certamente ciò in un momento successivo alla stipulazione medesima, al sopravvenire di fatti che riguardino una prestazione non ancora eseguita» [pp. 159-160; e il parallelo trovasi già autorevolmente tratteggiato in R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enciclopedia del Diritto*, I, Milano, 1958, pp. 1024 ss., 1026-1027, il quale soggiungeva, peraltro, che «la realizzazione e la conservazione dell’equilibrio contrattuale non si pone davvero come un fine primario dell’ordinamento», sicché al Maestro (*ibid.*, nt. 5) «non [...] sembra[va]no del tutto esatte le opinioni di coloro che nell’alterazione dell’equilibrio contrattuale vedono un vizio sopravvenuto della causa» (il passo ora citato è, però, tacciato d’anacronismo, recentemente, da N. LIPARI, *Il diritto*, cit., p. 258, nt. 57)]. Queste ultime notazioni mettono in luce come il riferimento al concetto di *causa* non sia del tutto appagante, o quanto meno ultimativo, a fini ricostruttivi (e, da ultimo, a negare che «l’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione [...] incid[a] sulla causa» è anche la Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, cit.), giacché – approfondendo le ragioni del dissidio tra le tesi *causaliste* e *anticausaliste* – si registra quella stessa diversità d’impostazioni, relativa alle scelte di fondo del sistema ordinamentale, che, disintermediando l’elemento causale, ben può essere ricondotta, direttamente, al fenomeno risolutorio, vertendosi, insomma, intorno alla necessità, o meno, d’assicurare un *equilibrio* tra le prestazioni [a quest’ultimo alludono particolarmente, E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 501; A. BUFFA, *Di alcuni principi*, cit., pp. 53, 54, 59; A. DE MARTINI, *L’eccessiva onerosità*, cit., p. 29; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 842; G. ALPA, *Manuale*, cit., p. 653; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1037; C. CACCAVALE, *Giustizia*, cit., p. 89; C. CAMARDI, *Economie*, cit., p. 399; mentre insistono più sul fondamento *equitativo* D. RUBINO, *Svalutazione*, cit., p. 780 e, riasuntivamente, F. DELFINI, *Risoluzione*, cit., p. 1567 (*contra*, esplicitamente, sul punto, M. FERRARI, *Osservazioni*, cit., p. 1083 e, *spec.*, E. OSILIA, *Sul fondamento*, cit., p. 45, per il quale «l’equità, intesa nel senso di principio astratto, è tutto quello che ciascuno vuole o crede debba essere: è una nozione giuridicamente inutilizzabile per la sua estrema indeterminazione», ma si v., in contrario, quanto meno, gli artt. 1467, u.c., e 1468 cod. civ.)] e, quindi, di realizzare il principio di *proporzionalità* (v. *amplius*, *supra*, nt. 14) che ne è alla base, essendosi esattamente osservato che «istituti quali la rescissione per lesione e la risoluzione per eccessiva onerosità [...] si configurano come gli antesignani di una sia pur timida ed eccezionale necessità di evitare *sproporzioni* macroscopiche a favore di chi non le ‘merita’» (così P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2000, pp. 545 ss., ora in ID., *Il diritto*, cit., pp. 415 ss., da cui si cita, 429-430, corsivo nostro; allude diffusamente alla “sproporzione” anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pp. 415-416).

senz'altro da escludersi (arg. ex art. 1467, comma 2°, cod. civ.²¹) qualora essa rientri nella “alea normale del contratto”; *iii*) la verifica di “avvenimenti straordinari e imprevedibili”.

I primi due profili appartengono alla sfera del *particolare* (dovendo esser vagliati in sede applicativa rispetto alla singola vicenda contrattuale), mentre ora occorre verificare, più in generale, se la pandemia possieda quei requisiti di *straordinarietà*²² e *imprevedibilità*²³ con cui il legislatore caratterizza i fatti – naturali umani tecnici economici politici normativi – causativi dell'onerosità superveniente, secondo un accertamento di fatto²⁴, come tale riservato al giudice del merito e incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi motivazionali²⁵.

Già in un saggio del 1973, Vincenzo Roppo sottolineava le «gravi perplessità [che] accompagnano i tentativi di definire ciò che la legge intende per “avvenimenti straordinari e

²¹ Ma v., sul punto, perspicuamente, R. NICOLÒ, voce *Alea*, cit., p. 1026, per il quale «la condizione che l'onerosità sopravvenuta esorbiti dall'alea normale del contratto non coincide col requisito quantitativo della onerosità sopravvenuta (che deve essere eccessiva), ma ha piuttosto riguardo a un profilo qualitativo: bisogna cioè esaminare se il tipo di contratto posto in essere, per il suo contenuto e per la sua funzione, non implichi di per sé che al momento del suo perfezionamento vi sia o vi debba essere la consapevolezza di affrontare necessariamente un certo margine di rischio [...]», sicché si danno contratti in cui la distinzione tra i riferiti aspetti – *quantitativo e qualitativo* – tende a sfumare, mentre ve sono altri (tra cui, per l'A., l'appalto, la somministrazione, il trasporto e «in genere i contratti che risentano più direttamente della influenza esercitata dalle condizioni di mercato o della complessità della organizzazione di impresa di una delle parti o del pericolo esterni che il comportamento esecutivo di una delle parti deve affrontare») nei quali il secondo profilo finisce per assumere un'autonoma rilevanza.

²² R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1696: «imprevedibilità del fatto significa che non c'è ragione di credere, sulla base di un criterio di normalità, che il contraente (o meglio: il contratto) normale abbia tenuto conto della sua eventualità», dovendosi far capo – con G. CASELLA, *La risoluzione*, cit., p. 150 – «alla non ripetizione con frequenza e regolarità di un determinato evento».

²³ P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 452: sono straordinari gli eventi «che si pongono al di fuori della norma, e quindi si verificano raramente, come per esempio guerre, sommosse, cataclismi naturali, e così via»; nello stesso senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 426, per il quale si dicono tali «quelli che si manifestano raramente» e «[...] la rarità può concernere il tipo dell'evento o la sua portata».

²⁴ Da effettuare, dunque, in concreto, e non certo in astratto, poiché, altrimenti – con A. PINO, *La eccessiva onerosità*, cit., pp. 75-76 – «l'art. 1467 sarebbe praticamente inapplicabile, giacché non vi è avvenimento che, in astratto, non possa essere previsto dall'uomo, a meno che, per imprevedibilità si voglia intendere non tanto l'*an* del verificarsi, quanto il momento nel quale l'avvenimento si possa verificare. Ma, allora, la caratteristica diventerebbe relativa alle circostanze di tempo di modo e quasi tutti – se non tutti – gli avvenimenti sarebbero imprevedibili». Di *res facti* discorre anche R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1701 ed esemplare in proposito è la Cass. civ., sez. II, 8 agosto 2003, n. 11947, in *Contratti*, 2004, pp. 348 ss. e in *Gius*, 2004, pp. 328 ss., ove si afferma che «la questione dell'applicabilità ad un determinato contratto dell'intera disciplina dell'art. 1467 cod. civ. sulla onerosità sopravvenuta deve essere risolta dal giudice *con specifico riferimento al caso concreto* ed all'azione effettivamente proposta, dovendosi, a tal fine considerare non solo la natura e la struttura (dal punto di vista meramente classificatorio) del contratto sulla cui risoluzione si controverte, ma anche le modalità ed i tempi di adempimento delle reciproche prestazioni connesse al contratto stesso» (corsivo nostro; v. anche, ampiamente, P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”*, in *Rivista di diritto privato*, 2010, pp. 7 ss., 9, ove si evoca «la centralità della dimensione fattuale, ossia della valutazione del fatto quale ‘motore’ e non ‘accidente’ del fenomeno giuridico»).

²⁵ Da ultimo, v. la Cass. civ., sez. II, 11 aprile 2017, n. 9314, in *CED Cassazione*, 2017, e già, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, cit.; Cass. civ., sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396, in *Contratti*, 2007, pp. 559 ss., con nota di C. MARSEGLIA; Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 2001, n. 2661, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 1824 ss., con nota di V. CORRIERO.

imprevedibili»²⁶ e, a quasi cinquant'anni da allora, non sembra che quelle si siano dissolte in senso univoco, essendosi sostenuto che tra le due aggettivazioni vi sia un rapporto ora di «endiadi»²⁷, ora di «continenza non reciproca»²⁸, ora – secondo una tesi che, stante la rilevata “[...] impossibilità di elaborare una teoria»²⁹ generale al riguardo, si lascia apprezzare nella misura in cui non esclude *a priori* tutte le eventualità consegnabili dalla prassi all’ermeneusi – di «cumulo occasionale»³⁰.

²⁶ V. ROPPO, *Impossibilità*, cit., p. 1247.

²⁷ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 953, il quale – dopo aver affermato che «nella prassi degli interpreti, la doppia aggettivazione si contrae: il parametro della straordinarietà non riceve autonomo rilievo, e finisce assorbito in quello dell'imprevedibilità: che resta solo a comandare il giudizio» – ha, peraltro, a precisare che «il giudizio si gioca essenzialmente su due dati: il grado di specificità e il grado di probabilità del fatto sopravvenuto, cui riferire la possibilità di prevederlo. Più alto il grado di specificità che si assume, più facilmente il fatto dovrà considerarsi imprevedibile: è senz'altro prevedibile la generica possibilità che in futuro ci siano guerre; un po' meno prevedibile che ci sarà una guerra fra Israele e i paesi arabi; ancor meno prevedibile – anzi imprevedibile – che la guerra arabo-israeliana scoppierà nei prossimi 10 giorni e porterà alla chiusura del canale di Suez. Identificato il fatto nel suo giusto grado di specificità, conta poi il margine di probabilità del suo verificarsi: è prevedibile un fatto probabile al 60%; è imprevedibile un fatto con il 2% di probabilità; per un fatto probabile al 20% si discuterà». Nello stesso senso, F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 646, che discorre di «espressione di per sé sovrabbondante che, nella prassi applicativa degli interpreti finisce perciò per contrarsi, ritenendosi sufficiente la valutazione sulla «imprevedibilità», tanto più che il carattere tendenzialmente più oggettivo del giudizio sulla «straordinarietà» sembrerebbe già espresso (e quindi, in un certo senso, assorbito) dalla considerazione della normalità dell'alea»; G.B. FERRI, *Dalla clausola*, cit., p. 67: «per ciò che riguarda il criterio della straordinarietà e dell'imprevedibilità dell'evento, sottolineato come il primo aspetto (la straordinarietà) sembra essere il presupposto del secondo (l'imprevedibilità), ciò nel senso che in tanto un evento è imprevedibile in quanto si realizzi fuori della sua dimensione ordinaria»; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 426: «la straordinarietà comporta di massima la imprevedibilità dell'evento, salvo che circostanze particolari facciano apparire come *probabile* il suo accedere». Sempre in chiave sovrappositiva, ma con diversa declinazione, G. AULETTA, *Risoluzione*, cit., p. 175 («sia il concetto di straordinarietà che quello di prevedibilità possono, con risultati di chiarezza, essere ricondotti al concetto di probabilità: se un evento non è probabile, non è da ritenersi prevedibile»), nonché, con posizione peculiare, F. DELFINI, *Risoluzione*, cit., p. 1571, per il quale «nel primo comma imprevedibilità e straordinarietà sono endiadi che fanno capo allo stesso elemento di giudizio, quello della imprevedibilità dell'evento che ha causato lo squilibrio; nel secondo comma la locuzione «onerosità non rientrante nell'alea normale» fa riferimento ad una ulteriore valutazione di imprevedibilità, riferita questa volta alla misura dello squilibrio».

²⁸ D. RUBINO, *Svalutazione*, cit., p. 729: «l'imprevedibilità [...] non coincide pienamente colla straordinarietà, ma è qualcosa di più (*ogni avvenimento ordinario è prevedibile, ma anche un avvenimento straordinario può essere prevedibile*); in questo senso, la duplicità degli aggettivi adoperati dalla legge è pleonastica, e sarebbe bastato dire imprevedibili» (corsivo nostro).

²⁹ Così E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 60 e, nello stesso senso, con spiccata modernità, D. RUBINO, *Svalutazione*, cit., p. 729: «criteri assoluti ed aprioristici in questa materia non possono mai porsi».

³⁰ Per P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 162, il criterio della straordinarietà avrebbe natura *obiettiva* («perché si riferisce a una contrapposizione straordinario-ordinario, che ha riguardo a leggi esterne, quanto meno di carattere statistico»), mentre quello dell'imprevedibilità *subiettiva* («in quanto fa riferimento alla fenomenologia della conoscenza»), per quanto l'uno e l'altro presentino anche, rispettivamente, connotati di soggettività e oggettività (giacché «come la straordinarietà non può venire giudicata se non col metro delle nostre conoscenze sul modo di prodursi degli eventi, la straordinarietà trascende il campo della mera soggettività perché non si apprezza con riguardo all'individuo che ha stipulato il contratto, bensì con riferimento all'uomo medio», e così anche F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1038, R. CALVO, *Diritto civile*, cit., p. 529; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., p. 183, C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., pp. 130-131, G. CASELLA, *La risoluzione*, cit., p. 150, nonché tra le altre, la Cass. civ., sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396, cit.; ma in una prospettiva diversa cfr. A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 30). Ne consegue che la relazione tra i due predicati non sarebbe di «continenza non reciproca» (come nella tesi del Rubino – v. nt. precedente – per il quale non potrebbe mai prefigurarsi un evento ordinario e imprevedibile), ma di «cumulo occasionale», potendosi dare sia un avvenimento *straordinario*, ma *prevedibile* (ad es., la svalutazione monetaria quale

Inoltre, come confermato anche da uno spunto offerto dalla già evocata Relazione al Codice³¹, che allude agli eventi con «portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione», e superata l'infelice interpretazione che di esso ebbe ad offrire una risalente pronunzia di legittimità³², è oggi unanimemente ritenuto che, sebbene la norma subordini la risoluzione a parametri stringenti³³, questi ultimi sono, pur sempre, espressi in termini sommarî, sicché non v'ha ragione di propugnarne una lettura restrittiva³⁴, tale da escludere gli avvenimenti di portata generale³⁵, come, d'altronde, insegna il fenomeno della svalutazione monetaria³⁶, il quale – come s'è osservato – è

conseguenza di eventi bellici), sia uno *ordinario*, ma *imprevedibile*, quanto meno «all'atto della stipulazione del contratto e in rapporto alle circostanze in quel momento esistenti» (nello stesso senso, A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., pp. 182-183 e G. CASELLA, *La risoluzione*, cit., p. 150). In queste due ultime ipotesi, è, peraltro, evidente che la scelta di concedere il rimedio risolutorio dovrebbe passare per un'obliterazione del dato letterale dell'art. 1467, comma 1º, cod. civ., là dove richiede la ricorrenza congiuntiva, e non alternativa, dei riferiti presupposti.

³¹ «In parecchi casi il legislatore italiano ha dovuto intervenire con leggi speciali per disciplinare l'influenza di eventi straordinari sui contratti in corso: ma tale intervento si è determinato in relazione agli eventi più gravi e di portata generalissima. Deve essere invece considerata *anche* la quotidiana possibilità di avvenimenti straordinari ed imprevedibili che vengano a turbare profondamente l'equilibrio contrattuale, pur non avendo una portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione».

³² Volendo per un attimo soprassedere all'irrelevanza precettiva dei *travaux préparatoires*, non ci si può esimere dal ricordare che, per quanto la congiunzione coordinante “anche” (vedila corsivata nella nt. precedente) non prestasse il fianco a dubbî, la Cass. civ., 23 aprile 1947, n. 610, cit., l'addusse pretestuosamente – *dura* Relazione, *sed* Relazione! – a fondare l'esclusione, dal perimetro applicativo della fattispecie risolutoria, della svalutazione monetaria: «quanto all'art. 1467 cod. civ., [esso] prevede l'ipotesi della difficoltà ad adempiere alla prestazione in conseguenza di sopravvenuti avvenimenti straordinari e imprevedibili, pei quali la prestazione stessa sia divenuta eccessivamente onerosa. Esso introduce, bensì, la clausola *rebus sic stantibus* nel diritto comune, ma ne limita l'efficacia alla quotidiana possibilità di avvenimenti, che direttamente e profondamente incidano nell'economia e nell'equilibrio del contratto, senza che attengano alla vita della Nazione: ché, rileva la Relazione al codice (n. 665), per disciplinare l'influenza di questi avvenimenti, più gravi e di portata generalissima, sui contratti in corso, il legislatore è molte volte intervenuto, e interviene, con leggi speciali». Per la diversa, e corretta, impostazione della questione, prontamente offerta dal Rubino nella sua nota critica alla Cass. ora cit., v., *infra*, nt. 36.

³³ Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pp. 425-426, infatti, pel tramite di essi, «il codice ha [...] delimitato rigorosamente l'ambito di operatività dell'eccessiva onerosità sopravvenuta».

³⁴ V. *spec.* F. CARRESI, *Il contratto*, cit., pp. 842-843, il quale propone di «interpretare estensivamente [la norma], così da ricomprendervi qualunque avvenimento anche di per sé limitata portata che il contraente non poteva ragionevolmente prevedere o di cui non poteva ragionevolmente prevedere l'incidenza o la durata sulla prestazione da lui dovuta o su quella a lui dovuta dall'altra parte».

³⁵ In questo senso, v., ad es., V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 954; P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 640, per il quale gli eventi anzi “*devono*” avere carattere di generalità, «non rilevando una situazione di difficoltà che si verifica nella sfera del solo debitore»; M. LIPARI, *La risoluzione*, cit., p. 2796; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 426, secondo cui «tipici eventi straordinari sono quelli esclusi dalle polizze assicurative (guerre, sommosse, ecc.)».

³⁶ Il problema s'inserisce nel quadro della onerosità cd. indiretta, ossia determinante lo svilimento non della prestazione, sibbene della controprestazione; mutuando l'esempio da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 950: «A deve ancora la sua prestazione e attende ancora la controprestazione in denaro da B; l'intervenuta svalutazione della moneta toglie valore a quanto A deve ricevere, e così rende oneroso per lui eseguire una prestazione non più adeguatamente remunerata dalla controprestazione». Al riguardo, con l'avallo del passaggio, malamente interpretato, della Relazione al Codice (v., *supra*, nt. 31-32), la Cass. civ., 23 aprile 1947, n. 610, cit. – decisione che s'è detta «ispirata a profili di politica economica», probabilmente essendosi [...] tem[uto] che una revisione generalizzata dei contratti [avesse potuto] incentivare il fenomeno inflazionistico» (C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 136) – aveva escluso la rilevanza degli eventi svalutativi; tuttavia, solo un anno dopo furono accolte le riserve espresse dal Rubino nella sua nota critica alla pronunzia ora menzionata, cosicché già nella Cass. civ., 23 gennaio 1948, n. 88, in *Foro italiano*, 1948,

c. 298 ss., con nota di A. SCIALOJA, poteva leggersi che «non sembra a questo Supremo Collegio [...] che possa accogliersi il principio che la disposizione dell'art. 1467, fra gli avvenimenti straordinari ed imprevedibili, in essa contemplati, non comprende anche quelli a portata generale e riflettenti tutta la vita economica, giuridica e politica della Nazione, quali la svalutazione monetaria e la conseguente oscillazione dei prezzi», poiché «la norma è stata formulata in termini così generali ed astratti (per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili), da non consentire, per il significato logico e grammaticale delle parole, una interpretazione restrittiva, senza dire che, quanto più gravi ed estese sono le conseguenze di un avvenimento straordinario, tanto maggiore è la necessità di porvi riparo». Nello stesso senso, pressoché testualmente, s'esprimeva D. RUBINO, *Svalutazione*, cit., p. 728, il quale, opportunamente, soggiungeva che «quanto al passo della Relazione (n. 665), esso – anche a prescindere dal limitato valore che notoriamente può avere una relazione – non dice affatto che si sia voluto escludere per principio l'applicabilità dell'art. 1467 agli avvenimenti di portata generalissima ed interessanti tutta la vita della Nazione, ma dice solo che in precedenza, quando ancora non esisteva l'art. 1467, si era già sentito il bisogno di provvedere con alcune leggi speciali per alcuni casi del genere, ma, siccome mancava una norma generale per tutti gli avvenimenti straordinari e imprevedibili, e in specie per quelli di efficacia limitata a un singolo contratto o a singoli contratti, vi si è provveduto coll'art. 1467; e quindi non esclude per nulla che, una volta, emanata una norma siffatta, essa si riferisca anche ad avvenimenti generalissimi, ma anzi conferma implicitamente che l'art. 1467 si estende anche a questi ultimi avvenimenti, sempre in quanto per qualcuno di essi non viga una legge speciale, incompatibile coll'art. 1467». Come già ricordato, in quella sede il Maestro (*ibid.*, pp. 727-735) esaltava con vigore il fondamento equitativo della disposizione, anche al fine di sottolineare la sua prevalenza rispetto al principio nominalistico *ex art. 1277* cod. civ. [su questo specifico profilo cfr., per un canto, in prospettiva critica, A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 435 (secondo cui ove «si ponga l'accento sulle ragioni equitative che costituiscono il fondamento del rimedio della risoluzione e che dovrebbero giustificare la prevalenza di esso sul principio nominalistico, si dimentica che il richiamo all'equità – compiuto dalla dottrina dominante – nello spiegare la funzione dell'istituto significa che esso costituisce un'eccezione, dettata da peculiari ragioni pratiche, al principio generale della vincolatività per i contraenti dei rapporti convenzionali e che pertanto il rimedio non è estensibile al di là delle ipotesi espressamente richiamate dalla legge») e, per l'altro, in chiave approvativa – oltreché, da ultimo, G. PERLINGIERI, *Svalutazione*, cit., pp. 1010-1011 – specialmente E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 504: «se talune recenti decisioni della giurisprudenza, con la loro arditezza, hanno suscitato allarme in qualche teorico del diritto per la messa in pericolo, che vi si è ravvisata, del principio nominalistico vigente per le obbligazioni pecuniarie (articolo 1277), pure sembra che ai giuristi di tendenza evolutiva, avversi a un'esegesi grettamente conservatrice del codice del '42, quelle decisioni debba apparire degne di essere meditate e apprezzate all'infuori di ogni preoccupazione dottrinarica [...] [in quanto] esse sono indici di una sensibilità sociale che impone all'interpretazione della legge il compito di tener conto di trasformazioni straordinarie e imprevedibili sopravvenute nella società e nell'economia odierna dei paesi europei» (e v. anche, ampiamente, E. GABRIELLI, *Alea*, cit., pp. 730-734)]. La tesi positiva è oggi accolta dalla dottrina maggioritaria: si v. P. PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 640 il quale l'addita quale principale ipotesi di avvenimento straordinario e imprevedibile (nello stesso senso R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1697; P. RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 581; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1037, il quale riporta come esempio la Cass. civ., 29 giugno 1981, n. 4249, cit., concernente l'improvviso aumento del costo del greggio a causa del conflitto arabo-israeliano del 1973); M. LIPARI, *La risoluzione*, cit., p. 2795; P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., pp. 165 (ma v. p. 166 per le varie ipotesi); F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 499; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., p. 226; R. CALVO, *Diritto civile*, cit., p. 529; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 61; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 135; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 426; A. BUFFA, *Di alcuni principi*, cit., pp. 58-61; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità*, cit., pp. 61-66; G. AULETTA, *Risoluzione*, cit., p. 176; E. REDENTI, *Sulla nozione*, cit., p. 350; G. PERLINGIERI, *Svalutazione*, cit., p. 1006; M. FERRARI, *Osservazioni*, cit., p. 1075; V.R. CASULLI, *Compravendita*, cit., p. 1013; G. ALPA, *Manuale*, cit., p. 654; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., pp. 651-653; E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 504; P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 452.; F. DELFINI, *Risoluzione*, cit., p. 1568. *Contra*, ma in una prospettiva di formalistica chiusura A. PINO, *La eccessiva onerosità*, cit., pp. 4-5 e cfr., invece, le più articolate posizioni di C. FISSOTTI, *Risoluzione*, cit., pp. 118-122 (fondate sul rapporto coll'art. 1224 cod. civ., su cui v. anche D. RUBINO, *Svalutazione*, cit., p. 734, nt. 7) e, soprattutto, di A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità*, cit., pp. 431-437, il quale – pur reputando erronea l'estensione dell'ambito applicativo dell'istituto alla riduzione di valore della controprestazione, ché sarebbe «palese il contrasto [...] con la formula dell'art. 1467 cod. civ., che fa riferimento alla sola eccessiva onerosità della prestazione, in pieno corrispondente all'intendimento legislativo di porre una deroga al principio fondamentale della conservazione, sino al limite dell'impossibilità, dell'assetto di interessi stabilito dalle parti solo ove ricorra un eccessivo aggravio patrimoniale per il debitore della prestazione» – imposta i termini della questione sulla scorta della teoresi secondo cui l'eccessiva onerosità andrebbe valutata in sé, e non raffrontando prestazione e controprestazione (ma, di là dalla tesi che intravede nel

stato, anzi, quello che, più d'ogni altro, ha «indotto la giurisprudenza italiana successiva al 1942 a valorizzare la normativa della risoluzione»³⁷.

4. Conclusioni

Alla stregua di quanto sopra osservato, non ci pare revocabile in dubbio che la pandemia debba essere, in linea generale, e salva la consueta verifica delle circostanze concrete³⁸, qualificata come avvenimento *straordinario e imprevedibile*³⁹ (poco, a tal fine, rilevando se s'intendano tali requisiti come sovrapponibili, non reciprocamente continenti o ancora occasionalmente cumulabili), in quanto essa esorbita – irrefragabilmente – dalle capacità predittive dello “uomo medio”⁴⁰, al quale sembra irragionevole rimproverarsi di *non intellexisse quod nemo intellexit*, al

“medio monetario” il parametro per accertare l'entità della *variatio*, ciò che più qui interessa evidenziare è che anche tale A. reputa infondati i rilievi, espressi dalla Cass. civ., 23 aprile 1947, n. 610, cit., concernenti la «pretesa irrilevanza degli avvenimenti di ordine generale, che toccano l'intera vita della nazione» e la “[...] mancanza dei caratteri della straordinarietà e della imprevedibilità nel verificarsi – e nella misura – della svalutazione monetaria post bellica»). In giurisprudenza, l'orientamento favorevole è pressoché unanime (v., *ex multis*, Cass. civ., 15 dicembre 1984, n. 6574, cit.; Cass. civ., sez. III, 2 dicembre 1986, n. 7119, in *Massimario di Giurisprudenza italiana*, 1986; Cass. civ., sez. II, 3 agosto 1990, n. 7833, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, pp. 163 ss., con nota di G.M. PELLEGRINI; Cass. civ., sez. II, 13 gennaio 1995, n. 369, in *Massimario di Giurisprudenza italiana*, 1995), sebbene esso abbia registrato dapprima talune precisazioni (v., ad es., la Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 1995, n. 1027, in *Corriere giuridico*, 1995, pp. 586 ss., con nota di F. MACARIO, la quale ha negato rilievo alla mera fluttuazione dei prezzi del mercato immobiliare) e, recentemente, delle tendenze (invero non così spiccatamente) involutive: il riferimento è alla Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2004, n. 4423, in *Notariato*, 2004, pp. 345 ss., in *Contratti*, 2004, pp. 904 ss. e in *Gius*, 2004, pp. 2807 ss., la quale – pronunziandosi in tema di risoluzione di un contratto preliminare di vendita – ha sì affermato che «l'aumento progressivo di valore dell'immobile e la progressiva svalutazione della moneta sono eventi [...] prevedibili, e rientrano nella comune alea contrattuale», ma sempreché essi “[...] non assum[a]no proporzioni abnormi ed insolite», che nel caso di specie non erano state allegate dai ricorrenti (nello stesso senso, in analoga vicenda, v., da ultimo, la Cass. civ., sez. II, 11 aprile 2017, n. 9314, in *CED Cassazione*, 2017).

³⁷ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 134, nt. 78; parimenti ne esalta la significatività R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1697.

³⁸ V. la Cass. civ., sez. II, 8 agosto 2003, n. 11947, già cit. alla nt. 24.

³⁹ È significativo sottolineare, peraltro, come l'art. 56, comma 1°, del Decreto cd. “Cura Italia” (D.L. 17 marzo 2020, n. 18) preveda che «ai fini del presente articolo» (concernente le “misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di Covid-19”) «l'epidemia da Covid-19 è formalmente riconosciuta come evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia».

⁴⁰ Parametro ricorrente sia in dottrina [V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 954; M. LIPARI, *La risoluzione*, cit., p. 2799; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., p. 184; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1696 (testualmente richiamato da G.B. FERRI, *Dalla clausola*, cit., pp. 67-68); P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., p. 162; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 59; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 131; A. BUFFA, *Di alcuni principi*, p. 55; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 30; A. PINO, *La eccessiva onerosità*, cit., pp. 78-79; G. AULETTA, *Risoluzione*, cit., p. 174; G. CASELLA, *La risoluzione*, cit., p. 152 (il quale evoca al riguardo il «criterio statistico dell'*id quod plerumque accidit*»); F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 647; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 837; P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 452], che in giurisprudenza. In relazione a quest'ultima, interessante è la vicenda, sempre concernente il fenomeno inflazionistico, alla base della Cass. civ., sez. II, 15 dicembre 1984, n. 6574, cit., la quale ha cassato la pronuncia della Corte d'Appello di Lecce, ove aveva ritenuto che il giudizio d'imprevedibilità dovesse essere effettuato sulla scorta delle conoscenze a disposizione della parte, sicché – si legge nella sentenza di merito –

sofisma secondo cui la perturbazione dell'equilibrio contrattuale debba essere eziologicamente ascritta non già all'emergenza epidemiologica in quanto tale, ma alle ripercussioni (*stricto sensu* tecniche sociali economiche logistiche organizzative) cui essa ha dato àdito, sembra possa, poi, replicarsi, *mutatis mutandis*, col buon senso di Domenico Rubino, il quale – a proposito degli eventi bellici – così, nel 1947, ebbe a scrivere: «si può anche ritenere, che rispetto alla guerra, la svalutazione non sia un avvenimento straordinario, nel senso che durante e dopo una guerra si verifica generalmente una svalutazione; ma è la guerra che sua volta costituisce avvenimento straordinario, e ciò conferisce carattere di straordinarietà – nei confronti della vita usuale – anche alle conseguenze di essa»⁴¹.

In questa direzione s'è mossa anche la più recente letteratura⁴², nella quale si registra, altresì, una crescente insoddisfazione per l'apparato rimediale codicistico, anacronisticamente incardinato

l'imprenditore edile, nel caso *de quo* promittente alienante, avrebbe avuto «l'onere di acquisire una conoscenza specifica e diacronica del mercato, con riguardo a tutti i fattori che sul piano interno come su quello sovranazionale possono influenzarne l'andamento», godendo egli «del maggior vantaggio che l'attività più spiccatamente speculativa gli riserva». Viceversa, i giudici di legittimità hanno sostenuto che «nulla autorizza a distinguere la posizione dell'appaltatore da quella del venditore (o promittente venditore)», giacché la prevedibilità «ha per metro la capacità di previsione dell'uomo medio, correlata alla situazione esistente al momento del negozio», senza una particolare enfasi – malgrado l'art. 1176, comma 2°, cod. civ. – sulle qualità soggettive delle parti, specialmente in relazione ad eventi come quello svalutativo. Condivisibili, al riguardo, appaiono i rilievi di M. LIPARI, *La risoluzione*, cit., p. 2799, il quale ha evidenziato come «forse p[ossa] sostenersi che l'ordinamento adotta tendenzialmente dei criteri di responsabilità contrattuale più rigorosi nei confronti dell'imprenditore, esigendo una diligenza maggiore ed accollandogli un esteso rischio contrattuale [...] [ma] tale proposizione, se dimostrata, è comunque risultato e non premessa d'indagine: conclusione approssimativa, da verificare nelle ipotesi particolari, senza alcuna affrettata generalizzazione». Più recentemente, v. la Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, cit., ove s'è affermato che «il carattere della imprevedibilità deve essere valutato secondo criteri obiettivi, riferiti ad una normale capacità e diligenza media, avuto riguardo alle circostanze concrete del caso sussistenti al momento della conclusione del contratto».

⁴¹ D. RUBINO, *Svalutazione*, cit., p. 728.

⁴² V., ad es., A. FACHECHI, *Stato d'emergenza*, cit., la quale – richiamando anch'ella il pensiero di D. Rubino – ha sostenuto che «l'eccezionalità delle circostanze non ammette dubbi su «straordinarietà» e «imprevedibilità» di un evento idoneo a incidere non soltanto su singoli rapporti, ma sull'intera vita del Paese [...] [e] non vale a escludere il requisito della imprevedibilità neppure la circostanza che il fatto si sia già per parte verificato al momento della stipulazione del contratto, quando imprevedibile è la portata dell'impatto dello stesso sul sinallagma», sicché «in queste situazioni, l'eccessiva onerosità sopravvenuta sembrerebbe astrattamente configurabile», per quanto poi l'A. faccia, assai opportunamente, salva «la verifica, in concreto, della sussistenza dei presupposti d'applicabilità della relativa disciplina». Nella stessa direzione, A. FEDERICO, *Misure*, cit., p. 240; L. COPPO, *Il diritto*, cit., p. 404; L. RUGGERI, M. GIOBBI, *Vulnerabilità*, cit., p. 343; E. BELLISARIO, *Covid-19*, cit.; M. GRONDONA, *Dall'emergenza*, cit., pp. 321, 323; R. MORELLO, *Gli effetti*, cit.; E. GIORGINI, *Pandemia*, cit., pp. 280-281; O. CLARIZIA, *Coronavirus*, cit., p. 361; F. MACARIO, *Per un diritto*, cit., p. 208; R. DI RAIMO, *Le discontinuità*, cit., p. 153; A. DE MAURO, *Pandemia*, cit., p. 228; A. GENTILI, *Una proposta*, cit.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni*, cit., p. 250 [per il quale, in particolare, «è indubbio che [...] il fatto-pandemia rappresenti un evento straordinario (essendo statisticamente la prima volta che accade) e imprevedibile (considerato che nessuno avrebbe potuto prevederlo usando il criterio di ordinaria diligenza)]; A.M. BENEDETTI, *Stato*, cit.; ID., R. NATOLI, *o.c.*; L. PANZANI, *Covid*, cit.; V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto*, cit.; T. DALLA MASSARA, *Emergenza*, cit.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., p. 476; G. VETTORI, *Persona*, cit., p. 9; S. POLIDORI, *Emergenza*, cit., p. 484, che discorre di «paradigmatica ipotesi manualistica di sopravvenienza giuridicamente rilevante». Solo apparentemente contrari a tale indirizzo sono G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus*, cit., p. 429 e U. SALANITRO, *La gestione*, cit., pp. 240-241, giacché tali AA., nei contributi citati, si sono occupati precipuamente della

– a dispetto d'alcuni timidi spunti d'apertura in chiave conservativa (cfr. gli artt. 1467, u.c., e 1468 cod. civ.)⁴³ – sulla caducazione del vincolo contrattuale, anziché sulla sua “manutenzione”⁴⁴; tema, questo, al quale s'intreccia il controverso istituto della “rinegoziazione”⁴⁵, cui è dedicato anche l'art.

materia locatizia, nella quale, invero, l'eccessiva onerosità investirebbe il canone non già perché sia aumentato il costo del denaro, ma a ragione della mancata corrispondenza rispetto al valore di godimento dell'immobile per l'uso convenuto, salvo a voler invocare l'onerosità cd. indiretta [*i.e.*, derivante da svilimento della controprestazione (v., *supra*, nt. 36)].

⁴³ Osserva da ultimo A. FACHECHI, *Stato d'emergenza*, cit., che «le maggiori utilità del rimedio stanno nell'accesso riservato alla riconduzione a equità. La facoltà (e non l'obbligo) di avanzare un'offerta di equa modifica delle condizioni contrattuali permette di restituire al contratto quella fisionomia equilibrata che aveva prima che intervenisse l'elemento perturbatore. Il senso è quello di consentire che le conseguenze nefaste dell'evento siano sopportate non da una sola delle parti, ma da entrambi i contraenti».

⁴⁴ In questo senso – oltre ad ASSOCIAZIONE CIVILISTI ITALIANI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in *Jus Civile*, 2020, pp. 236 ss., specialmente 238 ss. – F. MACARIO, *Per un diritto*, cit., p. 208, secondo cui «la sensazione diffusa è che queste discipline non offrano sufficienti anticorpi, ossia gli strumenti giuridici idonei per gestire le difficili vicende che potrebbero presentarsi alle Corti»; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni*, cit., p. 250, poiché, tra l'altro, «tra la domanda di risoluzione proposta da chi subisce gli effetti della eccessiva onerosità e la sentenza di risoluzione correrebbe un periodo non inferiore a due-tre anni; ciò che renderebbe il rimedio del tutto inefficace rispetto all'esigenza immediata di chi la richiede»; G. VETTORI, *Persona*, cit., p. 10; L. PANZANI, *Covid*, cit.; V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto*, cit.; E. BELLISARIO, *Covid-19*, cit.; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità*, cit., pp. 206-207; L. RUGGERI, M. GIOBBI, *Vulnerabilità*, cit., p. 343; A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus*, cit. (i quali ritengono che lo strumentario codicistico sia espressione di «una sensibilità grezza, volta più a rompere il vincolo che ad adeguarlo»); E. GIORGINI, *Pandemia*, cit., pp. 280-281; A.A. DOLMETTA, *Il problema*, cit.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., p. 512; A. DE MAURO, *Pandemia*, cit., p. 231; M. GRONDONA, *Dall'emergenza*, cit., p. 317 (a detta del quale, peraltro, un «intervento legislativo risulterebbe verosimilmente indispensabile onde evitare una sostanziale esplosione del contenzioso contrattuale, che del resto potrebbe favorire eccessi e abusi, sulla base di un indiscriminato ricorso al troppo evanescente criterio di giustizia contrattuale ancorata all'art. 2 Cost.»); A. GENTILI, *Una proposta*, cit., [il quale, pur scorgendo, con il conforto d'ampia dottrina, «il modo migliore di fronteggiare le sopravvenienze imprevedute» nella rinegoziazione (v. anche la nt. seguente), soggiunge che «la figura soffre del rischio di atteggiamenti opportunistici, e che il solo richiamo al canone di buona fede per reprimerli è un po' poco e molto vago» (e v. anche ID., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 667 ss., specialmente 701 ss.)].

⁴⁵ Alla metà degli anni Novanta del secolo scorso risalgono gl'importanti studi condotti da F. MACARIO in ID., *Adeguamento*, cit., specialmente pp. 312 ss. (e v., altresì, ID., *Le sopravvenienze*, cit., pp. 729 ss.; ID., *Rischio*, cit.; ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, II, Milano, 2009, pp. 1026 ss.; ID., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giustizia civile*, 2014, pp. 825 ss.; ID., *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, 2016, pp. 509 ss., specialmente 541 ss.) volti a fondare la sussistenza, sulla scorta della clausola generale di buona fede (ex artt. 1366 e, soprattutto, 1375 cod. civ.), d'un obbligo legale di rinegoziazione. La tesi – che pure ha incontrato l'approvazione non solo d'autorevole dottrina (cfr., ad es., V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 972 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1708 ss.), ma anche d'una recente giurisprudenza di merito (cfr. il Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, pp. 571 ss., con nota di F.P. PATTI; il Trib. Ravenna, 11 maggio 2011, in *Diritto marittimo*, 2013, pp. 641 ss., con nota di T. CAPURRO; il Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2013, pp. 123 ss., con nota di F.P. PATTI) – non ha, tuttavia, mancato di sollevare obiezioni [v., ad es., G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 774 ss.; ID., voce *Rinegoziazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civ., Agg.*, Torino, 2003, pp. 1200 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, pp. 480 ss.; A. GENTILI, *La replica*, cit., p. 710 ss.; F. GAMBINO, *I problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, specialmente p. 55 ss.; ID., voce *Rinegoziazione*, in *Enciclopedia giuridica, Agg.*, Roma, 2006, pp. 1 ss.; ID., *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, pp. 41 ss., specialmente 48 ss.; E. GABRIELLI, *Dottrine*, cit., pp. 24 ss., 26 (ma per la replica ad alcune di esse v. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., pp. 731 ss.); e, in giurisprudenza, appare contraria anche la Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2018, n. 2047, in *CED Cassazione*, 2018], che hanno condotto, da ultimo, una giovane letteratura [E.

TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018 (con recensioni di F.P. PATTI, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, pp. 790 ss.; F. PIRAINO, in *Europa e diritto privato*, 2019, pp. 585 ss.; L. NONNE, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2019, pp. 307 ss.), specialmente pp. 217 ss. per la nuova proposta ricostruttiva; ID., *Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Contratti*, 2014, pp. 990 ss.; ID., *La (s)consolante vaghezza delle clausole generali per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2018, pp. 843 ss.; ID., *Soppravvenienze e revisione del prezzo nel contratto d'appalto: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *Jus Civile*, 2019, pp. 582 ss.; ID., *Contratti*, cit., specialmente pp. 107 ss.; ID., *Soppravvenienze e rimedi*, cit., particolarmente p. 481 ss.] all'individuazione di una cd. "terza via rimediale", la quale – nel discostarsi sia dalla posizione tradizionale, incentrata sulle sole tecniche ablativo, sia da quella, poc'anzi richiamata, tesa a configurare un obbligo revisionale di matrice legale – si segnala per la valorizzazione della dicotomia tra il rimedio "generale" della risoluzione (*ex art.* 1467, commi 1° e 2°, cod. civ.) e quello "speciale" della revisione del prezzo (*ex art.* 1664, comma 1°, cod. civ.), concernente sì l'appalto, ma dotato di *vis expansiva* trans-tipica con riguardo a figure contrattuali ad esso contigue in punto d'assetto dei rischi. Ciò rilevato in linea generale, nella "letteratura dell'emergenza" – e v. anche gli AA. citati nella nt. precedente – appaiono più scettici sull'obbligo rinegoziativo, D. MAFFEIS, *Problemi*, cit., p. 7; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus*, cit., p. 429; E. FERRANTE, *Pandemia*, cit., p. 310; L. GUERRINI, *Coronavirus*, cit.; A. FEDERICO, *Misure*, cit.; R. MORELLO, *Gli effetti*, cit.; A. FACHECHI, *Stato d'emergenza*, cit. In particolare, secondo quest'ultima A., «oltre ad apparire oltremodo invasiva dell'autonomia negoziale, con eccessiva semplificazione dell'operazione di bilanciamento tra libertà e giustizia contrattuale, la proposta non crea particolare affidamento in punto di concretezza applicativa, attesa l'incertezza dei rimedi possibili in caso di illegittimo rifiuto di una parte a rinegoziare». Ed effettivamente, in relazione all'ultimo profilo evocato, anche a voler concedere che un preteso obbligo di rinegoziare trovi (già, e cioè a prescindere da un intervento *ad hoc*) la propria fonte *ex lege*, la fenomenologia del suo inadempimento, nel travalicare, sovente, le pur paradigmatiche ipotesi del cd. "rifiuto a trattare" e della cd. "trattativa maliziosa", appare alquanto variegata e le tutele all'uopo congegnate – più (esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 cod. civ.; misure coercitive indirette *ex art.* 614-bis cod. proc. civ.) o meno (risarcimento, da valutare eventualmente *ex art.* 1226 cod. civ.; *exceptio inadimpleti contractus ex art.* 1460 cod. civ.) eleganti che siano – si mostrano, oltretutto non tutte teoricamente ineccepibili (ad es., il ricorso alla sentenza costitutiva postulando l'inadempimento d'un obbligo a contrarre, e non già d'un mero obbligo a trattare), anche applicativamente insoddisfacenti (in chiave critica, v. anche S. POLIDORI, *Emergenza*, cit., p. 485). Tant'è vero che un autorevole A. (N. IRTI, *Intervista*, cit.; ID., *Il diritto*, cit.) ha recentemente rivolto lo sguardo a soluzioni strutturalmente alternative, rispetto a quelle testé evocate, sostenendo che «quando le parti da sole non riescano a 'rinegoziare', allora sarebbe indispensabile il ricorso a 'commissioni tecniche di arbitratori', che utilizzino criteri correttivi di carattere neutrale (come le indagini mensili dell'Istat circa settori economici e categorie di imprese) [...] qui occorrerebbe apposita legge, esplicativa del principio di sopravvenienza e istitutiva delle 'commissioni': collegi di 'arbitratori', e non di 'arbitri' ossia, non di giudici privati, ma di soggetti esperti e competenti nelle vicende dell'economia e della finanza, i quali, con determinazione inappellabile e definitiva, ricostruiscano il contenuto del rapporto» [la soluzione è riproposta, ad es., da E. GIORGINI, *Pandemia*, cit., p. 283; E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 514; A.A. DOLMETTA, *Il problema*, cit.; e v. già M. RABITTI, *Pandemia*, cit., la quale, in particolare, ha fatto leva sulle positive «esperienze dell'Arbitro Bancario Finanziario e dell'Arbitro Consob, oltre che di organismi speciali come il Fondo Indennizzo Risparmiatori (FIR) o gli organismi di composizione della crisi (OCRI)», nonché L. RUGGERI, M. GIOBBI, *Vulnerabilità*, cit., p. 346]. Di là da una possibile, e comunque non certa, riduzione dei costi di transazione [che, tuttavia, s'allaccia, allora, al tema, ben più ampio, annoso e complesso, della riduzione del contenzioso (e v., non a caso, L. GUERRINI, *Coronavirus*, cit., il quale ha proposto d'introdurre, in chiave deflattiva, un credito d'imposta per le controversie pendenti oggetto di conciliazione)], anche tale soluzione non appare del tutto acquietante: per un verso, fintantoché s'impenni sulla *facoltatività* nell'attivazione della procedura e/o sulla *non impegnatività* della conseguente decisione, essa finirebbe, a ben vedere, per conseguire scopi (meramente) incentivanti rispetto a una revisione che le parti, lo si ricorda, sarebbero comunque libere di realizzare pattiziamente, potendosi, peraltro, nutrire dubbî circa la capacità di questa "spinta gentile" (o *nudge*, espressione di quel "paternalismo libertario" evocato, nella letteratura nord-americana, da R.H. TALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it. di A. Oliveri, Milano, 2008, specialmente p. 10) d'esercitare una reale forza propulsiva su un atteggiamento del contraente non pregiudicato o, addirittura, avvantaggiato dalla pandemia, improntato, solo nel migliore dei casi, ad inerzia, ma, verosimilmente, nella maggioranza di essi, ad una più o meno recisa reiezione di qualsivoglia istanza correttiva; per altro verso, troppo alto continua ad apparire il prezzo da pagare all'autonomia negoziale nell'implementazione di quella diade che, sola, potrebbe, per converso, garantire un effettivo, e non soltanto tentato,

1, lett. i), del d.d.l. delega n. 1151 del 2019⁴⁶.

ALBERTO MATTIA SERAFIN
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

riequilibrio delle posizioni contrattuali, ossia l'*obbligatorietà* del ricorso ai citati "arbitratori" e (e non /o) la *vincolatività* del *dictum* di quelli.

⁴⁶ Ai sensi del quale si propone di «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». Per alcuni rilievi, v. (oltreché F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus Civile*, 2019, pp. 397 ss., specialmente 401 ss.) P. SIRENA, *Eccessiva onerosità*, cit., pp. 207-211, il quale – con attenta sensibilità verso l'europeizzazione del diritto dei contratti – ha richiamato, a suffragio, non solo le fonti del diritto privato europeo [ad es., l'art. 0-201(3) dei *Principes directeurs du droit Européen du contrat* e l'art. III. – 1:110 del Draft Common Frame of Reference (DCFR)], ma anche le esperienze di altri ordinamenti, tanto europei [cfr., infatti, il § 313 del BGB e l'art. 1195 del *Code civil* francese (e su quest'ultimo v. anche E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 130 ss.), sebbene, per inciso, si dubiti se essi abbiano, o meno, codificato un vero e proprio obbligo rinegoziativo], quanto extra-europei [cfr. gli artt. 1011, 1090 e 1091 del *Código civil y comercial* della Repubblica argentina (su cui anche E. TUCCARI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta nel nuovo codice civile argentino*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, pp. 2065 ss.) e gli artt. 478-480 del Codice Civile brasiliano]; e sempre in chiave comparativa, v., già, ampiamente, F.P. TRASCIA, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, pp. 97 ss., 169 ss., 221 ss. e 277 ss. sui sistemi, rispettivamente, tedesco, inglese, statunitense e francese. A livello istituzionale, particolare sollecitudine per l'intervento legislativo è stata espressa non solo dalla ASSOCIAZIONE CIVILISTI ITALIANI, o.c., ma anche dalla ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, *COVID e Contratti* (reperibile al sito <https://www.lin-cci.it/it/article/covid-e-contratti>) e dallo EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Principles for the Covid-19 Crisis* (reperibile al sito <https://www.europeanlawinstitute.eu>), spec. Principle 13(2), ove si legge che «States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation».

IL NUOVO ORDINE MONDIALE E LE NUOVE MINACCE NON CONVENZIONALI ALLA SICUREZZA DEGLI STATI*

1. Premessa - 2. Minacce sanitarie alla sicurezza degli Stati - 3. La prospettiva di un governo mondiale - 4. La rinuncia degli Stati alla politica monetaria - 5. Conclusioni: il ruolo dell'Unione europea nel quadro del "nuovo ordine mondiale"

1. Premessa

Per "nuovo ordine mondiale" si intende il progetto, già in parte realizzato, di un nuovo sistema di rapporti tra gli Stati e tra gli individui di uno stesso Stato o di più Stati.

Un progetto elaborato non all'esito di procedimenti democratici di rilevazione della volontà popolare, ma elaborato elitariamente da persone e ambienti usualmente indicati come punti di riferimento e gestori della finanza internazionale e della speculazione monetaria.

L'attuazione di tale nuovo sistema comporta necessariamente di per sé la eliminazione delle sovranità statali, e dunque dello Stato stesso come anche la eliminazione di qualsiasi manifestazione di volontà popolare e di identità nazionale.

Conseguentemente, l'attuazione del progetto comporta la eliminazione di qualsiasi caratteristica distintiva dei popoli in termini di tradizioni, lingua, cultura, storia, religione ed economia.

In termini di conservazione dello Stato e della sovranità nazionale dei popoli, il progetto di nuovo ordine mondiale costituisce una minaccia gravissima per la sicurezza di ogni Stato attraverso metodi certamente non convenzionali che, ancorché non comportino l'uso della forza come tradizionalmente intesa, appaiono di sicuro più insidiosi.

2. Minacce sanitarie alla sicurezza degli Stati

Al di là delle cause e delle preordinate intenzioni politiche o geopolitiche, non v'è dubbio che la epidemia nota come Covid-19 è sopraggiunta come oggettivamente funzionale al progetto di nuovo ordine mondiale non solo per la pretesa e necessitata unificazione degli stili di vita e dei comportamenti individuali per scopi dichiaratamente profilattici o di prevenzione, ma forse ancor

* Questo contributo è il risultato di una ricerca svolta dall'Autrice nell'ambito della Rete Jean Monnet POWERS (Peace, War and the World in European Security Challenges) cofinanziata dal Programma Erasmus+ dell'Unione Europea (<http://powers-network.vsu.ru/en/home/>).

più per il clima di comprensibile paura che essa ha determinato. Ed è il caso di accennare solamente a come la paura, il timore per la propria salute a livello individuale e collettivo, si ponga come strumento di governo trasferendo le funzioni di questo ad organizzazioni internazionali come l'organizzazione mondiale per la sanità (la cui attività costituisce oggi oggetto di forti critiche, supposizioni e accuse) ma anche a centri industriali del settore farmaceutico che dichiarano senza infingimenti anche le loro finalità politiche per il raggiungimento di diversi obiettivi tra cui quello della riduzione della popolazione mondiale.

La situazione così descritta che già trova in parte corrispondenza nella realtà, comporta l'insorgere e l'acuirsi di ben più gravi crisi economiche strutturali, di crisi energetiche rispetto alle quali i cambiamenti indotti dal punto di vista climatico assumono un'incidenza secondaria.

Questi ultimi, infatti, dipendono in larga parte da eventi appunto climatici che se pure in qualche modo prevedibili, non sono certamente evitabili se non per quel poco risultato che possono dare le pur deboli politiche di contrasto all'inquinamento dell'aria e della terra e anche del mare.

Le cause degli effetti diversi e prima indicati sono, viceversa, riconducibili a precise volontà finalizzate come si è detto alla instaurazione di un nuovo sistema di relazioni economiche prima ancora che politiche.

Più precisamente va osservato che il nuovo sistema indicato con l'acronimo NOM ("nuovo ordine mondiale") prescinde, anzi tende alla eliminazione, da relazioni politiche ed economiche che sempre hanno caratterizzato i rapporti tra gli Stati sulla base del principio di uguaglianza giuridica caratterizzanti la "comunità internazionale degli Stati"; lungi dal fare una esercitazione di fantadiritto o fantapolitica, l'ordine attuale delle cose mostra come l'obiettivo sia quello di un "governo mondiale" totalmente scisso e indipendente da ogni regola democratica riconducibile alla volontà popolare di ogni popolo che costituente "nazione" si fa "Stato", rivendicando la sua legittima pretesa di governare sé stesso sul piano della rappresentanza politica come sul piano della produzione economica, dei rapporti sociali e della sovranità monetaria.

3. La prospettiva di un governo mondiale

La complessiva situazione, come pur sinteticamente descritta nei limiti imposti da un contributo alla comune ricerca, mostra con chiarezza e oltre ogni dubbio come essa attenti con volon-

tà totalitaria alla sicurezza degli Stati la quale non può certamente preservarsi per l'effetto di mutamenti anche radicali nei rapporti tra gli Stati sul piano politico come sul piano economico, atteso che i mutamenti in questione non sono la causa bensì la conseguenza del preordinato progetto di nuovo ordine mondiale che, avendo tra i suoi postulati il superamento degli Stati, attenta alla loro sicurezza già in termini di loro stessa esistenza.

In rapporto all'oggetto del presente studio, va osservato come gli autori e i fautori del nuovo ordine mondiale abbiano cambiato gli strumenti della loro azione o abbiano aggiunto a quelli già utilizzati uno strumento nuovo sicuramente più pervasivo e più conducente al risultato voluto.

Il nuovo ordine mondiale non utilizza più lo strumento monetario o, più in generale, gli strumenti tradizionali della politica economica. Ora esso si avvale di uno strumento nuovo venuto all'attenzione indipendentemente dalle sue cause naturali o artificiali. Ci si riferisce agli effetti del virus pandemico Covid-19 che, come si è prima ricordato, sembra favorire meglio di ogni altro strumento il completamento del disegno rivolto alla affermazione di un nuovo ordine mondiale.

In ordine al primo strumento, quello monetario, si è visto come questo si sia reso funzionale al progetto politico globalista, attraverso la rinuncia indotta o forzata (anche con l'uso del mezzo militare in termini di aggressività) della sovranità monetaria da parte degli Stati; cioè attraverso la rinuncia da parte di uno stragrande numero di Stati ad una loro autonoma politica monetaria con conseguenziale privazione delle finalità tradizionali delle banche centrali quali strumenti di sostegno delle scelte di politica economica degli Stati.

Dalla moneta nazionale si è passati alla moneta a prestito. La questione è di straordinaria importanza e incidenza: la moneta nazionale è di "proprietà" del popolo ed è assistita dalla capacità economica e produttiva dello Stato (funzione questa una volta assicurata dalla convertibilità in oro).

4. La rinuncia degli Stati alla politica monetaria

Una autonoma politica monetaria dello Stato consente a questo ogni decisione circa la stampa di nuova moneta da immettere nel sistema economico o alternativamente la scelta di ricorrere al prestito pubblico che, se sottoscritto dai cittadini comporta che, nella unicità del sistema economico, lo Stato paga gli interessi a sé stesso; quasi una "partita di giro" contabile. Diverso è il caso e gli effetti del ricorso al credito pubblico estero, e cioè ai c.d. investitori stranieri che so-

no la raffigurazione presentabile della speculazione monetaria e del condizionamento dello Stato verso entità politicamente e ancor meno democraticamente non responsabili, mentre per la prima ipotesi lo Stato si indebita con sé stesso.

Questo indica l'azione della finanza internazionale istituzionalizzata o meno (ci si riferisce al Fondo Monetario Internazionale) ovvero agli organismi della politica monetaria degli Stati più forti. Nello specifico è questo che rappresenta l'attuale modo di essere della Unione europea che agisce attraverso uno strumento monetario non riferibile a persone o a enti in termini di "proprietà", e attraverso un organismo – la Banca Centrale Europea – "costruito" nelle forme e con le funzioni di una qualsiasi società di diritto privato la quale è autorizzata a stampare carta moneta (ciò che ben potrebbero e dovrebbero fare gli Stati) che poi dà in prestito agli Stati stessi.

Se questo non rappresenta qualcosa di incomprensibile e inspiegabile, in termini logici va ricondotto a quelle finalità perseguite dai gestori del nuovo ordine mondiale.

Per quanto precede può trovarsi un riscontro nel fatto che i pochi Stati esistenti che ancora svolgono una autonoma politica monetaria o sono Stati particolarmente forti (basti pensare, tra i pochi altri, agli USA, alla Federazione Russa e alla Repubblica Popolare Cinese) ovvero si tratta di Stati dove improvvisamente nascono rivolte in nome della democrazia e dei diritti fondamentali della persona, con successivo e tempestivo intervento di potenze straniere che si sono auto-assunte il dovere di "esportare la democrazia" là dove nascono rivoluzioni colorate o, con riguardo ad una specifica regione geografica, "primavere arabe" (nome già coniato nella penombra dei servizi di sicurezza statunitensi più di vent'anni fa).

I casi verificatisi nella realtà fattuale sono sotto gli occhi di tutti e basta citare il caso dell'Iraq, della Libia, della Siria, dell'Ucraina e, nella più ravvicinata attualità, la Bielorussia.

Come detto, ora il nuovo "strumento" nelle mani del "nuovo ordine mondiale", è lo strumento sanitario che in nome di una emergenza – sussistente o non sussistente, è problema diverso ancorché connesso – si fonda su una azione politica rivolta a creare e ad accrescere situazioni di paura se non di panico.

Tale nuovo strumento appare sicuramente più pervasivo e più direttamente funzionale ai risultati che si intendono conseguire; intenzioni e risultati più facilmente perseguibili come è più facile giustificare, in nome di un'emergenza sanitaria e per la dichiarata cura della salute delle persone, ogni limitazione ai diritti e alle libertà fondamentali dell'individuo predisposte non solo a garanzia di questo, anche quale fondamento dello Stato democratico.

Dunque, ancora una volta si conferma come l'obiettivo degli autori e dei fautori del nuovo ordine mondiale, in nome di un'accattivante idea di globalismo, di egualitarismo e di benessere, sia quello di superare l'organizzazione della complessiva comunità mondiale dei popoli, come ora è e come dovrebbe essere, in Stati politicamente indipendenti possibilmente «costruiti» sulla base di un criterio di nazionalità (e, quando occorre, nel rispetto delle minoranze nazionali garantendo ad esse parità di trattamento e partecipazione alla vita politica in termini economici e sociali), che mantenga, nel rispetto reciproco, le diversità storiche, linguistiche, culturali, religiose e di tradizione, di ogni singolo popolo.

Ci fu qualcuno che disse che la paura genera consenso, ancorché necessitato; che si governa meglio con la paura piuttosto che con le armi in termini di sopraffazione in danno della libertà dei popoli e degli Stati.

È evidente come la situazione sinteticamente descritta comprometta in modo diretto la sicurezza degli Stati, e con essa, la sicurezza delle relazioni internazionali e della pace.

5. Conclusioni: il ruolo dell'Unione europea nel quadro del “nuovo ordine mondiale”

Nel quadro generale come descritto, l'Unione europea, non *questa* Unione europea, dovrebbe e potrebbe svolgere un ruolo ben diverso da quello che attualmente in realtà svolge e cioè di supporto agli interessi della finanza internazionale, del monetarismo di speculazione, di favoreggiamento di una idea “mondialista” che, indipendentemente dalla buona o cattiva fede di chi la sostiene, è nei fatti irrealizzabile con i mezzi pacifici del convincimento, della condivisione o della compartecipazione.

L'Unione europea, rinnovando le idee originarie che furono alla sua base, dovrebbe svolgere politiche ben precise in vista della maggiore coesione sociale possibile tra i popoli dei suoi Stati membri; dovrebbe «ricostruire» il suo modo di essere attraverso un recupero pieno di democraticità che dia al parlamento europeo non soltanto funzioni di ratifica di decisioni assunte altrove e da altri, o funzioni di sola codecisione, ma soprattutto poteri e funzioni di iniziativa legislativa concludendo entro sé stesso il relativo procedimento democratico per l'effetto di una rilevazione diretta attraverso i membri e le formazioni politiche che lo compongono, delle istanze sociali.

Così pure dovrebbe svolgere una più marcata politica sociale che renda vivo quel principio tanto irrinunciabile quanto disatteso, secondo cui è la legge e con essa la finanza e la moneta, fatta per l'uomo; non viceversa.

Un processo di diversa evoluzione della Unione europea che, se pure non potesse condurre ad una sua sovranità politica in termini di autonoma assunzione di capacità decisionali, dovrebbe comunque assicurare una ben diversa partecipazione degli Stati alle sue competenze, funzioni e finalità anche se in una diversa prospettiva della stessa Unione europea come comunità di Nazioni indipendenti.

Nella diversa prospettiva ora proposta, l'Unione europea dovrebbe individuare i necessari strumenti per combattere le minacce non convenzionali (comprese quelle batteriologiche o virali) che, a livello globale, determinano una frattura sempre più evidente in termini di democrazia, di qualità della vita e in termini di disuguaglianze relative all'istruzione, alla tecnologia, ai cambiamenti climatici, alla salute e alla qualità della vita in generale.

Una Unione europea rivolta specificamente a garantire e preservare la sicurezza degli Stati.

ANNA LUCIA VALVO

Libera Università degli Studi di Enna "Kore"

Bibliografia

Z. BAUMAN, *Oltre le nazioni: l'Europa tra sovranità e solidarietà*, Roma-Bari, 2019.

U. BECK, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere*, Bari, 2013.

N. CHOMSKY, *Crisi di civiltà. Pandemia e capitalismo*, Milano, 2020.

F. CILLIUFFO, S.L. CARDASH, G.N. LEDERMAN, *Combating Chemical, Biological, Radiological, and Nuclear Terrorism. A Comprehensive Strategy: a Report of the CSIS Homeland Defense Project*, Homeland Defense Project Center for Strategic and International Studies, Washington DC, 2001.

R. DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, Roma-Bari, 2001.

R. DAHRENDORF, *Libertà attiva, Sei lezioni su un mondo instabile*, Roma-Bari, 2005.

S. FABBRINI, *Il futuro dell'Europa viene deciso adesso*, ne *Il Sole 24 ore*, 29 marzo 2020.

- H. KISSINGER, *The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order*, in www.wsj.com, 3 aprile 2020.
- A. LOCATELLI, *Multilateralismo tra crisi e rilancio*, in *Lavori in corso. La fine di un mondo, atto II*, Rapporto ISPI, 2020.
- M.G. MAGLIE, *Il mostro cinese: Le bugie di Pechino, gli errori di Roma. Cronaca di una pandemia che si poteva evitare*, Casale Monferrato, 2020.
- R. MUGAVERO, *Armi non convenzionali, nuovi scenari della sicurezza e Cbrne Intelligence*, in *Gnosis*, 2, 2015.
- A.M. POGGI, *Dove va l'Europa al tempo del Covid-19: riflessioni in tema di territorio dell'UE*, in federalismi.it, 17 giugno 2020.
- S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008.
- S. SASSEN, *Globalizzati e scontenti*, Milano, 2002.
- A. TOOZE, *The problem with the eurozone's whatever it takes mantra*, in *Financial Times*, 4 aprile 2020.
- N. VEROLA, *L'Unione ai tempi del contagio*, in *Aspenia Online*, 28 marzo 2020.
- G.B. WOLFF, *EU debt as insurance against catastrophic events in the euro area: the key questions and some answers*, in Bruegel.org, 22 aprile 2020.

LA EPIDEMIA DE 1918-1919 Y LA ACCIÓN DEL ESTADO EN ESPAÑA

1. El escaso desarrollo de la administración sanitaria en la España de la Restauración - 2. La acción administrativa frente la epidemia de 1918-1919 - 3. Principales avances en salud pública tras la epidemia

1. El escaso desarrollo de la administración sanitaria en la España de la Restauración

En plena pandemia de la mal llamada “gripe española” y recién asumido el cargo, el Ministro de la Gobernación Luis Silvela Casado, de quien dependían las funciones de sanidad, proclamaba ante el Congreso de los diputados el 13 de noviembre de 1918 «que en España no existe organización sanitaria. Dejando aparte excepciones muy honrosas, especialmente en la cabeza de los organismos sanitarios; dejando aparte Institutos de investigación; dejando aparte el personal superior de la organización sanitaria española, no contamos con un organismo que pueda defender al pueblo español ante una amenaza de invasión. Porque, Sres Diputados, la ley de Sanidad que tenemos es absolutamente inadecuada por lo vetusta y no se encuentra en relación con los conocimientos epidemiológicos actuales; la Instrucción de Sanidad tampoco está en relación con las necesidades modernas, y [...] existe una inadecuación entre lo legislado y la realidad, que es la imposibilidad de su cumplimiento»¹.

Efectivamente, era muy poco lo que se había avanzado desde finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX en cuestión de sanidad pública, a pesar de que en el pensamiento ilustrado y liberal, que apostaba por la concentración de población para favorecer el mercado y el progreso de la Nación, la prevención de la salud y el tratamiento de la enfermedad ya habían comenzado a entenderse como problemas políticos que requerían de una gestión pública, especialmente cuando se trataba de enfermedades contagiosas, y se conminaba a desarrollar una política de salud y una administración sanitaria como una de las principales funciones del Estado, y como uno de los pocos límites justificados del abstencionismo liberal, frente a los anteriores sistemas basados mayoritariamente en la caridad privada propios del Antiguo Régimen².

¹ Diario de Sesiones de Cortes (en adelante, DSC), n. 93, de 13 de noviembre de 1918, p. 3006.

² G. ROSEN, *De la policía médica a la medicina social. Ensayos sobre la historia de la atención a la salud*, México, en *Siglo XXI*, 1985; A. CARRERAS, M. GRANJEL, *La policía médica ilustrada y los tratadistas españoles de la administración pública: perspectivas de aproximación a las enfermedades contagiosas, La experiencia de enfermar en perspectiva histórica*, Granada, 2008, pp. 397-399; G. JORI, *La política de la salud en el pensamiento ilustrado*

Los motivos de este escaso avance en cuestiones de sanidad pública no solo fueron económicos, sino también políticos e ideológicos. Los primeros gobiernos del Estado liberal español no sólo tuvieron que enfrentarse a la falta de dinero público, y a las convulsiones que hicieron regresar el Absolutismo político hasta 1833, incluida la inestabilidad que se vivió durante el Trienio Liberal (1821-1823), sino que también tuvieron problemas dentro de las propias filas liberales para ponerse de acuerdo en el alcance y contenido de la acción del Estado en cuestión de asistencia y sanidad³.

Los liberales que seguían la corriente individualista clásica defendían que el alivio de pobres y enfermos era una cuestión que había que dejar principalmente a la caridad privada, y que el Estado sólo debía impulsar una cierta beneficencia pública mediante la creación de hospicios, hospitales u otros establecimientos para socorrer a los casos más graves de “verdaderos pobres”, como huérfanos, viejos, enfermos crónicos o tullidos que no contaran con la protección de su familia, frente a los considerados simples “vagos”, “ociosos” o “malentretidos”, a quienes había que castigar o poner al servicio del Estado siguiendo el espíritu de las antiguas leyes de vagos, de pobres o “poor laws” del Antiguo Régimen.

Pero frente a esta postura tradicional, en toda Europa, y también en España, se venía desarrollando una nueva corriente liberal que defendía una mayor intervención del Estado en cuestiones asistenciales, y especialmente en cuestiones sanitarias, no sólo por “caridad legal” (“legal charity” o “charité légal”), sino como único medio para hacer frente a las grandes amenazas que podía sufrir la economía y el sistema liberal en su conjunto frente a problemas de salud que afectarían a la población, que podía verse diezmada, u otros males sociales.

A esta corriente de opinión, se sumaron los estudios de los médicos o higienistas que alertaban de los graves problemas de salud que podían derivarse de la concentración de la población, propia de la industrialización y el modelo económico liberal, de la mala alimentación o falta de seguridad alimentaria, o del hacinamiento o la falta de higiene en lugares públicos o en las fábricas⁴. Dichos

español. *Principales aportaciones teóricas*, en *Scripta Nova: Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, n. extra 16, 418, 2012 (<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-418/sn-418-16.htm>).

³ C. GRABULEDA I TEIXIDOR, *Los límites de la acción social en la España del siglo XIX: asistencia y salud pública en los orígenes del Estado liberal*, en *Hispania: Revista española de historia*, vol. 60, n. 205, 2000, pp. 597-622; A. CARDONA, *Las ideas sobre salud pública de los dirigentes liberales españoles en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*, en *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*, Antioquia, 2003, vol. XXI, n. 2, pp. 63-71; Á. CARDONA, *La salud pública en España durante el trienio liberal (1820-1823)*, Madrid, 2005.

⁴ R. ALCAIDE GONZÁLEZ, *Las publicaciones sobre higienismo en España durante el periodo 1736-1939*, n. 37, 1999, pp. 32-54; A. CARRERAS PANCHÓN, M. GRANJEL, *La policía médica ilustrada y los tratadistas españoles de la*

estudios impulsaron definitivamente las primeras leyes sanitarias en Europa, siguiendo el modelo de la pionera *Public Health Act* promulgada en el Reino Unido el 31 de agosto de 1848⁵.

En España, este primer modelo de sanidad pública fue asumido por la Ley General de Sanidad de 28 de noviembre de 1855⁶, que al igual que la *Public Health Act* británica, o las correspondientes leyes francesa o alemana, se basaba fundamentalmente en medidas de higiene o saneamiento público y de control sanitario (por ejemplo, en la alimentación o la prevención de “enfermedades exóticas” en aduanas y puertos), siguiendo la teoría miasmática de la enfermedad en la que se creía en ese momento, según la cual las enfermedades y contagios se generaban fundamentalmente por la suciedad, la putrefacción de animales o la descomposición de la comida o la materia⁷.

Desde el punto de vista de la administración pública, La Ley General de Sanidad de 1855 introdujo pocos cambios. Se mantuvieron las Juntas de sanidad municipales y provinciales que venían funcionando desde el Antiguo Régimen y se habían reorganizado poco antes por Real Orden de 18 de enero de 1849. Pero en vez de someterlas al control de la antigua Junta Suprema de Sanidad, se confirmó un órgano nuevo, la llamada Dirección General de Sanidad, que había sido constituida unos años antes en virtud del Real Decreto Orgánico de Sanidad de 17 de marzo de 1847⁸.

La Dirección General de Sanidad dependía del Ministerio de la Gobernación, y ejecutaba sus decisiones a través de los Gobernadores civiles y los Alcaldes, quienes asumían jerárquicamente las funciones de la administración sanitaria. Junto a ellos se mantuvieron los antiguos Subdelegados de Sanidad en cada partido judicial (uno de Medicina, otro de Farmacia y otro de Veterinaria), que venían nombrándose desde 1816 y se confirmaron por el Real Decreto Orgánico de Sanidad de 1847, en dependencia del “jefe político” o Gobernador civil, y con atribuciones esencialmente preventivas de inspección o control sanitario. Las Juntas de sanidad municipales y provinciales

administración pública: perspectivas de aproximación a las enfermedades contagiosas, en T. ORTIZ GÓMEZ (coord.), *La experiencia de enfermar en perspectiva histórica*, Granada, 2008, pp. 397-399; P. BOURDELAIS, *Les hygiénistes. Enjeux, modèles et pratiques*, Paris, 2011.

⁵ Á. CARDONA, *150 años de la primera Ley de Salud Pública en el mundo*, en *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, vol. 16, n. 2, 1999, pp. 68-81.

⁶ Gaceta de Madrid n. 1068, del 7 de diciembre de 1855, pp. 1-2.

⁷ R. NAVARRO Y GARCÍA, *Historia de la sanidad en España*, 2002, pp. 56-61; E. RODRÍGUEZ, F. MARTÍNEZ, *Salud pública en España. De la Edad Media al siglo XXI*, en *Escuela Andaluza de Salud Pública*, vol. 1, 2008, pp. 44-47; D.J. FERIA LORENZO, *La sanidad en el liberalismo isabelino: la promulgación de la Ley de Sanidad de 1855, debate parlamentario y análisis prosopográfico*, Huelva, 2012.

⁸ F. MARTÍNEZ, *Salud pública en España. De la Edad Media al siglo XXI*, en *Escuela Andaluza de Salud Pública*, vol. 1, 2008, pp. 31-32.

persistieron, por su parte, como órganos meramente consultivos, al igual otros órganos colegiados centrales como el Real Consejo de Sanidad, creado por esta misma ley.

Por lo demás, aunque el sistema seguía basado fundamentalmente en la sanidad privada, con médicos que ejercían libremente su profesión y ciudadanos como principales responsables de su salud, la ley trató de impulsar un primigenio sistema de intervención pública conminando principalmente a los Alcaldes a que desarrollaran medidas de higiene y saneamiento en sus respectivos términos, y a que prestaran asistencia médica a las familias más desfavorecidas de la población mediante la contratación de médicos titulares. Para atender a estos fines, los Ayuntamientos de algunas grandes ciudades comenzaron a crear entonces los llamados Institutos de Higiene o Salubridad municipal, que comprendían laboratorios de análisis, servicios de desinfección, servicios de inspección sanitaria de prostitutas y servicios médicos de beneficencia.

Al margen de ello, como la Ley de Sanidad de 1855 apostaba directamente por la beneficencia médica domiciliaria frente a la asistencia hospitalaria (más cara y más peligrosa frente a los contagios, según se creía), el desarrollo del sistema hospitalario en los años que siguieron a la publicación de esta norma fue escaso, y siguió apostando simplemente por el internamiento de los casos más graves de infecciosos, impedidos o incurables. Entre los establecimientos de beneficencia pública de la época, reconocidos como tales por la Ley de establecimientos de beneficencia de 16 de junio de 1894, se podían contar los hospitales u hospicios generales, la mayoría heredados del Antiguo Régimen, las casas de maternidad, los manicomios, algunos asilos para mayores, enfermos y mujeres, y colegios o patronatos para la asistencia de huérfanos o ciegos⁹.

Los poderes provinciales y municipales apenas invirtieron fondos en el desarrollo de estos establecimientos. Según datos del Anuario Estadístico de España (1859-1860), en 1859 solo existían 63 hospitales de beneficencia provincial, 22 de beneficencia municipal en las capitales de provincia, y 525 en los pueblos¹⁰. El sistema sanitario se completaba con los establecimientos privados pertenecientes a la Iglesia, y los establecimientos propios de los Cuerpos militares, ofreciendo en conjunto un panorama desarticulado y poco eficaz para atender al conjunto de la población.

⁹ La Ley de Beneficencia de 16 de junio de 1894, publicada en la Gaceta de Madrid, n. 5398, de 24 de junio de 1849, pp. 1-2, declaró públicos todos los establecimientos de beneficencia, incluyendo escuelas, colegios, hospitales, casas de maternidad, hospicios, manicomios, y otros análogos, así como las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente como patronatos, memorias, legados y obras pías.

¹⁰ Cfr. M. VILAR-RODRÍGUEZ, J. PONS PONS, *La construcción de la red de hospitales y ambulatorios públicos en España, 1880-1960*, en *Documentos de trabajo de la Asociación Española de Historia Económica*, n. 16, 2016, p. 7.

La situación comenzó a cambiar en las últimas décadas del siglo XIX, al tiempo que se desarrollaba un importante debate científico en torno al origen de las enfermedades. Dicho debate supuso la superación del paradigma miasmático, que establecía el origen de la enfermedad en las emanaciones de la suciedad y la putrefacción, por un nuevo paradigma microbiológico o bacteriológico, que se basaba en la demostración científica de que el origen de las enfermedades infecciosas estaba relacionado directamente con una serie de criaturas microscópicas que era necesario estudiar para controlar y eliminar.

Este cambio de paradigma puso en evidencia que no bastaban las medidas de higiene o salubridad para eliminar las condiciones que contribuían al contagio o infección (limpiar las calles, instalar tuberías, garantizar agua potable, controlar la putrefacción de los alimentos, etc.), sino que era absolutamente necesario que la Administración pública impulsase estudios estadísticos (estadísticas vitales) y promoviese la investigación epidemiológica, bacteriológica y química para hacer frente a la enfermedad y la muerte¹¹.

Bajo este pensamiento surgió y se consolidó definitivamente lo que se ha dado en llamar la *salud pública moderna* en el tránsito del siglo XIX y XX, primero en Europa (en particular en Inglaterra y Francia) y en los Estados Unidos, y más tarde en el resto del mundo, siguiendo fundamentalmente los modelos impulsados por el Instituto Pasteur y la Fundación Rockefeller, que se convirtieron en los referentes a seguir¹².

En España, la primera institución sanitaria moderna que pretendía impulsar la nueva medicina científica o de laboratorio fue el Instituto Nacional de Vacuna, creado por Real Decreto de 24 de Julio de 1871 con el objeto de impulsar la vacuna contra la viruela (posteriormente llamado Centro General de Vacunación e Instituto de Vacunación del Estado, tras diversas reorganizaciones)¹³.

¹¹ G. ROSEN, *De la policía médica a la medicina social. Ensayos sobre la historia de la atención a la salud*. México, en *Siglo XXI*, 1985; G. ROSEN, *A history of public health*, Baltimore, 1993; J.H. ESTRADA MONTOYA, *Contexto político y económico del surgimiento de la salud pública moderna en el periodo 1872-1914*, en *Universitas Odontológica*, vol. 29, n. 63, 2010, pp. 17-28; J.H. TAMAYO ACEVEDO, *Salud Pública e historia de la Salud Pública. Una relación necesaria*, en Á. CASAS, J.C. CONGOTE (coords.), *Salud y Salud Pública. Aproximaciones históricas y epistemológicas*, Medellín, 2013, pp. 59-84.

¹² J.H. ESTRADA MONTOYA, *Contexto político y económico del surgimiento de la salud pública moderna en el periodo 1872-1914*, en *Universitas Odontológica*, vol. 29, n. 63, 2010, p. 18.

¹³ M.I. PORRAS GALLO, *Antecedentes y creación del Instituto de Sueroterapia, Vacunación y Barteriología de Alfonso XIII*, en *Dynamis: Acta hispanica ad medicinae scientiarumque historiam illustrandam*, n. 18, 1998, pp. 81-106; R. NAJERA MORRONDO, *El Instituto de Salud Carlos III y la sanidad Española. Origen de la medicina de laboratorio, de los institutos de salud pública y de la investigación sanitaria*, en *Revista Española de Salud Pública*, n. 5, vol. 80, 2006, pp. 590-591.

Más adelante, e inspirándose en el Instituto Pasteur, trató de promoverse también el Instituto Nacional de Bacteriología y de Higiene, que se llegó a aprobar por Real Decreto de 23 de Octubre de 1894, aunque nunca se pondría en funcionamiento. Cinco años después, se constituiría finalmente por Real Decreto de 28 de Octubre de 1899 el Instituto de Sueroterapia, Vacunación y Bacteriología, que fue evolucionando y asumiendo distintas responsabilidades, pasando a denominarse en 1911 Instituto Nacional de Higiene Alfonso XIII¹⁴.

Junto a ellos, se desarrollaron además de forma muy importante los laboratorios provinciales o municipales, ya previstos en la Ley de Sanidad de 1855, y que la nueva Instrucción General de Sanidad de 1904 impuso como modelo en todas las capitales de provincia españolas¹⁵.

La Instrucción General de Sanidad, aprobada por Real Decreto de 12 de enero 1904¹⁶, fue la única disposición que consiguió salir adelante durante el periodo de la Restauración, armonizando las distintas posturas políticas, tras diversos intentos frustrados de reformar la Ley de Sanidad de 1855, especialmente durante el Sexenio y la I República. Su finalidad era completar aquella, que no resultó derogada, para mejorarla en algunos aspectos administrativos, y para incorporar al sistema sanitario español algunos de los nuevos postulados de la bacteriología y de la medicina de laboratorio.

La principal mejora administrativa que introdujo fue la definitiva creación de una Inspección General de Sanidad, obviada en la Ley de 1855. La Inspección de Sanidad era una necesidad palmaria, que ya tuvo un primer intento de concreción malogrado en el año 1849, a iniciativa del Real Consejo de Sanidad, y que con posterioridad se había reclamado muchas veces ante las Cortes, con el único resultado de una disposición de 1891 que preveía la creación de inspectores temporales provinciales, y otra de 1892 que daba a estos inspectores provinciales un carácter permanente. La Instrucción General de Sanidad de 1904 superó estos planteamientos iniciales, regulando un servicio completo de inspección sanitaria, compuesto por dos Inspectores Generales de Sanidad (interior y exterior), Inspectores provinciales e Inspectores municipales.

¹⁴ R. NAJERA MORRONDO, *El Instituto de Salud Carlos III y la sanidad Española. Origen de la medicina de laboratorio, de los institutos de salud pública y de la investigación sanitaria*, en *Revista Española de Salud Pública*, n. 5, vol. 80, 2006, pp. 594-596; M.I. PORRAS GALLO, *Instituto Nacional de Higiene de Alfonso XIII: origen, creación y labor desempeñada*, en *El desarrollo de la microbiología en España*, vol. 1, 2019, pp. 69-103.

¹⁵ Gaceta de Madrid, n. 23, de 23 de enero de 1904, p. 294: «Todas las capitales de provincia tendrán un Laboratorio de Higiene y un Instituto de Vacunación, en cuyo sostenimiento ó mejoramiento, según los casos, se empleará por lo menos el 25 por 100 del producto total de los ingresos sanitarios».

¹⁶ Gaceta de Madrid, n. 22, de 22 de enero de 1904, pp. 273-275, y n. 23, de 23 de enero de 1904, pp. 290-295.

El resto de la Administración sanitaria, dependiente del Ministerio de Gobernación, y compuesta por la Dirección General de Sanidad, los Gobernadores civiles, los Alcaldes como órganos ejecutivos, y por el Real Consejo de Sanidad junto con las Juntas provinciales y municipales de sanidad como órganos consultivos y deliberativos, así como por los tres Subdelegados de cada partido o distrito judicial (de Medicina, Farmacia y Veterinaria), no sufrió cambios de importancia en la Instrucción General de Sanidad de 1904, aunque sí su regulación se viera completada y actualizada.

En cuanto a las mejoras científicas, al margen de la promoción de laboratorios de higiene e institutos de vacunación en todas las capitales de provincia, de la que hemos hablado antes, cabe destacar que la Instrucción General de Sanidad de 1904 apostó también de forma decidida por el desarrollo de la estadística sanitaria, obligando a todos los médicos, parteras, veterinarios o personal sanitario a proporcionar los datos estadísticos que se le requirieran a través de los inspectores, los subdelegados o la Comisión de Estadística, dependiente del Real Consejo de Sanidad.

Más allá de estas novedades, la norma seguía basaba fundamentalmente en medidas de higiene municipal (limpieza, desinfección, suministro de agua y vigilancia de su pureza, evacuación de residuos, etc.) y control de alimentos y de contagios, especialmente en establecimientos públicos como escuelas, mercados, mataderos, cementerios, industrias o edificios insalubres, etc. Se ocupaba asimismo de regular la prevención de epidemias y epizootias con un capítulo dedicado a la sanidad exterior, y fijando un protocolo de actuación frente a las mismas en caso de producirse dentro de las fronteras. Y, finalmente, consolidaba el servicio de beneficencia médica municipal, obligando a todos los Ayuntamientos a contratar a un médico y un practicante titular por cada 300 familias indigentes. Estos médicos públicos pasarían a integrar el Cuerpo de Médicos titulares siempre que reunieran una serie de condiciones.

En suma, rescatando las palabras del Ministro Silvela con las que he comenzado este epígrafe, la Administración sanitaria española estaba escasamente desarrollada cuando se inició la epidemia de los años 1918 y 1919, y no contaba con ningún “organismo que pueda defender al pueblo español ante una amenaza de invasión”, dejando aparte los “institutos de investigación” o laboratorios de análisis, que no ejercían una acción directa sobre la población, la “vetusta” Ley General de Sanidad de 1855, que en opinión de Silvela no se encontraba “en relación con los conocimientos epidemiológicos actuales”, y la Instrucción de Sanidad de 1904, que “tampoco está en relación con las necesidades modernas”.

Veamos, a continuación, cuáles fueron las medidas que, a partir de este escenario, pudo desarrollar el Ministerio de la Gobernación español ante la gravísima epidemia que asoló el país entre los años 1918 y 1919, y si a consecuencia de la misma se produjo algún impulso o mejora de la salud pública española.

2. La acción administrativa frente la epidemia de 1918-1919

Según los estudios de los especialistas, la epidemia que a nivel mundial recibió popularmente el nombre de “gripe española” (aunque lo más probable es que se originara en los Estados Unidos y se trasladara a Francia con la llegada de las tropas estadounidenses)¹⁷, llegó a España durante la primavera de 1918 y se desarrolló en tres grandes oleadas en la primavera y el otoño-invierno de ese mismo año, y por último entre los meses de febrero y mayo de 1919, afectando prácticamente a todo el territorio¹⁸. Sus efectos fueron devastadores, habiéndose calculado que murieron en nuestro país en torno a unas 250.000 personas¹⁹.

Cuando le enfermedad comenzó a manifestarse en la primavera de 1918, y desconocido todavía el alcance de la misma, se aplicaron simplemente las medidas que estaban previstas en la Instrucción General de Sanidad de 1904. Es decir, en primer lugar se conminó a los Inspectores municipales de sanidad, que debían ser informados por los médicos o ciudadanos de la declaración de una enfermedad infecciosa en cualquier lugar (vivienda particular, establecimiento de trabajo o venta, hospital público o privado, etc.), a que aplicaran las medidas de aislamiento de los enfermos y desinfección previstas en los artículos 126-132 de la Instrucción General de Sanidad de 1904, así como las medidas adicionales que estimaran oportunas, dando siempre cuenta de las mismas a la Junta municipal de Sanidad.

¹⁷ J. BARRY, *The great influenza*, New York, 2004, p. 98; A. ERKOREKA, *Origins of the Spanish Influenza pandemic (1918-1920) and its relation to the First World War*, en *Journal of Molecular and Genetic Medicine*, vol. 3, n. 2, 2009, pp. 190-194; M.I. PORRAS GALLO y DAVIS, R.A., *The Spanish Influenza Pandemic of 1918-1919*, Rochester, 2014; B. ECHEVERRI DÁVILA, *En el centenario de la gripe española. Un estado de la cuestión*, en *Revista de Demografía Histórica*, vol. 36, n. 1, 2018, pp. 17-42; J.M. EIROS, M.R. BACHILLER, A. PÉREZ, *La gripe de 1918: centenario de una crisis sanitaria devastadora*, Gerona, 2018.

¹⁸ B. ECHEVERRI DÁVILA, *La gripe española. La pandemia de 1918-19*, Madrid, en *CIS/Siglo XXI*, 1993, pp. 11-15, F. ROMERO SALVADO, *Spain, 1914-1918: Between War and Revolution*, Londres, 1999, pp. 22-25, I. PORRAS GALLO, *Un reto para la sociedad madrileña: la epidemia de gripe de 1918-1919*, Madrid, 1997, pp. 28-29.

¹⁹ B. ECHEVERRI DÁVILA, *Spanish Influenza Seen from Spain*, en H. PHILLIPS, D. KILLINGRAY, *The Spanish Influenza Pandemic of 1918-19: New Perspectives*, London, 2003, p. 190.

Si estas medidas, que comprendían también la prohibición de lavar la ropa de los enfermos en lavaderos públicos, o la venta de ropas u objetos que hubieran podido ser contagiados, eran suficientes a juicio del médico y el inspector, éste debía limitarse a tomar nota del caso a efectos estadísticos. Pero si la enfermedad se propagaba, el Inspector municipal y la Junta municipal de Sanidad debían redactar un informe con el estado de la situación, que trasladarían al Inspector Provincial y al Gobernador Civil para su publicación en el Boletín Oficial de la provincia, en atención a los artículos 152 y 153 de la Instrucción General de Sanidad de 1904, y a fin de poder obtener del Gobierno la declaración oficial de epidemia.

Este trámite era necesario para que los Gobernadores provinciales y los Alcaldes pudieran beneficiarse de medidas adicionales (como el reparto de medicamentos o desinfectantes, por ejemplo), y pudieran disponer de mayores servicios facultativos, no sólo dirigidos a la atención de los enfermos, con especial “asistencia ó preservación á los pobres” como rezaba el artículo 155 de la Instrucción, sino también a “la indagación de los hechos” en los institutos o laboratorios municipales.

La declaración oficial de epidemia también era necesaria para la obtención de otros derechos, como la pensión vitalicia prevista para las viudas y huérfanos de los facultativos o inspectores fallecidos a consecuencia de la misma. Por ello, una de las primeras disposiciones específicas del Ministerio de la Gobernación al iniciarse la gripe en 1918, la Real Orden circular de 24 de abril de 1918, ordenaba precisamente que, en todos los casos en que estuviera comprobada la existencia de la epidemia, los Gobernadores civiles convocasen con urgencia a las Juntas provinciales de Sanidad para proceder a la declaración oficial de aquélla, porque, lamentablemente, se venía comprobando que este trámite «suele omitirse, bien por negligencia de las Autoridades á quienes compete su cumplimiento, ó lo que es más frecuente, con el fin de evitar los perjuicios de índole económica que se originan á la localidad afectada del mal»²⁰.

Declarada oficialmente la epidemia, la acción de los Alcaldes en los distintos municipios fue muy diferente en esta primera fase u oleada de la enfermedad. Algunos cerraron los lugares públicos u prohibieron fiestas y reuniones, siguiendo los consejos de los Gobernadores civiles, mientras que otros permitieron que siguieran realizándose las actividades públicas con normalidad, contentándose con las medidas de aislamiento domiciliario u hospitalario, y desinfección de las

²⁰ Gaceta de Madrid, n. 119, de 29 de abril de 1918, pp. 281-282.

calles y de las casas, generalmente con agua caliente, desinfectantes químicos que rociaban o vaporizaban, o blanqueantes²¹.

En cuanto a la recepción de mayores recursos o auxilios para la atención sanitaria, también fue muy distinta según la ciudad o municipio, aunque por lo general escasa, como demuestran las constantes quejas de los diputados de los distintos territorios ante las Cortes. Según Victoria Blacik, hubo una gran diferencia entre los centros urbanos, con una estructura sanitaria algo más desarrollada y a los que pudieron llegar más facultativos y medicinas, y los núcleos rurales, que sufrieron una grave falta de asistencia médica o de suministros durante la epidemia²².

El Estado reaccionó autorizando al Ministro de la Gobernación a solicitar ante las Cortes en el mes de junio un suplemento de crédito de 250.000 pesetas destinado a la “defensa contra enfermedades evitables”²³, el cual se aprobó finalmente el 2 de agosto de 1918²⁴, y se destinó fundamentalmente al pago de las dietas de los médicos y el envío de medicamentos a los pueblos. Pero los Alcaldes e inspectores municipales exigían más recursos al Inspector General de Sanidad Pública, el Dr. Manuel Martín Salazar, quien, desbordado por la situación, sugirió que se pidieran también los suministros a los Gobernadores civiles.

En la ciudad de Madrid, en la que la atención domiciliaria no era bastante ni aconsejable por el volumen de población, y tanto el Hospital de San Juan de Dios como el Hospital Provincial de Madrid ya estaban colapsados en el mes de mayo de 1918, se instalaron “a toda prisa los

²¹ Son numerosos los estudios locales. Sin ánimo de ser exhaustiva, pueden consultarse X. GRANERO XIBERTA, *L'epidèmia de grip del 1918 a Barcelona*, Gimbernat, vol. 1, 1984, pp. 34-56; J. CARRILLO, J. CASTELLANOS, D. RAMOS, *Enfermedad y crisis social: la gripe en Málaga (1918)*, Málaga, 1985; J. RAMOS, Z. MARTÍNEZ, *La pandemia de gripe de 1918 en Pamplona*, en *Príncipe de Viana. Anejo*, n. 16, 1992, pp. 109-130; F.J. GARCÍA-FARÍA, *La epidemia de gripe de 1918 en la provincia de Zamora*, Zamora, 1995; F. HERRERA RODRÍGUEZ, *La epidemia de gripe de 1918 en El Puerto de Santa María*, en *Revista de Historia de El Puerto*, n. 17, 1996, pp. 31-63; F. GARCÍA PALOMAR, *Epidemia de gripe en San Esteban de Gormaz durante 1918*, en *Celtiberia*, n. 97, 2003, pp. 373-420; J.F. MARTÍN, *La construcción de la enfermedad epidémica: el caso de “la gripe española” de 1918 en Las Palmas de Gran Canaria*, en *El museo canario*, n. 59, 2004, pp. 199-214; F. GARCÍA PALOMAR, *Epidemia de gripe en un municipio de Feuntecambrón (Soria) durante septiembre y octubre de 1918*, en *Celtiberia*, n. 104, 2010, pp. 105-170; E. SANTOS RAFAEL, *Mortalidad y gripe en Llerena en 1918*, en *La representación popular: historia y problemática actual*, Ascacibar, 2013, pp. 361-370; C.M. NEILA MUÑOZ, *La epidemia de gripe de 1918 y 1919 en las ciudades de Cáceres y de Plasencia*, en *XLIII Coloquios históricos de Extremadura*, 2015, pp. 505-546; J.A. PLEGUEZUELOS SÁNCHEZ, *La gripe de 1918 en San Roque (Cádiz)*, en *Almoraima. Revista de estudios campogibraltareños*, n. 45, 2016, pp. 139-149; L. SILVA ORTIZ, *Incidencia de la gripe española de 1918 en la campiña sur de Badajoz*, en *Historia Digital*, vol. 18, n. 32, 2018, pp. 55-93; M. GARCÍA CIENFUEGOS, *La epidemia de gripe española (año 1918) en Montijo, Puebla de la Calzada y Lobón*, en *XLVII Coloquios históricos de Extremadura*, 2018, pp. 129-154.

²² V. BLACIK, *De la desinfección al saneamiento: críticas al Estado español durante la epidemia de gripe de 1918*, en *Ayer* 75/2009 (3), pp. 261-262.

²³ Gaceta de Madrid, n. 159, de 8 de junio de 1918, p. 628.

²⁴ Gaceta de Madrid, n. 214, de 2 de agosto de 1918, p. 346.

pabellones Docker de los que las autoridades disponen” que eran las unidades sanitarias de campaña del ejército, en los alrededores de ambos hospitales. Sin embargo, en opinión del diputado Álvarez Arranz ante el Congreso el día 31 de ese mismo mes de mayo, «si mis noticias no son equivocadas, estas autoridades sanitarias no disponen más de cuarenta o cuarenta y tantos pabellones de esa clase, y no teniendo cada uno más de 20 plazas, solo permitirían hospitalizar a 800 o 900 enfermos», lo que a su juicio era claramente insuficiente²⁵.

El entonces Ministro de la Gobernación, Manuel García Prieto, quiso tranquilizar a la población comprometiéndose a presentar ante las Cortes una ley de enfermedades evitables²⁶, cuyo primer proyecto ya se había tramitado en 1914 sin suerte, pero que ahora se hacía más necesaria que nunca²⁷. Dicha ley se reclamaba también desde la Real Academia de Medicina, y sobre ella se insistió reiteradamente en las Cortes durante las distintas fases de la epidemia, hasta dar finalmente como resultado la aprobación de un primer Real Decreto de 10 de enero de 1919 para la prevención de enfermedades contagiosas, y dos consecutivos proyectos de ley de profilaxis pública de las enfermedades infecciosas de julio y noviembre de 1919. Estos serían los resultados más importantes y duraderos que devinieron de la crisis de 1918-1919, aunque sus efectos apenas pudieron sentirse durante la misma, por lo que los analizaremos más adelante.

Desde el punto de vista de la medicina bacteriológica, además de favorecer la contratación de facultativos en laboratorios e institutos municipales²⁸, y del impulso a leyes de enfermedades evitables o profilaxis pública que aún tardaría en tramitarse, no pudo avanzarse mucho más frente a la epidemia. El único instituto civil destinado a la investigación, el antes citado Instituto Nacional de Higiene Alfonso XIII, trabajaba a destajo junto con el Instituto del Dr. Llorente, destinado de ordinario a la sanidad militar, aunque sus resultados no eran los deseados ante la magnitud que estaba alcanzando la epidemia²⁹.

²⁵ DSC, n. 47, de 31 de mayo de 1918, p. 1290.

²⁶ DSC, n. 59, de 18 de junio de 1918, pp. 1763-1764.

²⁷ M.I. PORRAS GALLO, *La lucha contra las enfermedades “evitables” en España y la pandemia de gripe de 1918-19*, en *DYNAMIS Acta Hispanica ad Medicinae Scientiarumque Historiam Illustrandam*, vol. 14, 1994, pp. 159-183.

²⁸ Además de lo previsto en la Instrucción de 1904, atiéndase también a «la Real orden disponiendo se cumplan inmediatamente las disposiciones relativas al establecimiento de Laboratorios municipales con elementos suficientes para análisis y desinfección en las capitales y poblaciones importantes que carezcan de ellos, y que por los Laboratorios municipales que en la actualidad existen, independientemente de los servicios que se relacionan con el término municipal de sus respectivos Ayuntamientos, atiendan a las necesidades sanitarias que se originen en aquellas localidades de sus correspondientes provincias donde no se disponga de Laboratorios», en *La Gaceta de Madrid*, n. 278, de 5 de octubre de 1918, p. 57.

²⁹ DSC, n. 84, de 24 de octubre de 1918, pp. 2744.

En consecuencia, las principales respuestas que la sanidad pública dio a esta crisis en España siguieron siendo fundamentalmente las de la medicina miasmática, basadas como sabemos en el aislamiento y desinfección, y se vieron intensificadas especialmente a partir de la segunda oleada de la misma, en el otoño de 1918, cuando ya se conocían los estragos que estaba dejando la enfermedad no sólo en España sino también en otros muchos países de Europa y América.

La segunda fase comenzó con la declaración de un importante foco de infección en el Levante. Inmediatamente saltaron las alarmas y comenzaron a arbitrarse también medidas de control en la frontera con Francia, previstas en los arts.148-152 de la Instrucción General de Sanidad de 1904, y que venían siendo exigidas por la prensa y la opinión pública³⁰. El entonces Ministro de Gobernación dio noticias de ellas ante las Cortes el día 23 de octubre:

«Cuando la epidemia comenzó en Levante [...] se adoptaron medidas y determinaciones inmediatamente con relación a la frontera, y bueno es decir que la frontera de Port-Bou, por ejemplo, no tenía preparación de ninguna clase, o era escasísima [...] hasta tal punto, que hemos necesitado establecer allí barracas Docker y tiendas de campaña; pero repito que en el momento en que se presentó la gripe en Levante se adoptaron medidas, y esas medidas consistieron en procurar que no entraran en España extranjeros enfermos o sospechosos de enfermedad. Respecto de los españoles, no podíamos hacer lo mismo, S.S. lo ha reconocido. Cuando el Gobierno francés enviaba españoles, sanos o enfermos, nosotros no teníamos más remedio que admitirlos [...], pero inmediatamente eran examinados, y en cuanto había la más ligera sospecha de que esos españoles pudieran traer germen de enfermedad, eran hospitalizados en Irún o en Port-Bou, y para esta hospitalización precisamente es para lo que se establecieron las barracas Docker y se llevaron tiendas de campaña [...].

Los que no ofrecían ningún síntoma de enfermedad, venían de sitio en donde nuestros cónsules les habían expedido patente limpia y, en sentir de los médicos que los examinaban, no tenían, repito, enfermedad contraída, eran, sin embargo, sujetos a medidas de desinfección personal y de sus ropas, aun cuando debo decir a su Señoría y, de paso, lo digo al país, a pesar de que ellos produzca alguna decepción, que en el sentir de la opinión más generalizada, y a mi juicio autorizada, del protomedicato español, esa desinfección de las ropas y aun de las personas no sirve absolutamente para nada para evitar el contagio de la gripe que actualmente padecemos, porque en

³⁰ V. BLACIK, *De la desinfección al saneamiento: críticas al Estado español durante la epidemia de gripe de 1918*, en *Ayer* 75/2009 (3), pp. 254-256.

sentir de la inmensa mayoría del Cuerpo médico, la transmisión es exclusivamente por el aire y por la respiración»³¹.

Durante ese mismo mes de octubre de 1918, en el que el Ministro daba cuenta de lo llevado a cabo ante las Cortes, se había promulgado ya una orden especial para que las Compañías de ferrocarriles adoptaran medidas de limpieza y desinfección en todos los trenes³², y el propio Ministro afirmó que el traslado desde la frontera de los «obreros españoles» que venían del extranjero, «sanos, con patente limpia, fumigados y reconocidos por los médicos», se hacía en trenes especiales³³.

También se había tomado la decisión, por parte del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, de suspender las clases en todos los establecimientos docentes públicos (escuelas, institutos y universidades), y de fijar una prórroga indefinida para las plazas de matrícula y los exámenes³⁴. Esta decisión fue muy criticada en Cortes, poniéndose de relieve que mientras que todos los establecimientos oficiales de enseñanza pública estaban cerrados, la educación en la enseñanza privada se mantenía con mayor normalidad en contra del «interés industrial de la enseñanza»³⁵.

De otra parte, las numerosas solicitudes de ayuda que continuaban llegando de los Ayuntamientos, determinaron la concesión de un nuevo suplemento de crédito de 750.000 pesetas a finales del mes de octubre³⁶; y, tratando de garantizar la compra de suministros con el mismo, a los pocos días se dispuso que se publicara en la Gaceta una lista de los sueros, medicamentos y desinfectantes más indispensables en el tratamiento de la gripe, convocando a todos los almacenistas, representantes o agentes que los tuvieran en existencia a hacer ofertas al Ministerio en el plazo de cinco días, con los precios, cantidad y detalle de los productos³⁷.

A pesar de todo ello, las críticas contra la gestión del gobierno siguieron polarizando el debate en el Congreso. Fundamentalmente, se les recriminaba la falta de medios o medidas adoptadas, especialmente en el campo; la escasa ayuda a los médicos o facultativos, para quienes se pidió una compensación económica por el riesgo que corrían; la imposibilidad de una estadística

³¹ DSC, n. 83, de 23 de octubre de 1918, p. 2731.

³² Gaceta de Madrid, n. 275, de 2 de octubre de 1918, p. 18.

³³ DSC, n. 83, de 23 de octubre de 1918, p. 2732.

³⁴ Gaceta de Madrid, n. 277, de 4 de octubre de 1918, p. 35.

³⁵ DSC, n. 83, de 23 de octubre de 1918, p. 2739.

³⁶ Gaceta de Madrid, n. 297, de 24 de octubre de 1918, p. 265.

³⁷ Gaceta de Madrid, n. 306, de 02 de noviembre de 1918, p. 405

fiable; y la poca atención prestada a las comunicaciones, llegando a solicitar datos sobre las estaciones ferroviarias “palúdicas” o insalubres, mayores desinfecciones en los vagones y un servicio sanitario en los trenes de viajeros. Asimismo, se requerían constantemente datos al Ministerio, que se presentaron finalmente ante el Congreso el 13 de diciembre, depositándose las relaciones de los recursos económicos y medicamentos facilitados a cada localidad con motivo de la epidemia de gripe³⁸.

Nada de ello hizo variar la gestión del Ministerio de la Gobernación, que al margen de alguna otra medida concreta, como la prohibición de circular trapos en las provincias epidemiadas³⁹, o disposiciones específicas sobre el control de pasajeros en los buques y sobre las medidas higiénicas que en ellos debían cumplirse⁴⁰, siguió basando principalmente su acción administrativa en el establecimiento de especiales medidas y servicios de inspección en las estaciones sanitarias de todas las fronteras y puertos del país⁴¹, y en la aprobación de un nuevo suplemento de crédito en el mes de diciembre de 1918, esta vez de un millón de pesetas, para la lucha contra la epidemia mediante la distribución de desinfectantes y medicamentos, la investigación de sueros y vacunas, y el envío de más médicos o facultativos a los pueblos⁴².

A principios del mes de marzo de 1919, y «en vista del nuevo recrudecimiento de la gripe, que por tercera vez invade casi todos los países de Europa», según afirmaba la propia disposición, una nueva orden disponía «que los Colegios Médicos provinciales envíen inmediatamente a los Inspectores provinciales de Sanidad una relación de los Médicos adscritos al Colegio respectivo que deseen prestar el servicio de asistencia médica a los pueblos invadidos de gripe», y «que teniendo en cuenta el estado epidémico de dichos pueblos, y cuando el número de médicos con que cuenten y puedan arbitrar por sí los Municipios sea insuficiente [...], los Gobernadores nombren [...], con las dietas de 50 pesetas y gastos de viaje, a los Médicos que de la relación dada por los Colegios sean necesarios», los cuales cesarían en el momento preciso en el que sus servicios dejasen de ser necesarios a juicio de los Inspectores provinciales de Sanidad⁴³.

³⁸ DSC, n. 108, de 13 de diciembre de 1918, p. 3548.

³⁹ Gaceta de Madrid, n. 316, de 12 de diciembre de 1918, p. 615.

⁴⁰ Gaceta de Madrid, n. 14, de 14 de enero de 1919, p. 135, o Gaceta de Madrid, n. 59, de 28 de febrero de 1919, p. 750.

⁴¹ Gaceta de Madrid, n. 6, de 6 de enero de 1919, p. 67, Gaceta de Madrid, n. 21, de 21 de enero de 1919, p. 234, o Gaceta de Madrid, n. 110, de 20 de abril de 1919, p. 256.

⁴² Gaceta de Madrid, n. 362, de 28 de diciembre de 1918, p. 1125.

⁴³ Gaceta de Madrid, n. 63, de 4 de marzo de 1919, p. 800.

3. Principales avances en salud pública tras la epidemia

Como acabamos de ver, la acción del Estado español durante la epidemia que asoló el país entre 1918 y 1919 fue tardía, desordenada y claramente deficitaria porque se carecía de un sistema bien vertebrado, de medios suficientes y de los conocimientos necesarios para hacer frente a la crisis. Pero sí dejó algo positivo, fue la toma de conciencia sobre el atraso de nuestro sistema de salud pública con respecto a otros países del entorno, reconocido públicamente por todos los que detentaron competencias sanitarias en este periodo, y el compromiso político de afrontar una “regeneración sanitaria” en España.

Una de las personas más comprometidas con esta reforma sanitaria, el que fuera Inspector General de Sanidad Pública durante la crisis, el Dr. Manuel Martín Salazar, no dejó de defender durante esos años, a través de diversos escritos y discursos, la necesidad de crear una organización sanitaria moderna, capaz de dar asistencia a toda la población a través de una adecuada red de hospitales, institutos y laboratorios, y la conveniencia de aprobar una nueva ley sanitaria que apostara de forma mucho más firme por los postulados de la medicina científica y de la medicina social⁴⁴.

Con él coincidían otros muchos académicos de la Real Academia de Medicina, consejeros del Real Consejo de Sanidad, y un número cada vez un mayor de diputados y senadores, que, acuciados por las consecuencias de la gripe de 1918-19, y ante las consabidas dificultades de sacar adelante una nueva ley general de sanidad, solicitaban al menos la implantación de medidas parciales de profilaxis pública, mediante la aprobación de una ley específica para prevenir las enfermedades contagiosas o “evitables”, como primer paso hacia el desarrollo de esa medicina de carácter científico y social.

El Real Decreto de 10 de enero de 1919 para la prevención de las enfermedades contagiosas, que en su propia exposición de motivos reconocía su carácter “fragmentario” debido a que «los más firmes y nobles intentos de obtener una completa ley Orgánica de Sanidad han fracasado varias veces», vino a ser la primera respuesta a esta demanda social, entendiendo que «la reforma más

⁴⁴ E. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La constitución de la Medicina Social como disciplina en España (1882-1923)*, Madrid, 1987; E. LÓPEZ KELLER, *Hacia la quiebra de la mentalidad liberal: las resistencias al cambio*, en *Historia de la acción social pública en España*, Madrid, 1990, pp. 137-160; M.I. PORRAS GALLO, *La lucha contra las enfermedades “evitables” en España y la pandemia de gripe de 1918-19*, en *DYNAMIS Acta Hispanica ad Medicinæ Scientiarumque Historiam Illustrandam*, vol. 14, 1994, pp. 159-183; M.A. CABRERA, *La ciudadanía social en España. Orígenes históricos*, Cantabria, 2013, pp. 207 ss.

urgente que hay que llevar a nuestra legislación sanitaria es la referente a la profilaxis pública de las enfermedades transmisibles»⁴⁵.

La norma pretendía incorporar los avances científicos ya realizados en otros países, como Alemania o el Reino Unido, e introdujo el valor económico de la vida y la salud como un argumento básico que se utilizaría a partir de ese momento para justificar otras leyes de salud pública⁴⁶. Con ello se pretendía convencer a los todavía reacios de la rentabilidad de las inversiones públicas en sanidad, asegurando que los costes para el Estado de las muertes o enfermedad de su población eran muy superiores a la inversión que podía hacerse en salud pública para prevenirlas. El dinero que se invirtiera, decía literalmente la ley, sería «el más útil de todo el que un país puede gastar: dinero para Institutos de Higiene y Parques sanitarios; dinero para Hospitales de aislamiento de enfermos contagiosos; dinero contra la tuberculosis, la lepra, el cáncer y las enfermedades venéreo-sifilíticas; dinero, en fin, para las obras de regeneración fisiológica de la raza, que hay que hacer cada día más fuerte y vigorosa».

En este sentido, la ley se basaba fundamentalmente en la vacunación obligatoria antes de los seis meses de edad y la revacunación cada siete años hasta los treinta, dando competencias a los Ayuntamientos para que velaran por su cumplimiento y prohibiendo la escolarización de los niños no vacunados, pero también en otras medidas profilácticas de carácter general, como la construcción de «10 grandes Hospitales de epidemias para aislamiento de enfermos infecciosos, situados en las principales capitales de provincia», la creación de otros 10 nuevos Institutos de Higiene regionales con sus Parques sanitarios anejos, que vendrían a añadirse al Instituto Alfonso XIII, o el fomento de Laboratorios provinciales y Casas de salud o ambulatorios. Otras medidas profilácticas que se contemplaban eran las relativas a cuestiones de desinfección y control de epidemias, o de carácter específico para la prevención de la tuberculosis, la lepra, las enfermedades venéreas y las sifilíticas.

Tras esta ley de carácter parcial, que, junto al desarrollo de los postulados de la medicina científica, dio sin duda un importante impulso a la edificación de la red de hospitales y ambulatorios públicos en España a partir de la década de los veinte del siglo XIX⁴⁷, los legisladores españoles

⁴⁵ Gaceta de Madrid, n. 23, de 23 enero de 1919, pp. 308-310.

⁴⁶ M.I. *La profilaxis de las enfermedades infecciosas tras la pandemia gripal de 1918-19: los seguros sociales*, en *DYNAMIS Acta Hispanica ad Medicinæ Scientiarumque Historiam Illustrandam*, vol. 13, 1993, pp. 279-293.

⁴⁷ M. VILAR-RODRÍGUEZ, J. PONS PONS, *La construcción de la red de hospitales y ambulatorios públicos en España, 1880-1960*, en *Documentos de trabajo de la Asociación Española de Historia Económica*, n. 16, 2016, pp. 2-47.

siguieron tratando de desarrollar el derecho sanitario bajo el estímulo de la aún reciente epidemia. A este especial interés legislativo respondieron los dos siguientes proyectos de ley sobre profilaxis pública de las enfermedades infecciosas, presentados sucesivamente ante las Cortes en los meses de julio y noviembre de 1919⁴⁸.

Ninguno de ellos llegó a aprobarse, aunque resulta de especial interés que nos detengamos en el segundo, elaborado por Manuel Martín Salazar y Amalio Gimeno y Cabañas (quien fuera Ministro de la Gobernación cuando se aprobó el Real Decreto de 10 de enero de 1919), por dos motivos principales: en primer lugar porque introdujo por vez primera en letra de un proyecto de ley la idea del derecho a la vida y a la salud como un derecho natural del hombre, añadiendo esta argumentación jurídica a la clásica argumentación benéfico-social y a la novedosa argumentación económica o material que se estaba utilizando por entonces para impulsar el desarrollo del derecho sanitario; y, en segundo lugar, porque fue el primero en plantear en España una nueva medida de socialización de la asistencia sanitaria: el seguro obligatorio de enfermedad⁴⁹.

En escritos y conferencias anteriores, Martín Salazar ya había defendido la idea del derecho a la salud como derecho natural del hombre, tratando de impulsar un mayor intervencionismo estatal frente a los límites del Estado liberal. Pues bien, el deber del Estado de cuidar la salud de sus ciudadanos que se derivaba de este derecho natural fue incorporado nítidamente a la exposición de motivos del proyecto que comentamos con las siguientes palabras: «Hay que hacer entender a las gentes que el primer derecho natural del hombre es el derecho a la vida y a la salud; y que de ese derecho nace el deber de todo ciudadano de respetar la salud de los demás y el legítimo imperio de la ley de hacer cumplir las prescripciones sanitarias y de castigar, como cualquiera otro delito, y acaso con mayor razón que muchos, las infracciones cometidas contras las leyes de Sanidad»⁵⁰.

La defensa del derecho a la salud representaba un importante cambio de planteamiento en lo referente a la salud pública, por cuanto conllevaba la necesidad de desarrollar un sistema universal de sanidad, capaz de dar asistencia a todos los ciudadanos. El modelo elegido para ello en el proyecto, siguiendo el sistema de seguridad social nacional que ya se estaba desarrollando en Alemania desde la ley de seguros de accidentes de trabajo de 1884, fue el del seguro social

⁴⁸ M.I. PORRAS GALLO, *La lucha contra las enfermedades "evitables" en España y la pandemia de gripe de 1918-19*, en *DYNAMIS Acta Hispanica ad Medicinae Scientiarumque Historiam Illustrandam*, vol. 14, 1994, pp. 159-183.

⁴⁹ Este proyecto se publicó en dos números consecutivos de la revista *Siglo Médico*, del 29 de noviembre de 1919 y del 13 de diciembre de 1919, editados en *Siglo médico*, tomo 66, n. 3442 y n. 3444, pp. 1041-1045 y pp. 1087-1089.

⁵⁰ *Siglo médico*, tomo 66, n. 3442, pp. 1041-1042.

obligatorio, que como se ha dicho empezó a implementarse en Alemania sólo para los accidentes o enfermedades profesionales, pero no tardó en ampliarse a otros riesgos no laborales como la enfermedad, la invalidez, la vejez o la muerte, a través de cotizaciones que debían aportar tanto los empresarios, como los propios trabajadores y el Estado⁵¹.

En el caso español, a partir de la ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, sólo se había previsto un sistema de seguros de carácter voluntario, que podían suscribir los empleadores con sociedades legalmente constituidas para hacer frente a los riesgos laborales (accidentes y enfermedades profesionales)⁵². Pero los riesgos no laborales, como la enfermedad, la maternidad, la invalidez, el paro, la vejez, la viudedad o la orfandad, seguían fundamentalmente a cargo de la caridad, la beneficencia pública o el mutualismo de los propios trabajadores, que se protegían entre ellos en las llamadas Sociedades de Socorros Mutuos o en las más novedosas Cajas de Ahorro o de Socorro que a veces gozaban de subvenciones públicas.

Cabe destacar también la creación del Instituto Nacional de Previsión por ley de 27 de febrero de 1908⁵³, para fomentar y gestionar las pensiones de retiro de los obreros, aunque éstas seguían considerándose de carácter voluntario y dependían principalmente de las aportaciones de los socios, con ciertas bonificaciones estatales. Otro tipo de seguros, como los de enfermedad, maternidad, invalidez, paro forzoso, viudedad u orfandad, trataban de fomentarse asimismo en España desde la Conferencia técnico-social para la implantación de los seguros sociales convocada por Real Decreto de 29 de julio de 1917, pero todos ellos mantenían su carácter voluntario y se hacían depender de las aseguradoras privadas⁵⁴. Por ello, la gran novedad del proyecto sobre de ley sobre profilaxis pública de las enfermedades infecciosas de noviembre de 1919, fue plantear por primera vez en España el “ideal del seguro obligatorio” de enfermedad y maternal⁵⁵, aumentando la aportación

⁵¹ B. HEPPLÉ, *Welfare legislation and wage-labour*, en *The making of labour law in Europe*, London-New York, 2010, pp. 133-137.

⁵² M. ALONSO OLEA, *El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, en *Revista del Ministerio de Trabajo*, n. 24, 2000, pp. 21-30; G. GARCÍA GONZÁLEZ, *La recepción de la doctrina del riesgo profesional en el ordenamiento jurídico español: la ley de accidentes de trabajo de 1900 y su aplicación por la primera jurisprudencia*, en *Derecho y trabajo en el siglo XIX*, Madrid, 2017, pp. 189-219.

⁵³ E. MARTÍNEZ QUINTEIRO, *El nacimiento de la previsión social (1900-1917). Las primeras soluciones al problema de la vejez. Entre la previsión y la beneficencia*, en *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social*, Madrid, 1986, pp. 177-194.

⁵⁴ R. HUERTAS, *Fuerzas sociales y desarrollo de la Salud Pública en España. 1917-1923*, en *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, n. 68, 1994, pp. 45-55; L.E. VILLA GIL, *La formación histórica del derecho español del trabajo*, Granada, 2003, p. 110.

⁵⁵ Un Real Decreto de 11 de marzo de 1919, de “intensificación” de retiros obreros, también previó su obligatoriedad para trabajadores con salarios inferiores a 4000 pesetas, pero la norma no fue muy efectiva durante sus primeros años y hubo que esperar al Real Decreto de 21 de enero de 1921 para que finalmente quedase aprobado el

económica con la que el Estado debía contribuir al mismo. Veamos el artículo, tal y como fue recogido en el proyecto: «Art.10. Seguros sociales. El Instituto Nacional de Previsión, al par que siga desarrollando las instituciones de seguros obreros de vejez é invalidez, establecerá el de enfermedad y el maternal, que son los que más se relacionan con la sanidad del país, llegando al ideal del seguro obligatorio, considerado como la única forma de resolver en toda su amplitud el problema de la beneficencia y la sanidad públicas, y haciendo que con los fondos de las Sociedades mutualistas á que concurren proporcionalmente los obreros fuese necesario para que, unido su total importe á las necesidades de los asociados en casos de enfermedad, invalidez, ancianidad, viudez, orfandad, etc., sino que los fondos de reserva de los antedichas Asociaciones se empleen ya directamente, ya por medio de préstamos hipotecarios, en obras sanitarias de carácter social, como hospitales, sanatorios, casas baratas e higiénicas para obreros, saneamiento de poblaciones [...]. Para contribuir a tales gastos, el Estado se encargará de ingresar en las Cajas de seguro de enfermedad y maternal el importe de las consignaciones que actualmente tienen los Ayuntamientos en sus presupuestos respectivos para obligaciones de la asistencia médica y farmacéutica de sus enfermos pobres, sin perjuicio de aumentar esta contribución del Estado si fuese necesario, para que, unido su total importe á lo ingresado por las cuotas de los obreros y los patronos, puedan las Cajas de seguro atender á las necesidades de este nuevo sistema de asistencia facultativa de los individuos asegurados, que equivale á una verdadera socialización de la actual beneficencia municipal»⁵⁶.

Ciertamente este proyecto de ley no llegó a aprobarse, y aún habrá que esperar algunos años para que, ya durante la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) y especialmente durante la Segunda República española (1931-1939), se adoptaran mayores medidas en pro de la consolidación de un verdadero sistema de salud pública, aprobándose leyes como los nuevos Reglamentos de Sanidad Municipal y Provincial de 1925, o la republicana Ley de bases de régimen sanitario promulgada el 11 de julio de 1934⁵⁷.

Reglamento General del régimen obligatorio de retiro obrero. En A. MARTÍN VALVERDE (coord.), *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, 1987, pp. 317-321 y 330-342.

⁵⁶ *Siglo médico*, tomo 66, n. 3444, p. 1088.

⁵⁷ J. MARTÍNEZ PÉREZ, *La Organización Científica del Trabajo y las estrategias médicas de seguridad laboral en España (1922-1936)*, en *DYNAMIS Acta Hispanica ad Medicinae Scientiarumque Historiam Illustrandam*, vol. 14, 1994, pp. 131-158; S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Madrid, 1995, pp. 28-35; R. HUERTAS, *Política sanitaria: De la Dictadura de Primo de Rivera a la IIª República*, en *Revista Española de salud pública*, vol. 74, 2000, pp. 35-43; R. NAVARRO y GARCÍA, *Historia de la sanidad en España*, 2002, pp. 41 ss.; E. RODRÍGUEZ, F. MARTÍNEZ, *Salud pública en España. De la Edad Media al siglo XXI*, Escuela Andaluza de Salud Pública, vol. 1, 2008, pp. 64-67; J.H. TAMAYO ACEVEDO, *Salud Pública e historia de la Salud Pública. Una*

Por su parte, el sistema de seguridad social también tardaría en llegar, y se iría fortaleciendo progresivamente con leyes como la del Ley del seguro obligatorio de maternidad de 21 de agosto de 1923, que daba respuesta al desarrollo de un convenio internacional de la Organización Internacional del Trabajo, o, ya durante el periodo de la Segunda República española, la Ley del seguro de paro forzoso de 25 de mayo de 1931, la nueva Ley de accidentes de trabajo de 8 de octubre de 1932, que hizo obligatorio el seguro de accidentes de trabajo, la ley de enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936, y el enorme desarrollo de ayudas, socorros y subsidios por enfermedad, invalidez o vejez de los distintos sectores profesionales, coordinadas por el Instituto Nacional de Previsión según lo establecido en el Decreto de 17 de enero de 1935⁵⁸.

Sin embargo, aunque a la salud pública y el sistema de seguridad social español aún le quedara un largo recorrido por delante, no puede obviarse la importancia de la ley para la prevención de las enfermedades contagiosas de enero de 1919, o de los dos consecutivos proyectos de ley de julio y noviembre de 1919, desarrollados como consecuencia inmediata de la crisis sanitaria de 1918-1919, como primeros antecedentes de la dirección que a partir de ese momento se iba a tomar.

Aunque el debate estaba abierto desde algunos años antes, la grave epidemia sufrida por la población durante esos años, fue sin duda un punto de inflexión que terminó de impulsar en España el derecho a la salud y la búsqueda del mejor sistema universal de salud pública, no solo a través de la investigación científica, mediante el desarrollo de institutos, laboratorios y nuevos estudios en epidemiología, microbiología, parasitología, química, etc., o con la creación de una mejor red de hospitales, ambulatorios, casas de salud o de maternidades, que permitieran atender a la población superando la fase de la atención domiciliaria, sino también con el diseño de un sistema de seguridad social a través del seguro obligatorio, que a partir de ese momento se iría imponiendo gradualmente en España.

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ
Universidad de Jaén

relación necesaria, en Á. y J.C. CONGOTE (coords.), *Salud y Salud Pública. Aproximaciones históricas y epistemológicas*, Medellín, 2013, pp. 59-84.

⁵⁸ A. MAZUECOS, *La política social socialista durante el primer bienio republicano: trabajo, previsión y sanidad*, en *Estudios de Historia Social*, n. 14, 1980, pp. 135-155; E. RODRÍGUEZ OCAÑA, *La asistencia colectiva en España, hasta 1936, Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y previsión*, Madrid, 1990, pp. 321-359; R. HUERTAS, *La concepción de los Servicios Sanitarios Públicos en la IIª República*, en *Medicina social y clase obrera en España (siglos XIX y XX)*, Madrid, t. II, 1992, pp. 555-580.

LA NOMOGENESI RESTRITTIVA DELLO *STATUS PERSONAE* NEL CONTESTO EMERGENZIALE

1. Gli snodi più significativi della legislazione emergenziale - 2. Osservazioni critiche sulla tendenza decodificante del sistema ordinamentale, costantemente esposto alle insidie del “germe nichilista” - 3. Il concetto di “complessità giuridica” quale rinnovato prisma d’indagine della multiforme realtà sociale e giuridica - 4. La latente contraddizione tra la “complessità” nelle scienze filosofiche e in quelle giuridiche: l’aporia rispetto all’irriducibile funzione “ordinante” dello *jus* tra complessità e complicazione

1. Gli snodi più significativi della legislazione emergenziale

Il 30 gennaio 2020 l’Organizzazione Mondiale della Sanità ha emesso una dichiarazione con la quale l’epidemia da Coronavirus viene valutata come emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale. La stessa Organizzazione, con una successiva dichiarazione dell’11 marzo 2020, ha messo in luce che il fenomeno emergenziale veniva a qualificarsi come una vera e propria «pandemia», stante il suo grado di diffusività e, soprattutto, di gravità a livello globale.

La crisi di tutti i sistemi sanitari di fronte all’assalto violento e rapido del contagio da Coronavirus e delle conseguenze letali sulla vita di chi è stato colpito dal morbo ha costretto i governi dei paesi, oggetto di una vera e propria «invasione» (stante il diffuso paragone con gli eventi bellici), ad assumere provvedimenti aventi una rapida efficacia giuridica ed esecutiva di contenimento dei contagi, nonché ad adottare tutte le altre misure idonee a fronteggiare l’emergenza epidemiologica da Covid-19.

L’Italia è stato il primo paese dell’Unione europea a essere colpito dal vento letale della menzionata pandemia virale: segnatamente, parte dei territori delle regioni Lombardia e Veneto e, successivamente, del Piemonte e dell’Emilia Romagna; e poi, progressivamente, in misura più delimitata e circoscritta nelle altre regioni.

Il Governo italiano ha emanato una serie, anche consistente, di decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, tutti collegati, per i profili attuativi, a tre decreti legge: 23 febbraio 2020, n. 6; 25 marzo 2020, n. 19 e 16 maggio 2020 n. 33.

Come accennato, i tre provvedimenti ora citati sono stati accompagnati da vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, tutti contenenti disposizioni attuative rispetto a ciascuno di essi, così delineando una complessa produzione normativa di natura regolamentare, attuativa e precisativa delle misure già assunte, in via generale nei decreti legge suddetti, ma precisate poi in

modo analitico, con decreti del P.C.M., in quanto anch'essi attuativi di quanto disposto nei decreti legge medesimi.

Occorre precisare che questi ultimi rappresentano la struttura portante dell'impianto normativo proiettato a fronteggiare l'epidemia, mentre i decreti del P.C.M. hanno completato il quadro normativo nella regolamentazione di tutte le attività oggetto delle relative discipline legislative, che hanno, di certo, inciso sull'esercizio di molteplici diritti e doveri di rango costituzionale; a tanto costretti dalle evidenti e straordinarie necessità ed urgenza d'adottare ulteriori disposizioni rispetto a quelle precedenti. Ciò in considerazione dell'evolversi dell'epidemia nel tempo e sui vari territori via via interessati dalle conseguenti crisi sanitarie.

Il decreto legge n. 33/2020, in particolare, offre un quadro normativo d'ampio respiro, perché contiene disposizioni aventi effetto «sull'intero territorio nazionale» (cfr. art. 1, comma 1) ed investe una serie di tematiche civili, ludiche, sportive, nonché gli accessi ai luoghi di culto, l'apertura al pubblico dei musei e degli altri luoghi di cultura, la sospensione dei servizi educativi e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, il divieto di circolazione se non in presenza di comprovate esigenze lavorative, o per assolute urgenze (quali, ad es., i trasferimenti in Comuni diversi), o per situazioni di necessità (inerenti, ad es., a spostamenti all'interno dello stesso Comune di residenza), oppure per transiti effettuati abitualmente in ragione della brevità della distanza da percorrere, nonché per motivi di salute.

Va, altresì, puntualizzato che la menzionata disciplina positiva è intervenuta anche in tema di svolgimento delle attività produttive industriali e commerciali, disponendone la sospensione; decisione che ha inciso profondamente sulla economia e sulle finanze del paese, provocando – come per altro è accaduto, e sta tutt'ora accadendo – l'accentuazione di una crisi economico-finanziaria resa più difficile dalla concomitante crisi sanitaria.

Alla luce di questa ampia e complessa formulazione di norme contenenti misure restrittive non proprio coerenti con l'impianto giuridico costituzionale, il Governo, per legittimare le sue proposte (politiche), è ricorso alla valvola di sicurezza dell'articolo 16 della Costituzione, espressamente richiamato nel preambolo del decreto legge n. 19/2020, cit.¹. L'art. 16 Cost., infatti, riconosce, e riconoscendo – ad un tempo – garantisce, il diritto di ogni cittadino a circolare e a

¹ Per un commento all'art. 16 Cost. – espressamente citato nel preambolo del decreto legge n. 19 del 25 maggio 2020, secondo alinea, (in G.U. n. 79/2020) – cfr. M. MAZZIOTTI, voce *Circolazione e soggiorni (libertà di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano, 1960, pp. 14 ss.

soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, «salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di salute e sicurezza»².

In ordine agli spostamenti delle persone fisiche all'interno del predetto territorio, sono stati predisposti appositi modelli contenenti dichiarazioni sostitutive di certificazioni oppure dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà aventi per oggetto quanto prescritto rispettivamente dall'art. 46 (relativo alla certificazione) e dall'art. 47 (relativo agli atti di notorietà) del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Questi due documenti, compilati dalla persona fisica che si sposti fuori dalla propria abitazione, constano di una autodichiarazione con la quale l'interessato, sotto la propria responsabilità, dichiara, fra l'altro, che lo spostamento è determinato da esigenze lavorative o di assoluta urgenza in caso di trasferimento in Comune diverso, oppure perché sussiste una situazione di necessità, oppure per motivi di salute. Ci si riferisce così, in breve, alle misure di contenimento del contagio adottate ai sensi degli artt. 1 e 2 del menzionato decreto legge del 25 marzo 2020, n. 19, cit.; contenimento attuato e garantito dall'onere del divieto espresso di spostamenti *ad libitum*, applicato a tutto il territorio nazionale.

Si è parlato, e scritto, in tal caso, d'un vero e proprio "soggiorno obbligato in casa", il quale è durato dal 25 febbraio al 18 maggio 2020.

Va sottolineato che con il decreto legge n. 6/2020, cit., è stata disposta la chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi per l'acquisto di beni di prima necessità, nonché la chiusura e/o la limitazione delle attività degli uffici pubblici, ed altre attività comportanti il concorso operativo di più persone e quindi le più esposte al rischio del contagio.

In verità, a seguito del rispetto rigoroso di tutte le misure previste ed adottate, il contagio è rimasto circoscritto, per lo più, in poche regioni e ha solo lambito le altre.

Si è trattato degli interventi normativi riguardanti la prima fase dell'impatto contro la violenza aggressiva del Coronavirus.

A questa fase ne è seguita una seconda, intesa comunemente come fase di prosecuzione delle misure di contenimento già disposte e integrate da una serie di ulteriori provvedimenti di gestione del fenomeno epidemico (che cominciava a dar segnali di attenuazione e con mitigato rischio di diffusione). L'inizio di questa fase può essere fatto coincidere con la data dell'emanazione del decreto legge n.19/2020, cit., e cioè alla data del 25 marzo 2020, e che prosegue fino

² Cfr. G. DEMURRO, *sub* art. 16 Cost., in R. BIFULCO, A. CALITTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, I, Torino, 2005, pp. 372 ss., nonché P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione Italiana*, *sub* art. 16. Cost., II ed., Napoli, 2001, pp. 83 ss.

all'emanazione del decreto legge n. 33/ 2020, risalente, come si è visto, al 16 maggio 2020, ma con efficacia dal 18 maggio 2020 ai sensi dell'art. 1, comma 1 e 3.

Nella terza fase, decorrente del 18 maggio 2020, cessano di aver effetto tutte le misure limitative della circolazione delle persone fisiche (cfr. l'art. 1, comma 1, del citato decreto legge).

L'ultimo decreto citato, il n. 33/2020, fissa una regolamentazione apposita sulla modulazione degli spostamenti, sul divieto di "assembramento" di persone in luoghi pubblici e aperti al pubblico, ed altre misure atte ad impedire la ripresa della diffusione del virus. Nel frattempo sono state autorizzate la ripresa delle funzioni religiose, delle attività economiche produttive e sociali, rinviando l'esecuzione di tali aperture agli accorgimenti contenuti nei protocolli e nelle linee guida regionali; il tutto idoneo a prevenire ed a ridurre il rischio di contagio in un momento delicato in cui l'aggressione e la diffusione, almeno in Italia, e per ora, tendono al ridimensionamento, pur nella consapevolezza che la persistenza del virus segnala il protrarsi della pericolosità pandemica³.

Questa fase si è esaurita sul tavolo delle trattative degli "Stati Generali", convocati a Villa Pamphili in Roma e conclusisi il 20 giugno 2020, dai quali nasce un'ulteriore fase, proiettata verso la ripresa di tutte le attività sospese ed orientata verso l'assunzione di riforme significative dell'organizzazione dello Stato, nonché verso il rilancio dell'economia finanziaria e, soprattutto, reale, in quanto ampiamente mortificate dalla pressione pandemica e dal rallentamento dei processi produttivi, nonché dalla limitazione o sospensione delle attività commerciali, delle attività di imprese, dello svolgimento di fiere e mercati e così via, come da disposizioni emergenti dai tre citati decreti legge, accompagnati da un articolato sistema attuativo contenuto nei plurimi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri all'uopo previsti ed emanati⁴, e da altre autorità come, ad esempio, il Ministero della Salute⁵, il Dipartimento della Protezione civile e così via⁶.

³ Peralto, la dimensione mondiale della pandemia – soprattutto per la contagiosità precoce, rapida e grave che la connota – è tale da consigliare non tanto l'opportunità, quanto la vera e propria ineludibile necessità di comportamenti prudenti e ponderati, al fine di contenere il contagio, sì da impedire il suo diffondersi. Il bilancio globale dell'epidemia da Covid-19 nei primi mesi dell'anno ha fatto registrare circa 500 mila decessi ed una quota di casi di circa 10 milioni di persone (cfr. G. REZZA, *Nuovo coronavirus. Un bilancio di metà anno*, in *Corriere della Sera*, 9 luglio 2020, p. 15).

⁴ In ordine alle disposizioni normative in materia di contenimento della emergenza epidemiologica da Covid-19 si segnalano i decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 13 febbraio, 26 febbraio, 1° marzo, 9 marzo, 11, marzo, 22 marzo, 1° aprile e 10 aprile del corrente anno 2020, tutti ricollegabili ai tre decreti legge n. 6/2020, n. 19/2020 e n. 33/2020 indicati nel testo.

⁵ Cfr. ad es. Ministero della Salute, ordinanza 30 gennaio 2020, contenente le misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus.

⁶ Cfr. ad es. Dipartimento della Protezione Civile, ordinanza n. 654 del 20 marzo 2020 (in G.U. n. 79 del 23 marzo 2020), che contiene misure urgenti in materia di salute, di sostegno del lavoro e dell'economia nonché di politiche sociali connesse alla menzionata crisi epidemiologica.

Si consideri, peraltro, che al momento di pubblicazione del presente lavoro, lo stato di emergenza è stato formalmente prorogato sino al 15 ottobre 2020 – così attestando la perdurante attualità del fenomeno emergenziale – e che, peraltro, è in discussione una proroga dello stesso sino al gennaio dell'anno 2021.

2. Osservazioni critiche sulla tendenza decodificante del sistema ordinamentale, costantemente esposto alle insidie del «germe nichilista»

Questa fugace rilettura dei risultati normativi aventi per oggetto la disciplina positiva delle misure dirette a contenere ed a frenare l'efficienza pluri-offensiva del Coronavirus (basti considerare che i decessi provocati dal virus Covid-19 in Italia sono stati in pochi mesi circa 3.500 sull'intero territorio nazionale e che, come visto, l'epidemia è stata tutt'altro che debellata), spinge ad una duplice riflessione.

La prima s'impenna sul rilievo che l'intervento governativo ha innestato nel sistema ordinamentale una quantità di norme d'urgenza, in parte di taglio legislativo (i decreti legge) e per la rimanente e più ampia parte di carattere amministrativo (i D.P.C.M.), con l'effetto d'una non agevole applicazione delle norme stesse, offuscata anche dalla menzionata ombra d'illegittimità costituzionale⁷. Occorre, a rigore, rimarcare che l'esito pratico conseguito dalle scelte governative – sintetizzate in un vero e proprio «diritto di guerra»⁸ – è apparso abbastanza soddisfacente, perché si constata tuttora che la violenza pluri-offensiva del contagio è stata frenata, sicché attualmente ci si orienta verso la formulazione di una diversa normativa preordinata, come s'è accenna-

⁷ Per alcuni rilievi critici, cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, Editoriale per *federalismi.it*, 2020, pp. IV ss., in particolare p. VII: a parere dell'Autore, «lo schema finora seguito dal Governo appare invero scontare qualche incertezza nella scelta dello strumento e ha provocato in dottrina qualche dubbio. Tali dubbi potrebbero essere sciolti facendo riferimento ai contenuti degli atti di volta in volta riguardati: laddove i contenuti intervengano solo nei limiti tipici delle ordinanze contingibili e urgenti, riguardando i criteri della provvisorietà, della non astrattezza, della proporzionalità con l'emergenza a cui si fa riferimento, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri [...] possono essere uno strumento adeguato; qualora invece i contenuti non rispondano a queste caratteristiche ovvero abbiano effetti permanenti o incidano sul bilancio ovvero manchi la necessaria proporzionalità e pertinenza si dovrebbe ritenere doveroso – anche nel caso straordinario e urgente provocato dall'emergenza coronavirus – l'intervento con atto con forza di legge». Pertinente è il richiamo al principio di proporzionalità, cui va aggiunto il canone di ragionevolezza: per alcuni spunti cfr. G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, nonché il documento *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo, reperibile su <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>.

⁸ N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020, ove esso è dipinto quale «diritto vagante di giorno in giorno, incerto come incerti sono il cammino, e le forme e i tempi, dell'invisibile nemico».

to, alla ripresa delle attività sospese, al rilancio dell'economia reale e, non da ultimo, alle riforme *ab imis* dell'ordinamento giuridico (fra le quali spicca la scelta della semplificazione delle procedure amministrative)⁹.

La seconda riflessione muove dalla constatazione per cui, a fronte della già notevole produzione di norme, alle quali s'è poc'anzi fatto cenno, si prevedono ulteriori interventi legislativi per regolamentare la graduale ripresa delle attività sospese, la scelta sul delicato rilancio dell'economia reale e l'individuazione dei processi riformatori che impongono strategie politiche di rilievo.

È agevole dedurre che ci si aspetta l'affermarsi di un prodotto normativo di ampio spessore quantitativo e qualitativo, con la conseguente crisi ipertrofica di leggi, di decreti, di ordinanze, di protocolli e così via¹⁰.

Si può intuire – e lo si vedrà meglio *infra* – come in tal modo s'innesci, inevitabilmente, una realtà evolutiva del diritto, con il rischio duplice d'un positivismo travolto dall'accentuarsi del relativismo esistenziale e dalla progressiva tendenza culturale d'esaltare la forma sulla sostanza delle regole¹¹, con l'ulteriore prevedibile rischio – autorevolmente segnalato di recente¹² – di cadere nella trappola del “germe nichilista”.

Peraltro, giova sottolineare che la notevole produzione di regole – lo si rimarca: raramente ben coordinate fra loro, e invece più frequentemente oggetto di collegamenti sommarî, imprecisi e incompleti – solleva serî problemi ermeneutici per gl'interpreti e per gli operatori pratici, sì da bloccare frenare paralizzare interdire alcuni settori del sistema ordinamentale, con l'esito finale di non giovare certo allo svolgimento della prassi applicative delle regole e dei nuovi istituti giuridici proclamati, spesso inadeguati alla disciplina delle fattispecie concrete¹³.

⁹ In tal senso si orienta il decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, che, per l'appunto, contiene disposizioni sulle misure urgenti in materia di salute, sul sostegno del lavoro, sull'economia, nonché sulle politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica del Covid-19.

¹⁰ In particolare, è interessante il giudizio critico di S. CASSESE, *La cascata di regole*, in *Il Corriere della Sera*, 6 giugno 2020, pp. 1; 28.

¹¹ Approccio, quello additato, i cui rischi sono ben evidenziati da P. PERLINGIERI, *“Dittatura del relativismo” e “tirannia dei valori”*, in T.G. TASSO (a cura di), *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, Napoli, 2011, pp. 127 ss.

¹² Così si esprime P. SPADA, *Quale “giusto” attraverso il “legale”?*, in P. SIRENA (a cura di), *Oltre il «positivismo giuridico»*. In onore di Angelo Falzea, Napoli, 2012, pp. 143 ss.

¹³ Decisive, al riguardo, le riflessioni di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, ma in particolare quelle presenti nel preambolo del testo monografico, a p. 12 là dove l'Autore si riferisce al destino del codice civile e del diritto privato e profeticamente scrive: «le potenze del nostro tempo, che sono politiche, come politica l'ideologia dei codici ottocenteschi, non si lasciano racchiudere entro gli stabili confini dei codici. Questi custodiscono la quotidiana e durevole particolarità dei bisogni; quelle sono agitate dalla volontà del divenire, che è insieme un distruggere e edificare». Per altro verso, «discorrere di decodificazione relativamente al codice vigente non implica assolutamente la perdita di un fondamento unitario dell'ordinamento, sì da proporre una frantumazione di esso in tanti micro ordi-

In verità, questo modo di produrre norme giuridiche, che appesantiscono il sistema positivo, è coerente ad una diffusa cultura politica adagiantesi sovente sul terreno del diritto, producendo uno *status* ipertrofico del prodotto normativo, che finisce per penalizzare la pratica attuazione delle singole disposizioni. Viene così ad attuarsi un processo progressivo di decodificazione e, contemporaneamente, l'innesto nel sistema d'una rilevante legislazione specifica.

Questa produzione normativa ha registrato un'esperienza talvolta *integrativa* del diritto civile, sostituendone l'impianto codicistico (emblematica al riguardo, la disciplina del diritto di famiglia del 1975); talaltra, sperimentatrice d'una disciplina posta, invece, *fuori* dal codice civile, specialmente a fronte dell'esigenza di configurare nuovi impianti disciplinari, magari dietro la sollecitazione d'istanze socio-economiche-politiche più recenti e promotrici di mutamenti più radicali, in funzione attualizzatrice degli assetti giuridici pre-esistenti¹⁴.

3. Il concetto di "complessità giuridica" quale rinnovato prisma d'indagine della multiforme realtà sociale e giuridica

La dottrina ha da tempo preso atto di questo mutamento degli impianti sistematici e non ha potuto non proporre una rinnovata lettura del sistema ordinamentale tradizionale.

In tal senso, sulla scorta della premessa per cui la giuridicità appartiene alla realtà dell'esperienza, s'è da più parti sottolineato che il diritto è in perenne evoluzione: in questo clima evolutivo s'è, in particolare, riscontrata la sussistenza d'un «nuovo indirizzo che, con il titolo di teoria della complessità, intende rappresentare una sfida epistemologica»¹⁵.

La complessità si evidenzia, soprattutto, nella fase di complicata produzione normativa come quella segnalata in precedenza e collegata al clima di particolare, seria e grave urgenza pandemica da Covid-19, peraltro ancora in corso, che ha inciso nell'assetto culturale di plurimi rami del diritto, investendo anche quello costituzionale.

namenti e in tanti microsistemi. La tecnica legislativa non è una variabile indipendente dal quadro costituzionale e non è suscettibile di autolegittimare legislazioni di settore tali da assumere il ruolo di diritto generale di un'intera materia, in difetto di un disegno complessivo» (così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006, pp. 175-176).

¹⁴ Cfr. N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Milano, 1990, in particolare pp. 55 ss.

¹⁵ Così, testualmente, A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in P. SIRENA (a cura di), *Oltre il positivismo*, cit., p. 4. È doveroso precisare che l'Autore s'era già pronunciato sul tema in esame in ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, *Il concetto del diritto*, Milano, 1975, così come nella monografia ID., *Teoria della efficacia giuridica*, Milano, 1951, successivamente sviluppata nella voce enciclopedica, di più ampio respiro, ID., *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, 1965, pp. 432 ss.

In questo quadro di estrema complessità giuridica, di sicuro giovamento appaiono le riflessioni che hanno tracciato «una stesura organica dei rapporti tra complessità sociale e diritto positivo»¹⁶.

Questa linea riflessiva è sostenuta da un solido indirizzo culturale fondato sulla oggettività degli interessi e dei valori e, soprattutto, «ha immerso la metodologia giuridica nella storia della cultura»¹⁷.

La curiosità su questa ricerca e sulle sue proposte di taglio sistematico spinge a ricordare l'itinerario dell'indagine, sebbene ci si limiterà a far menzione dei punti più significanti della riferita composizione teorica.

Una struttura complessa, come quella in esame, postula le presenze di norme ed interessi particolari, i quali – nella dinamica evolutiva che è loro co-essenziale – progressivamente s'integrano e s'armonizzano fra loro. Questo fenomeno sociale si riflette anche sulla giuridicità, la quale, sotto il profilo statico, presenta un'articolata complessità, mentre, sotto quello dinamico, assume i caratteri d'una tensione continua verso una perenne e inarrestabile evoluzione.

Gli interessi appartengono alla realtà e all'esperienza sociale, ma sono tesi ad ottenere il riconoscimento dal diritto, affinché le inerenti situazioni d'interesse transitino sul terreno della rilevanza giuridica. Questo riconoscimento da parte del diritto è finalizzato ad ottenere la garanzia della *giuridicità*, nel senso che ogni situazione d'interesse, giudicata positiva, è in grado d'essere preservata e realizzata.

È allora evidente che, da una parte, questo procedimento postula un giudizio positivo preventivo sul valore sociale dell'interesse considerato e, dall'altra parte, consente all'interesse stesso di conseguire la sua realizzazione compiuta.

Pertanto, la rilevanza giuridica dota la situazione d'interesse di un'efficacia giuridica, garantita dall'«intervento conservativo e attuativo del diritto», che «si completa e conclude mediante le disposizioni di poteri e di doveri giuridici»¹⁸.

¹⁶ ID., *Complessità*, cit., p. 7.

¹⁷ In tal senso N. IRTI, *La cultura*, cit., p. 40, riferendosi proprio alla scuola di pensiero di Angelo Falzea, nel quadro della teoria sui valori. Sul ruolo di questi ultimi, cfr. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 305 ss., ove il rilievo per cui «la gerarchia delle fonti non risponde soltanto ad una ragione di certezza formale dell'ordinamento per risolvere i conflitti tra le norme poste da diverse fonti, ma è ispirata soprattutto ad una logica sostanziale, cioè ai valori e alla loro rispondenza alla filosofia della vita presente nel modello costituzionale» (così a p. 305).

¹⁸ A. FALZEA, *Complessità*, cit., p. 6.

Considerato, poi, che le situazioni d'interesse «attengono all'insieme umano nella sua globalità, alla società civile in particolare», appare evidente la necessità d'individuare «il criterio che presiede alla graduazione di rilevanza e di efficacia tra una molteplicità di situazioni di interesse qualificate positivamente dal diritto»¹⁹.

L'immersione del diritto nel sistema della cultura globale implica che le regole di comportamento siano disposte «secondo linee di valore disegnate dalla creatività spirituale della cultura specifica del complesso sistema culturale»²⁰.

Si caratterizza, inoltre, per la circostanza che il diritto «è già dotato di garanzie empiriche di realizzazione, sia nel settore organizzativo sia nel settore delle relazioni intersoggettive»²¹.

Da questa impostazione appare chiara la fondatezza delle tesi per la quale – nel quadro ricostruttivo del fenomeno della complessità giuridica – questa «ha per oggetto le regole culturali del diritto, relative all'organizzazione dell'interesse sociale ed alle situazioni di interesse che si formano al suo interno»²².

In questo clima edificativo d'un sistema – che per sua intrinseca natura è variegato, variabile, modificabile, adattabile agli umori e alle tensioni evolutive delle scelte culturali etico sociali, coerenti al *logos* delle regole «prive di quella tendenziale cogenza che è immancabile nelle leggi di natura»²³ – si presenta, altresì, coerente l'affermazione del principio secondo cui nel pensiero sulla complessità giuridica non v'è spazio per ogni valore che assuma il ruolo dell'assolutezza.

Da questa dottrina, sul terreno dei valori etico-sociali, emerge una costante e stretta correlazione tra la cultura generale di taglio sociale e la quella particolare di taglio giuridico.

Conseguenza di questa costante correlazione è che la cultura giuridica non può non essere caratterizzata da situazioni d'interesse, ad un tempo socialmente e giuridicamente rilevanti.

Le regole che governano la rilevanza giuridica, essendo correlate alla «sostanza sociale», esigono altre disposizioni per governare le azioni di quanti sono legati dalla condizione di coesistenza e di con-vivenza all'interno del contesto inter-soggettivo di cui i soggetti stessi fanno parte.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, p. 7.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

Il motore che alimenta il menzionato contesto è quello della libertà di pensare, di decidere, di agire, di produrre idee e di tradurle in fatti e in atti concreti, come ad esempio in tema di diritto positivo, di concertazione di regole per il governo della società civile.

Peraltro, viene sottolineato che l'essere umano, nell'indicato quadro evolutivo della costruzione dell'ordine civile, si è collocato «al vertice del reale in virtù dell'essenza spirituale a lui esclusiva, che si inverte soprattutto nella libertà», di cui si è fatto cenno, e che «costituisce il carattere distintivo dall'uomo rispetto all'animale»²⁴.

Un'ulteriore notazione, che va sottolineata, è che il quadro evolutivo in esame esige, fra l'altro, «la individuazione del principio primo che guida la formazione, la conservazione della società civile». Questo principio primo è costituito dall'interesse dell'insieme nella sua traduzione di valore sociale e cioè dalla scelta dei consociati di soddisfare l'impulso di adeguamento ai processi d'evoluzione delle situazioni esistenziali, orientati a migliorare la qualità della vita comunitaria e individuale.

Da questo punto di vista, rileva Falzea, «la complessità sociale si atteggia [...] come complessità assiologica» ed è «implicata, cioè, in un valore d'ordine sociale rinvenibile in una forza attrattiva unitaria risalente al “principio primo”»²⁵. Peraltro, questa forza attrattiva è controllata e pilotata dalla società politica, soprattutto là dove questa si trova ad operare nel quadro di «formazioni politiche» assistite da «un sistema regolativo sovrastante rispetto a quello di dimensione ordinaria», come accade tuttora in Italia. La società civile è infatti regolata dal sistema comunitario e «all'interno dallo stesso nostro ordinamento giuridico nel rapporto tra leggi ordinarie ed i principi costituzionali»²⁶.

Opportunamente, lo stesso Autore riscontra che, in tali casi, la complessità assiologica si fa sempre più folta, ed è altresì resa più intensa a causa del concorso di altre plurime fonti del diritto, quali, ad esempio, le intese internazionali, le varie e diversificate decisioni contenute in «raccolte private ed applicate dai giudici non istituzionali nelle sede arbitrali e delle giurisdizioni ordinarie»²⁷, e così via.

Il tutto concorre ad accrescere quantitativamente e qualitativamente la «complessità regolativa» nel senso che i plurimi concorrenti sistemi regolamentari dell'ordine giuridico convengono

²⁴ *Ibid.*, p. 16.

²⁵ *Ibid.*, pp. 17-18.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

nel fenomeno della «complessità giuridica» la quale, pertanto, «si impone come capitolo essenziale della vita sociale e giuridica»²⁸.

In tale prospettiva, la dinamica sociale induce le spinte propulsive ingenerate dalle opposte categorie della conflittualità e della solidarietà a confluire nella «complessità», in modo tale da realizzare un equilibrio sociale, se ed in quanto «i soggetti e le formazioni sociali nella conflittualità e nella solidarietà osservino comportamenti che non soltanto non pregiudichino quell'equilibrio ma anzi lo rendono possibile»²⁹.

4. La latente contraddizione tra la “complessità” nelle scienze filosofiche e in quelle giuridiche: l'aporia rispetto all'irriducibile funzione “ordinante” dello *jus* tra complessità e complicazione

La ricostruzione dell'impianto del fenomeno della «complessità giuridica» è interessante e teoricamente soddisfacente, purché sussistano «regole che evitino il disordine sociale» e, anzi, favoriscano l'«ordine»³⁰.

Di qui l'avvertita necessità di porre in essere, fra l'altro, regole di organizzazione della società civile, tali da dar luogo ad un complesso strutturalmente organizzato e, soprattutto, funzionalmente efficiente. Questa «efficienza» si misura sulla base di un acquisito equilibrio sociale, quale «condizione esistenziale della società»; un equilibrio, dunque, che deve essere «mantenuto a condizione che i soggetti e le formazioni sociali nella conflittualità e nella solidarietà osservino comportamenti che non soltanto non pregiudichino quell'equilibrio ma anzi lo rendano possibile»³¹.

Ulteriore precisazione è che anche la complessità giuridica si sostiene sulla base di regole – tanto di organizzazione, quanto di relazione – le quali s'innestano nelle norme e nei principi di diritto.

In questa complessità confluiscono, in via spontanea, «le costumanze e le pratiche [...] dei componenti dell'insieme», ed in via mediata in quanto «elaborato e formalizzato dagli organi ordinativi del medesimo insieme: prassi sociale e principi predisposti dal potere politico»³².

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, p. 19.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

Tanto perché, a rigore, le scelte inerenti all'organizzazione e alla sistemazione dell'ordine sociale nella fase della sua formazione vengono governate dalla politica³³.

Tracciate alcune linee essenziali sulle tematiche coinvolte dalla teoria sulla complessità giuridica, in ordine alla quale occorrerebbero riflessioni di più ampio respiro rispetto alle finalità del presente contributo – volutamente limitato a mettere in evidenza alcuni profili connessi ai processi ipertrofici della produzione di regole occasionati dai problemi, soprattutto sanitari, insorti a seguito della pandemia Covid-19 di cui s'è fatto cenno – s'impongono alcune considerazioni critiche.

La prima è che l'orientamento governativo, come già si è accennato, è stato quello di adottare una produzione di norme di vario grado che hanno incrementato il fenomeno quantitativo di regole di comportamento, favorendo l'ormai endemica crisi del diritto.

Peraltro, l'aumento delle regole ha innestato problemi operativi nell'applicazione delle stesse, e non solo per l'urgenza e la gravità del momento, che hanno inevitabilmente sottratto al *conditor juris* quella serena ponderazione d'assumere decisioni equilibrate e meglio coordinate tra loro, come già riferito in precedenza.

Questa evenienza ha allora sollecitato l'attenzione sul fenomeno della «complessità giuridica», su cui già da tempo la dottrina è intervenuta con alcuni persuasivi risultati, sottolineati nelle pagine che precedono.

Occorre rilevare, in una prima istanza riflessiva, che il punto critico della teoria in esame emerge soprattutto sul piano del coordinamento culturale tra il concetto di complessità nell'ambito della filosofia e la sua corrispondente declinazione sul terreno della giuridicità. In questa sede ci si limita a segnalare come il significato della «complessità» sia un dato nel quale concorrono diversi elementi, visti e considerati come un insieme organico, in guisa che un siffatto fenomeno non poteva restare estraneo al perimetro degli studi filosofici.

Agli inizi del secolo scorso la teorica in esame era caratterizzata da un'impostazione marcatamente anti-riduzionistica, in forza della quale l'epistemologia complessa si orientava ad osservare nei fenomeni gli aspetti della discontinuità, della contraddizione, della non linearità, della molteplicità. Tra le varie correnti di pensiero va sottolineato che alcune di esse privilegiavano

³³ *Ibid.*

l'incidenza del caso e del disordine, ai quali sarebbe conseguita una forma d'indomito irrazionalismo³⁴.

Transitando, tuttavia, dai dati filosofici a quelli della ricostruzione giuridica, si manifesta una sottile contraddizione logica tra l'impianto della complessità e quello del diritto.

Il dato *complesso* è strutturalmente contiguo rispetto al dato *complicato* e, quindi, denuncia una non linearità, sovente generatrice di confusione e di disordine. Il dato giuridico – il *jus* – è, invece, istituzionalmente diretto a conseguire e ad attuare l'ordine, a dare certezze e sicurezze *nella* vita e *per* la vita dei singoli e delle formazioni sociali.

Vi è, dunque, un'evidente contraddizione tra l'agire complesso (o nella complessità) e l'agire giuridico (o nella giuridicità).

Un'ultima breve notazione intorno al collegamento operativo delle regole ordinarie con l'ordine sociale appare opportuna.

Si è affermato che la complessità giuridica generale è la fonte primaria delle regole giuridiche le quali sono, infatti, necessarie per l'attuazione e il mantenimento delle regole di organizzazione e di relazione del tessuto sociale: «la politica governa entrambi i percorsi dell'organizzazione e della sistematizzazione da essa utilizzata nell'ambito della formazione dell'ordine sociale»³⁵.

In verità, l'affidare al potere politico la gestione esclusiva o quantomeno preponderante del governo della vita sociale in vista dello stabilimento dell'ordine sociale non appare una scelta limpida per il superamento della “crescente complessità sociale” o comunque con il “minor aggravio di complessità per la società e per i suoi componenti”.

Invero, se il governo politico si orienta a promuovere un incremento smodato delle regole giuridiche, ancorché stretto dalla necessità e dall'urgenza del momento come nel caso della pandemia Covid-19, oppure ispirato da pregiudiziali ideologiche che esigono risposte urgenti alle istanze sociali sollecitate da movimenti popolari estemporanei³⁶, è evidente che l'ingresso nel sistema normativo di una copiosa quantità di regole finisce per rendere ipertrofico il sistema stesso, e quindi più complesso del solito, con maggiori e intuibili difficoltà di utilizzazione da parte “dell'utenza destinataria dalle regole stesse”.

³⁴ In tal senso, cfr. F. D'AGOSTINI, voce *Complessità (teoria della)*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, III ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, 1998, pp. 169 ss., in particolare p. 170.

³⁵ A. FALZEA, *Complessità*, cit., p. 21.

³⁶ In senso critico, si veda anche il recentissimo volume di S. CASSESE, *Il buon governo. L'età dei doveri*, Milano, 2020, pp. 25 ss., su *Sovranisti e globalizzazione*, nonché pp. 112 ss., su *La democrazia populistico-corporativa*.

Questa situazione può comportare il rischio di uno squilibrio sociale, il quale è suscettibile d'incidere negativamente sulle condizioni esistenziali della stessa società, sicché la naturale conflittualità, e viepiù la solidarietà inter-soggettiva che la mitiga, potrebbero risultarne alterate e le regole così poste in essere non farebbero che favorire "il disordine sociale".

Già in passato si è avvertito questo rischio alterativo degli equilibri sociali, segnalando la necessità di attendere al superamento della crescente intricata complessità sociale, affidando al potere pubblico l'utilizzazione dei mezzi adeguati al riguardo³⁷.

Questa risposta non garantisce che le regole giuridiche emanande siano osservate senza pregiudizio per l'ordine sociale – con il rischio, come detto, che l'applicazione delle stesse favorisca il disordine – in mancanza di correttivi (anche normativi) predisposti *ad hoc*, pena l'ulteriore rischio dell'apertura di porte tali da consentire l'ingresso a disvalori politico-sociali, dannosi per la società stessa³⁸.

In tal senso si comprendono, e costituiscono un condivisibile monito, le riflessioni di quegli Autori³⁹ che hanno autorevolmente denunciato le insidie del nichilismo giuridico, il quale fa smarrire «lo specifico del diritto»⁴⁰.

CAMILLO VERDE
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

³⁷ Cfr. A. FALZEA, *Complessità*, cit.

³⁸ S. CASSESE, *Il buon governo. L'età dei doveri*, cit., pp. 244 ss., ove si parla – icasticamente – di una «società scoraggiata e rancorosa».

³⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *La grande dicotomia diritto positivo e diritto naturale*, in AA.VV., *Oltre il positivismo*, cit., pp. 93-94; P. SPADA, *Quale "giusto" attraverso il "legale"?*, p. 144.

⁴⁰ Va sottolineato che non sembrano affatto infondate le riferite preoccupazioni di P. PERLINGIERI e di P. SPADA, in particolar modo ove si consideri la «riesumazione», operata da N. IRTI (*spec. in ID.*, *Il salvagente della forma*, Bari, 2004), della teoria del nichilismo nietzschiano, filtrato nella lente severiniana (cfr., infatti, ID. ed E. SEVERINO, *Dialoghi su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001) e dipoi adattato al mondo del diritto. Infatti, prendendo atto che «la concezione mondana del diritto [...] non costituisce alcun dove né senso unitario e complessivo», se ne deduce che il «formalismo, incapace, per sua indole, di offrire garanzie di senso e di additare risultati dello sviluppo si rivela così nel carattere nichilista» (N. IRTI, *Il salvagente*, cit., p. 11). In realtà, se è vero che il relativismo è il terreno su cui operano sia il nichilismo che la complessità, v'è da osservare come nella teoresi di Angelo Falzea non si riscontri questo profilo culturale oscurantista: e, infatti, non si dimentichino i danni provocati dalle pregiudiziali ideologiche del secolo scorso, e giustificate dall'«Io-potenza» del Nietzsche. Sicché non è certo un caso che Angelo Falzea – in ID., *Complessità*, cit., p. 19 – abbia fondato la sua analisi sulla scorta di un «principio primo che guida la formazione, la conservazione e lo sviluppo delle società civili». E, pur nel dubbio legittimo derivante dalle difficoltà d'individuare con precisione questo principio, è certo che, sul piano dei valori, le idee di Angelo Falzea sono orientate verso i valori sostanziali del diritto, senza che questo venga relegato nelle camere buie della «nientità del non-niente» (così, testualmente, N. IRTI, *Il salvagente*, cit., p. 12, con chiaro omaggio agli itinerari severiniani).

PARTE II
AREA SOCIO-ECONOMICA E FINANZIARIA

INTRODUZIONE

L'attuale pandemia da Covid-19 ha causato, nello scenario globale, la più grave crisi sanitaria dall'inizio del XX secolo e uno stato di generale incertezza che hanno determinato gravissime ripercussioni a livello sociale, economico e finanziario. Trattandosi di un evento unico e particolarmente complesso presenta i connotati di una sfida epocale.

Il Covid-19 ha generato, di fatto, una perdita del benessere in seguito a una crescente precarietà soprattutto occupazionale ed evidenti diseguaglianze. Inoltre, ha influenzato negativamente anche i mercati finanziari, sia nei paesi sviluppati sia in quelli emergenti. Per le imprese si è venuta a creare una situazione catastrofica improvvisa, imprevedibile e imprevedibile che, dovuta a uno shock simultaneo della domanda e dell'offerta, in moltissimi casi – soprattutto inizialmente – è stata affrontata in modo reattivo e sordinato¹. Lo shock sistemico essendo individuabile come una situazione di emergenza, da fronteggiare prendendo in considerazione una combinazione di fattori, pertanto, necessita di fattivi interventi attuati attraverso un rapido cambiamento dei paradigmi già consolidati. Tali considerazioni implicano il richiamo della citazione di Eraclito secondo cui «l'unica costante nella vita è il cambiamento». Nell'attuale contesto proprio la ricerca di una “nuova normalità”, attuata adattandosi alla crisi nel breve termine e da essa emergere più forti nel lungo periodo, implica rilevanti cambiamenti organizzativi, una ridefinizione delle strategie aziendali, una più attenta gestione del rischio, un ruolo attivo da parte dei sovra-sistemi rilevanti, processi innovativi e una trasformazione digitale in molti settori dell'economia, della sanità e dell'istruzione². Specificatamente, l'obiettivo delle imprese deve essere volto a trasformare una situazione di grave criticità in un'opportunità, per ripensare i ruoli strategici e tattici in iniziative di cambiamento che possono essere anche di tipo radicale.

Sulla base di tali considerazioni, la seconda parte del presente volume arricchisce il dibattito accademico di diverse aree disciplinari attraverso contributi di natura aziendale, sociale ed economico-finanziaria.

VINCENZO FORMISANO

¹ T.Y. CHOI, D. ROGERS, B. VAKIL, *Coronavirus is a wake-up call for supply chain management*, in *Harvard Business Review*, 2020, March 27.

² R. GABRYELCZYK, *Has Covid-19 Accelerated Digital Transformation? Initial Lessons Learned for Public Administrations*, in *Information Systems Management*, 2020, 37, 4, pp. 303-309.

MONITORAGGIO DEL RISCHIO SANITARIO ED EMERGENZA COVID-19: ALCUNE NOTE A MARGINE DEL D.M. SALUTE DEL 30 APRILE 2020

1. Introduzione - 2. Il contesto in cui è maturato il d.m. 30.04.2020 - 3. Il modello di misura del rischio - 4. Il sistema di indicatori - 4.1. La raccolta dei dati - 4.2. Il monitoraggio - 4.2.1. Indicatori di processo sulla capacità di monitoraggio - 4.2.2. Indicatori di processo sulla capacità di accertamento diagnostico, indagini e gestione dei contatti - 4.2.3. Indicatori di risultato relativi a stabilità di trasmissione e alla tenuta dei servizi sanitari - 5. Punti di forza, criticità e alcune considerazioni finali

1. Introduzione

In ottemperanza di quanto disposto dal DPCM del 26.04.2020, il Ministero della Salute italiano ha pubblicato a fine aprile 2020 un decreto ministeriale contenente le linee guida e i criteri atti a valutare il rischio sanitario legato alla circolazione del virus SARS-CoV-2 (d.m. del 30 aprile 2020, avente ad oggetto «Emergenza Covid-19: attività di monitoraggio del rischio sanitario connesse al passaggio dalla fase 1 alla fase 2A di cui all'allegato 10 del DPCM 26/4/2020»).

L'obiettivo del d.m. è quello di fornire le norme per monitorare il rischio sanitario associato alla diffusione del virus. L'approccio è quello del *risk management*, in linea con le indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità¹ che suggerisce la valutazione del rischio tra le componenti essenziali dell'*Emergency Risk Management for Health*. In particolare, il d.m. definisce una matrice dei rischi che, grazie a un sistema di regole e indicatori, permette di classificare il rischio sanitario da SARS-CoV-2 in cinque diversi livelli (molto basso, basso, moderato, alto, molto alto). La batteria di indicatori inclusa nel d.m. è funzionale alla misurazione del livello di rischio sanitario di una nuova diffusione del Covid-19 connessa al passaggio dalla Fase 1 (lockdown) alla Fase 2 (fase di transizione) o ad altre fasi dell'epidemia. Agli indicatori vengono associati valori soglia e di allerta che dovranno essere monitorati a livello regionale per intervenire nel caso si verifichi una nuova situazione critica².

L'obiettivo del d.m. è, dunque, ambizioso e al contempo estremamente necessario: definire un sistema di monitoraggio in grado di valutare il rischio associato all'andamento in itinere

¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Pandemic Influenza Risk Management*, 2017, (https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/influenza_risk_management_update2017/en/).

² Le soglie definite negli indicatori sono volte a mantenere un numero di nuovi casi di infezione da SarsCoV2 stabile (ossia un aumento limitato nel tempo e nello spazio), anche in ospedali, RSA, case di riposo e impedire il sovraccarico dei servizi sanitari. Nel documento si identificano anche valori di allerta che, se raggiunti, possono aprire la strada ad eventuali revisioni delle misure adottate.

dell'epidemia, per non farsi trovare impreparati di fronte a successive ondate dell'epidemia stessa con tutte le sue conseguenze sanitarie, sociali e economiche (per dirne alcune).

Data dunque la rilevanza di questo d.m., la presente nota ha una duplice finalità. Da un lato intende aiutare il lettore ad andare oltre le righe del testo mostrandone impianto e scopi. Dall'altro, vuole offrire un'analisi critica del documento, mettendone in evidenza aspetti positivi e limiti. La prospettiva con cui viene affrontata la lettura del d.m. è quella di studiosi di scienze statistiche e di analisi dei dati, con un bagaglio tecnico variegato legato a modelli di controllo e alla definizione e all'uso di indicatori di varia natura. Ma è anche la prospettiva di una cittadinanza attiva, che si interessa allo stato di salute del proprio paese. La prospettiva di chi da un lato desidera dare un contributo alla comprensione/gestione di un fenomeno così complesso e rilevante, dall'altro ritiene che processi decisionali così importanti siano da gestire nella massima trasparenza possibile.

Nello specifico, questo lavoro presenta dapprima il contesto in cui è maturato il d.m. oggetto di analisi, poi analizza il modello utilizzato per ottenere la misura del rischio sanitario, cercando di decifrarne la logica sottostante, quindi discute il dettaglio degli indicatori utilizzati all'interno del modello e in ultimo offre alcune riflessioni generali insieme a delle considerazioni finali.

2. Il contesto in cui è maturato il d.m. 30.04.2020

Il d.m. 30.04.2020 va inquadrato ed interpretato nel contesto europeo. A seguito della diffusione della pandemia, il 9 aprile 2020 l'*European Centre for Disease Prevention and Control* (ECDC)³ pubblica il rapporto tecnico *Strategies for the surveillance of Covid-19*⁴, in cui viene descritta la strategia per la sorveglianza Covid-19 a livello nazionale ed europeo. Tale strategia mira a rendere interoperabili i dati provenienti dai vari sistemi sanitari per un'efficace risposta alla pandemia in un momento di ampia diffusione, tenendo conto delle indicazioni fornite dall'Organizzazione Mondiale della Sanità tra il 20 e il 25 marzo 2020⁵.

³ L'EUROPEAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL, Centro Europeo per la prevenzione e il Controllo delle Malattie, è una agenzia indipendente dell'UE che opera al fine di difendere i paesi membri dell'Unione dal diffondersi di malattie infettive.

⁴ <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Covid-19-surveillance-strategy-9-Apr-2020.pdf>.

⁵ Rapporto ISS Covid-19, *Indicazioni ad interim per un utilizzo razionale delle protezioni per infezione da sars-cov-2 nelle attività sanitarie e sociosanitarie (assistenza a soggetti affetti da Covid-19) nell'attuale scenario emergenziale sars-cov-2*, 2020, pp.1-20. Gruppo di Lavoro ISS Prevenzione e Controllo delle Infezioni con la collaborazione di Organizzazione Mondiale della Sanità HQ - Ginevra.

Il decreto ministeriale⁶ oggetto di questa nota segue il DPCM (Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri) del 26 aprile 2020 volto a determinare il graduale passaggio dalla fase 1 della pandemia a quelle successive. Nel DPCM, all'art. 2 si legge: «Nei casi in cui dal monitoraggio emerge un aggravamento del rischio sanitario, individuato secondo i principi per il monitoraggio del rischio sanitario di cui all'allegato 10 [...] il presidente della Regione propone tempestivamente al ministro della Salute [...] le misure restrittive necessarie e urgenti per le attività produttive delle aree del territorio regionale specificamente interessate dall'aggravamento». L'Allegato 10 è riportato in Figura 1 e Figura 2.

⁶ http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/DPCM_20200426.pdf.

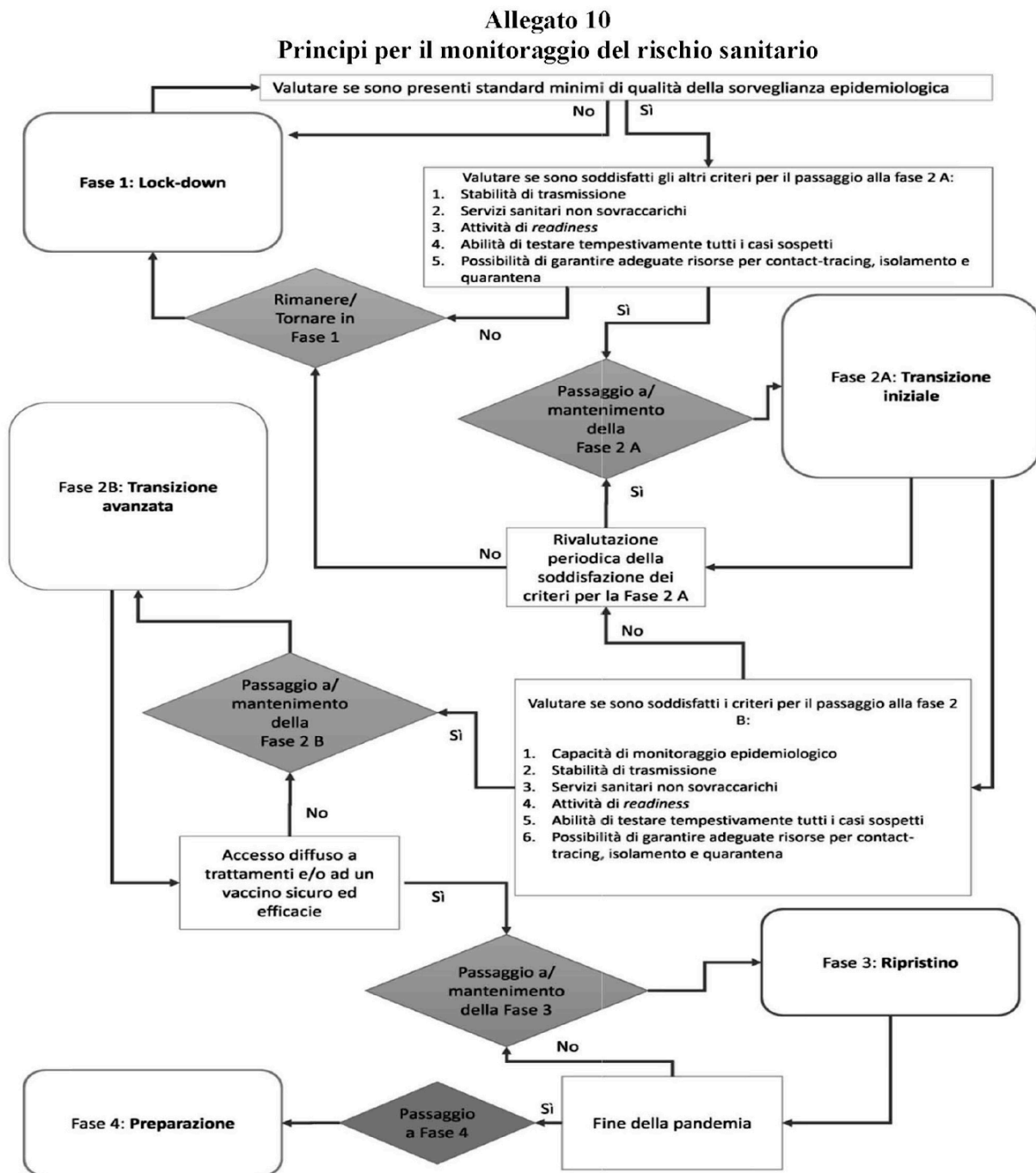


Figura 1. Condizioni per il passaggio da Fase 1 alle altre fasi, così come illustrate nella pagina 1 dell'allegato 10 al DPCM del 26 aprile 2020. In tale figura viene schematizzato il processo decisionale per passaggio da una fase all'altra della pandemia: Fase 1 Lockdown; Fase 2a Transizione iniziale; Fase 2b Transizione avanzata; Fase 3 Ripristino; Fase 4 Preparazione. Sono delineati i criteri da valutare per il passaggio tra le fasi.

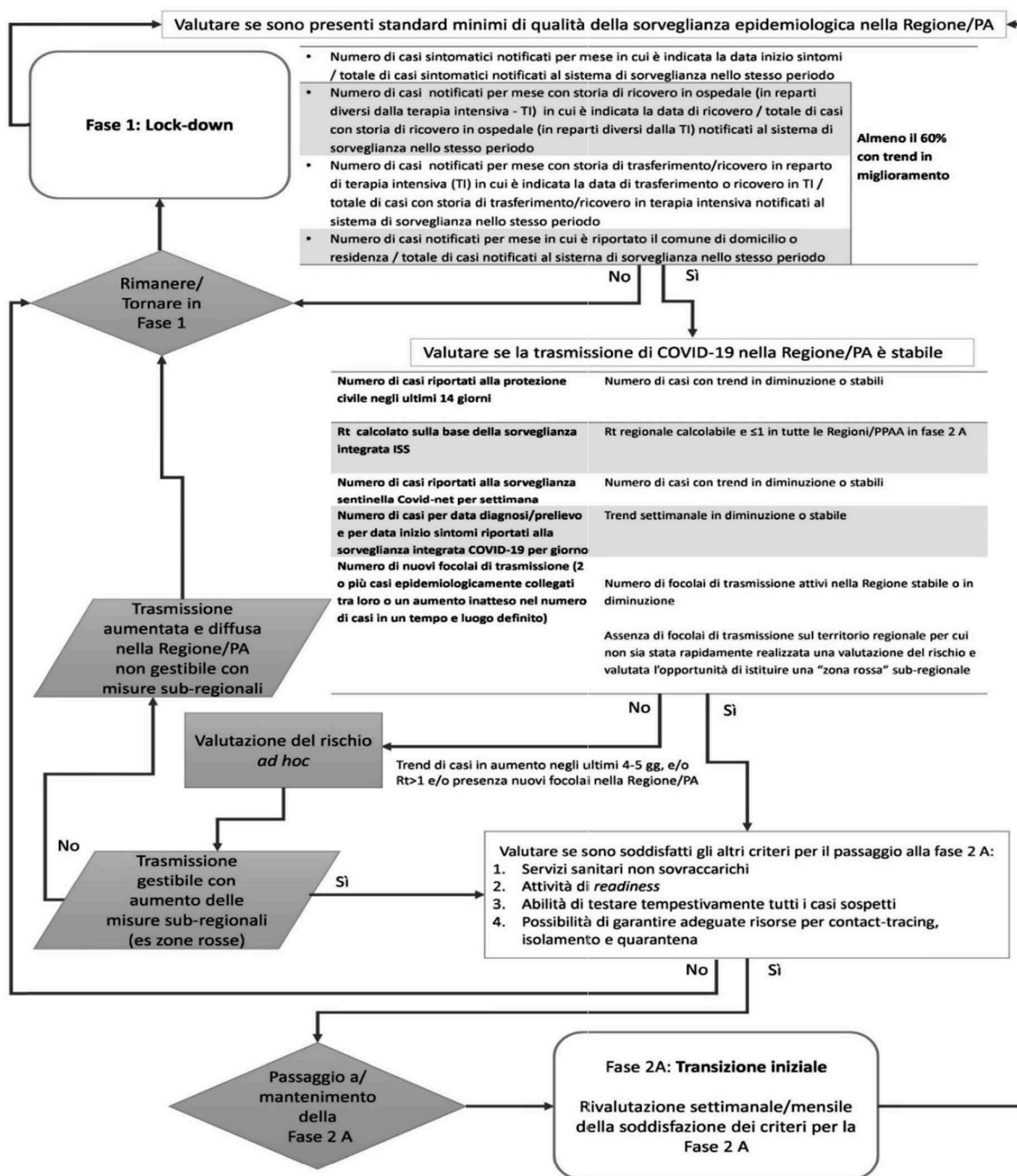


Figura 2. Pagina 2 dell'allegato 10 al DPCM del 26 aprile 2020. Nella figura si dettaglia il processo di decisione per il passaggio dalla Fase 1 alla fase 2A a livello delle singole Regioni e Province Autonome, delineando tre insiemi di indicatori: standard minimi di qualità nella sorveglianza epidemiologica, stabilità nella trasmissione della malattia, capacità di reazione e gestione degli infetti.

La Figura 1 descrive il passaggio tra le varie Fasi. Il passaggio dalla Fase 1 alla Fase 2A è regolato da cinque indicatori, a cui viene aggiunta la valutazione della capacità di monitoraggio epi-

demiologico per il passaggio alla Fase 2B. Nella Figura 2 viene fornito un primo dettaglio degli indicatori. Tali indicatori sono stati definiti dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) nel documento *WHO guidance for surveillance during an influenza pandemic - update 2017*⁷ e ribaditi nella conferenza stampa del 13 aprile 2020 del direttore generale dell'OMS⁸.

3. Il modello di misura del rischio

Nella valutazione del rischio si prendono spesso come riferimento modelli teorici per analizzare e spiegare il fenomeno che si sta osservando. Le impostazioni teoriche possono essere diverse: è in genere lasciata alla sensibilità del ricercatore la scelta del modello da adottare. Generalmente in letteratura si introduce la distinzione tra *risk assessment* e *risk management*⁹: con il primo si intendono le procedure di identificazione della natura ed entità del rischio, con il secondo si fa riferimento alla regolamentazione, cioè alle scelte politiche.

L'approccio teorico che ha guidato i ricercatori nella stesura del decreto ministeriale è quello del *risk management*. Questa impostazione teorica ha nel corso del tempo ampliato il suo campo di applicazione, passando da contesti prettamente aziendali ad ambiti più specifici, incluso quello del settore sanitario (si pensi per esempio alla gestione del rischio clinico o a quella degli effetti derivanti dall'inquinamento ambientale).

Per quanto riguarda gli obiettivi del modello sotteso al d.m., lo scopo è quello di valutare la diffusione del rischio sanitario attraverso il monitoraggio dell'andamento della trasmissione del virus sul territorio nazionale e della capacità del sistema sanitario di farvi fronte. Il rischio sanitario viene infatti definito come combinazione della *probabilità* di infezione/trasmissione del virus e dell'*impatto*, cioè la gravità della patologia riscontrata in persone con oltre cinquant'anni di età, di una minaccia sanitaria¹⁰. La combinazione di probabilità e impatto dà luogo ad una matrice dei rischi, strumento quali-quantitativo ben radicato nell'ambito del *risk management*.

Contestualmente il modello prevede di classificare il rischio sanitario secondo cinque diversi livelli di intensità. Per ciascuna Regione/PA si prevede di aggiornare settimanalmente la clas-

⁷ <https://www.who.int/csr/resources/publications/swineflu/surveillance/en/>.

⁸ <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--13-aprile-2020>.

⁹ P. VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Torino, 1990.

¹⁰ Con questo termine si intende la trasmissione non controllata e non gestibile di Sars-Cov-2.

sificazione del rischio, attraverso un albero decisionale che prevede diverse fasi che vanno dal monitoraggio all'individuazione di misure per contenere la diffusione del virus. È interessante notare che il modello prevede un doppio livello di monitoraggio: il primo livello ambisce a valutare la capacità di monitoraggio degli enti regionali, il secondo livello consiste essenzialmente nell'azione di monitoraggio stesso del rischio sanitario.

Il modello di rischio prevede una batteria di 21 indicatori associati a valori soglia e di allerta, distinti in tre gruppi:

- indicatori di processo sulla capacità di monitoraggio (Gruppo 1): forniscono informazioni sulla qualità dei dati raccolti in ciascuna regione. La conformità con standard minimi della qualità informativa utilizzata è un requisito di base. La loro lettura mostra lo stato delle informazioni a disposizione del decisore e le eventuali criticità su cui intervenire per rendere in futuro gli indicatori più robusti. In sostanza si prevede la costante e tempestiva alimentazione dei flussi informativi da realizzarsi attraverso l'inserimento di informazioni in database routinari o realizzati ad hoc per l'emergenza in corso;

- indicatori di processo sulla capacità di accertamento diagnostico, indagine e gestione dei contatti (Gruppo 2): nell'ipotesi che questi indicatori non siano valutabili o diano molteplici segnali di allerta, il rischio stimato viene rivalutato ad un livello di rischio più elevato, spostando la regione in esame alla categoria di rischio gerarchicamente superiore;

- indicatori di risultato relativi a stabilità di trasmissione e alla tenuta dei servizi sanitari (Gruppo 3): questi ultimi sono il nucleo centrale del modello ed entrano nella costruzione sia dell'algoritmo di valutazione di probabilità di trasmissione/diffusione (cfr. Figura 1 del d.m., qui riportata in Figura 1) sia di quello per la determinazione dell'impatto sulla popolazione (cfr. Figura 2 del d.m., qui riportata in Figura 2).

Dal documento ministeriale si evince che i tre gruppi di indicatori interagiscono tra loro come segue. Se gli indicatori del Gruppo 1 segnalano una buona qualità del dato, allora si procede alla valutazione del rischio sanitario utilizzando gli indicatori del Gruppo 3. Quest'ultimo viene valutato dalla combinazione di due procedure di valutazione, definite "Algoritmo" nel d.m. Esse valutano separatamente la probabilità di diffusione del virus e l'impatto della sua diffusione sul sistema sanitario. La combinazione degli esiti di queste due procedure fornisce infine una misura qualitativa ordinale del rischio sanitario, secondo le modalità descritte dalla matrice di impatto inclusa nel decreto stesso.

In ultimo se, allo stesso tempo, gli indicatori del Gruppo 2 segnalano una non buona capacità di accertamento diagnostico, di indagine e di tracciamento dei contatti, allora il rischio sanitario individuato in base all'analisi degli indicatori del Gruppo 3 va elevato di un livello (per esempio, se il rischio dovesse risultare "moderato" in base alla combinazione delle indicazioni fornite dagli *algoritmi* basati sugli indicatori del Gruppo 3, allora verrebbe etichettato come "alto" se la capacità di accertamento diagnostico non risultasse in linea con quanto richiesto dal d.m. stesso). La procedura appena descritta viene riassunta in termini di albero decisionale in Figura 3.

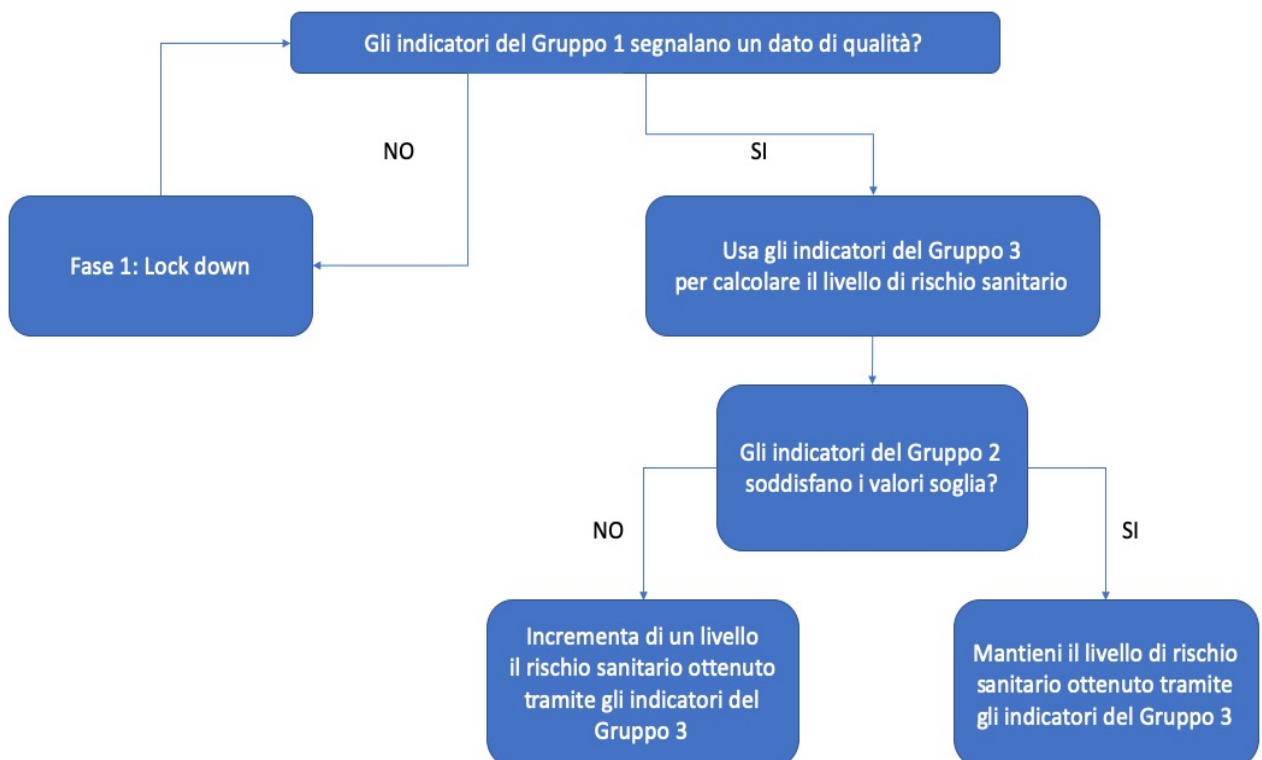


Figura 3. Rappresentazione grafica del processo decisionale basato sui gruppi di indicatori ai fini dell'individuazione dei livelli di rischio sanitario.

4. Il sistema di indicatori

I 21 indicatori utilizzati per il monitoraggio del rischio sanitario vengono calcolati in base a dati provenienti da diverse fonti e raccolti con diverse modalità, secondo una metodologia uniformata a livello europeo.

4.1. La raccolta dei dati

I dati utilizzati per il monitoraggio del rischio sanitario sono generati ed archiviati grazie al Sistema di sorveglianza integrata Covid-19. La *sorveglianza integrata* (microbiologica e epidemiologica) per Covid-19 è il sistema di rilevamento continuo di dati sui casi di infezione da SARS-CoV-2 diagnosticati in laboratori di riferimento regionali in Italia. La sua attività è volta sia ad informare i cittadini sull'andamento dell'epidemia sia a supportare le autorità sanitarie nei processi decisionali.

In Italia, la sorveglianza Covid-19 è stata istituita con la circolare n. 1997 del 22 gennaio 2020 del Ministero della Salute, che regolava i primi criteri di segnalazione dei casi di infezione da coronavirus. Successivamente, dopo l'emanazione di alcuni aggiornamenti ed integrazioni, dal 27 febbraio 2020 la Protezione Civile ne ha affidato il coordinamento al Dipartimento Malattie Infettive dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS) ed ha identificato dei referenti locali nelle Regioni e Province Autonome.

In particolare l'ISS *i)* ai fini della sorveglianza *epidemiologica* del SARS-CoV-2 predispone e gestisce una specifica piattaforma, che le Regioni e le Province autonome sono tenute ad alimentare quotidianamente, caricando entro le ore 11.00 di ogni giorno i dati relativi al giorno precedente, mentre *ii)* ai fini della sorveglianza *microbiologica* raccoglie i campioni biologici positivi che i laboratori di riferimento sono tenuti a trasmettere, per tenerne una lista aggiornata.

A valle di questo processo, la Protezione Civile riceve i dati aggregati, ossia i numeri di test positivi, decessi, ricoveri in ospedale e ricoveri in terapia intensiva, mentre l'ISS riceve dettagli individuali sui casi, come dati demografici, lo stato clinico e le comorbidità.

Il flusso di dati parte, quindi, dai laboratori regionali che ricevono ed analizzano i tamponi o il siero e trasmettono i risultati alle Aziende Sanitarie Locali (ASL), che integrano i dati di origine con informazioni, il più dettagliate possibile, provenienti dagli ospedali, dai medici di medicina generale e dai pediatri di libera scelta. Infine, i referenti regionali per la sorveglianza integrata Covid-19 recepiscono i *dataset* costruiti dalle ASL (che trasmettono all'ISS).

Il Dipartimento di Malattie infettive dell'ISS, insieme con la Fondazione Bruno Kessler¹¹, elabora i dati della piattaforma e pubblica un report di sintesi settimanale per ogni regione per

¹¹ Ente di ricerca della Provincia autonoma di Trento.

consentire il monitoraggio dell'epidemia, ad esempio attraverso il calcolo dell'indice di trasmissibilità R_t .

Tali operazioni si integrano nel contesto più ampio della sorveglianza europea, che prevede che gli stati UE ed il Regno Unito riportino il numero di casi positivi confermati dai laboratori a livello NUTS2 (regionale) attraverso le due piattaforme *Early Warning and Response System* (aggiornata giornalmente) e *The European Surveillance System – TESSy* (aggiornata settimanalmente), coordinate dall'ECDC e dall'Ufficio Regionale Europeo dell'OMS.

4.2. Il monitoraggio

In base al decreto ministeriale del 30 aprile 2020, il sistema di monitoraggio prevede un totale di 21 indicatori, suddivisi nelle tre categorie succitate (Indicatori di processo sulla capacità di monitoraggio; indicatori di processo sulla capacità di accertamento diagnostico, indagine e gestione dei contatti; indicatori di risultato relativi a stabilità di trasmissione e alla tenuta dei servizi sanitari).

Per ciascun indicatore il decreto definisce dei valori soglia e di allerta che consentono al processo di qualificare l'area di riferimento con un livello di rischio.

Cinque di essi, definiti "opzionali", sono relativi a flussi di sorveglianza attualmente non attivi, la loro eventuale attivazione in alcune regioni è basata su criteri di *fattibilità e/o opportunità*. Tali indicatori, non essendo obbligatori, non sono qui considerati.

4.2.1. Indicatori di processo sulla capacità di monitoraggio

Gli indicatori del primo gruppo (numerati nel d.m. da 1.1 a 1.4, esclusi gli opzionali) sono volti a misurare l'attitudine dei soggetti responsabili della rilevazione dei dati (nell'ambito della regione o della provincia autonoma) a fornire dati di qualità, dove la qualità in questo contesto è rappresentata dal livello di dettaglio delle informazioni registrate sui casi accertati. In quanto tali, essi non sono direttamente coinvolti nella definizione del livello di rischio finale.

I dati usati per costruire gli indicatori di questo gruppo sono generati nell'ambito del sistema di sorveglianza integrata appena descritto. Ciascuno degli indicatori di questo gruppo, così

come definiti nel decreto ministeriale, è presentato in Tabella 1 insieme all'esplicitazione dello scopo per cui è stato costruito e al relativo valore soglia.

Definizione dell'indicatore (da d.m.)	Obiettivo Soglia
1.1 Numero di casi sintomatici notificati per mese in cui è indicata la data inizio sintomi/totale di casi sintomatici notificati al sistema di sorveglianza nello stesso periodo.	Misura la capacità di rilevare la data di inizio sintomi (per i casi positivi sintomatici) Almeno 60%, con trend in miglioramento
1.2 Numero di casi notificati per mese con storia di ricovero in ospedale (in reparti diversi dalla TI) in cui è indicata la data di ricovero/totale di casi con storia di ricovero in ospedale (in reparti diversi dalla TI) notificati al sistema di sorveglianza nello stesso periodo.	Misura la capacità di rilevare la data di ricovero (in reparti diversi dalla TI) Almeno 60%, con trend in miglioramento
1.3 Numero di casi notificati per mese con storia di trasferimento/ricovero in reparto di terapia intensiva (TI) in cui è indicata la data di trasferimento o ricovero in TI/totale di casi con storia di trasferimento/ricovero in terapia intensiva notificati al sistema di sorveglianza nello stesso periodo.	Misura la capacità di rilevare la data di trasferimento in TI Almeno 60%, con trend in miglioramento
1.4 Numero di casi notificati per mese in cui è riportato il comune di domicilio o residenza/totale di casi notificati al sistema di sorveglianza nello stesso periodo.	Misura la capacità di rilevare il comune di domicilio dei casi positivi (o, dove manca, residenza) Almeno 60%, con trend in miglioramento

Tabella 1. Indicatori del gruppo 1: Indicatori di processo sulla capacità di monitoraggio

Per tutti gli indicatori di questo gruppo la soglia di riferimento è una percentuale pari ad almeno il 60%, accompagnata da un trend in miglioramento. Va sempre considerato un *alert* quando tale valore scende al di sotto del 50%.

Per questo gruppo di indicatori rimane non definito il periodo temporale di riferimento. Si parla, cioè, di numero di casi per mese ma non si esplicita se si debba far riferimento all'ultimo mese solare, oppure se invece si tratta di una finestra mensile mobile.

In generale, essendo le soglie non particolarmente elevate, si può ipotizzare che la soglia minima richiesta per questi indicatori venga facilmente raggiunta.

4.2.2. Indicatori di processo sulla capacità di accertamento diagnostico, indagine e gestione dei contatti

Gli indicatori del secondo gruppo (numerati nel d.m. 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.6) hanno l'obiettivo di monitorare la capacità di evoluzione e l'adeguatezza della rete sanitaria rispetto all'epidemia. Come quelli del primo gruppo non vengono usati negli algoritmi per il calcolo del livello di rischio.

Ciascuno degli indicatori di questo gruppo, così come definiti nel decreto ministeriale, è presentato in Tabella 2 insieme all'esplicitazione dello scopo per cui è stato costruito e al relativo valore soglia.

Definizione dell'indicatore (da d.m.)	Obiettivo Soglia
2.1 Percentuale di tamponi positivi escludendo per quanto possibile tutte le attività di screening e il <i>re-testing</i> degli stessi soggetti, complessivamente e per <i>macro-setting</i> (territoriale, PS/Ospedale, altro) per mese.	Rilevazione di “nuovi” casi positivi. Trend stabile o in diminuzione in <i>setting</i> ospedalieri o di PS, oppure Valore Predittivo Positivo (VPP) dei test stabile o in diminuzione.
2.2 Tempo tra data inizio sintomi e data di diagnosi.	Monitoraggio della tempestività della diagnosi. Mediana settimanale pari al massimo a 5 giorni.
2.4 Numero, tipologia di figure professionali e tempo/persona dedicate in ciascun servizio territoriale al <i>contact-tracing</i> .	Monitoraggio della capacità di diagnosi e tracciamento. L'andamento va valutato in riferimento a standard fissati a livello europeo.
2.5 Numero, tipologia di figure professionali e tempo/persona dedicate in ciascun servizio territoriale alle attività di prelievo/invio ai laboratori di riferimento e monitoraggio dei contatti stretti e dei casi posti rispettivamente in quarantena e isolamento.	Monitoraggio della capacità di diagnosi e tracciamento. L'andamento va valutato in riferimento a standard fissati a livello europeo.
2.6 Numero di casi confermati di infezione nella regione per cui sia stata effettuata una regolare indagine epidemiologica con ricerca dei contatti stretti/totale di nuovi casi di infezione confermati.	Monitoraggio dell'attività di tracciamento. Trend in miglioramento, con target finale 100%.

Tabella 2. Indicatori di processo sulla capacità di accertamento diagnostico, indagine e gestione dei contatti

Per l'indicatore 2.1 si fa riferimento al Valore Predittivo Positivo (VPP), che misura la cosiddetta *predittività* di un test diagnostico, ossia la probabilità che un soggetto risultato positivo sia effettivamente malato, calcolata come rapporto tra i soggetti “realmente” positivi sul totale dei casi positivi (che include i falsi positivi).

Anche per questo gruppo di indicatori, come per il precedente, i dati sono sostanzialmente generati dal sistema di sorveglianza integrata. Tuttavia, si rileva che tra le fonti citate per gli indi-

catori 2.1, 2.4, 2.5 e 2.6 sono riportate una “Relazione periodica settimanale o mensile” ed una “Valutazione periodica settimanale o mensile” non ben specificate.

In generale si rileva la poca chiarezza nel modo in cui sono definite alcune soglie: manca la fonte dello standard europeo di riferimento per le soglie del 2.4 e del 2.5, anche se si presume provenga dall’*European Centre for Disease Prevention and Control*, citato dal decreto in riferimento ad altre questioni.

4.2.3. Indicatori di risultato relativi a stabilità di trasmissione e alla tenuta dei servizi sanitari

Gli indicatori di questo gruppo (numerati nel d.m. 3.1, 3.2, 3.4-3.6, 3.8, 3.9) sono quelli che intervengono direttamente nel calcolo del livello di rischio sanitario, basato sull’uso congiunto dei due algoritmi per la valutazione, rispettivamente, della probabilità e dell’impatto di una ripresa dell’epidemia. Essi hanno, infatti, la funzione di monitorare l’andamento dei contagi e l’eventuale formazione di nuovi focolai di infezione.

I dati usati per questi indicatori provengono per lo più dal sistema di sorveglianza integrata, alcuni sono forniti dal Ministero della Salute e dalla Protezione Civile. Non tutti vengono utilizzati negli algoritmi per la determinazione del rischio sanitario previsti dal d.m. Ciascuno degli indicatori di questo gruppo, così come definiti nel decreto ministeriale, è presentato in Tabella 3 insieme all’esplicitazione dello scopo per cui è stato costruito e al relativo valore soglia.

Definizione dell'indicatore (da d.m.)	Obiettivo Soglia (se prevista)
3.1 Numero di casi riportati alla Protezione civile negli ultimi 14 giorni.	Numero di soggetti positivi nelle ultime due settimane. <i>Trend</i> settimanale in diminuzione o stabile.
3.2 Rt calcolato sulla base della sorveglianza integrata ISS (si utilizzeranno due indicatori, basati su data inizio sintomi e data di ospedalizzazione).	Indice di trasmissibilità della malattia: numero di individui che, in media, vengono contagiati da una persona. Deve essere calcolabile e al massimo pari ad 1.
3.4 Numero di casi per data diagnosi e per data inizio sintomi riportati alla sorveglianza integrata Covid-19 per giorno.	Numero di soggetti positivi aggregati in base alla data della diagnosi ed alla data di inizio sintomi. <i>Trend</i> settimanale in diminuzione o stabile.
3.5 Numero di nuovi focolai di trasmissione (2 o più casi epidemiologicamente collegati tra loro o un aumento inatteso nel numero di casi in un tempo e luogo definito).	Numero di nuovi focolai. Assenza o mancato aumento di focolai di trasmissione sul territorio regionale.
3.6 Numero di nuovi casi di infezione confermata da SARS-CoV-2 per Regione non associati a catene di trasmissione note.	Misura la qualità del <i>contact-tracing</i> in presenza di nuovi focolai, e/o la capacità di rilevare l'insorgere di casi sporadici in assenza di focolai.
3.8 Tasso di occupazione dei posti letto totali di Terapia Intensiva (codice 49) per pazienti Covid-19.	Percentuale di posti di TI occupati da pazienti Covid-19. Massimo 30%
3.9 Tasso di occupazione dei posti letto totali di Area Medica per pazienti Covid-19.	Percentuale di posti Area Medica occupati da pazienti Covid-19. Massimo 40%

Tabella 3. Indicatori di risultato relativi a stabilità di trasmissione e alla tenuta dei servizi sanitari

L'indicatore 3.2 si basa sull'indice di trasmissibilità della malattia Rt, ossia il numero di individui che, in media, vengono contagiati da una persona. Va specificato che nel calcolo di tale

indice non si considerano tutti i casi positivi ma solo i casi con sintomi non importati ed è riferito ai tempi in cui questi sintomi si sono sviluppati. Per motivi di calcolo, si riferisce sempre a un periodo temporale ritardato di circa una settimana.

La scelta di utilizzare solo i sintomatici nel calcolo dell'indice R_t da un lato permette una comparabilità nel tempo dell'indice (rispetto all'inizio dell'epidemia) dall'altro tiene conto del fatto che un maggiore o minore aumento dei casi asintomatici rilevati non dipende solo dalla trasmissibilità del virus ma anche dal numero di analisi effettuate. Inoltre, un aumento anche consistente degli asintomatici non ha un impatto diretto sul livello di saturazione del sistema sanitario. Segnaliamo il rischio che tale modalità di calcolo può portare a una sottostima del livello reale della trasmissibilità.

L'indicatore 3.9 fa riferimento ai posti letto di area medica, ossia di tutti reparti ospedalieri che non siano chirurgie e terapie intensive.

Alcuni indicatori di questo gruppo non sono ben definiti. In particolare, per il 3.5 non è specificato cosa debba intendersi per "aumento inatteso".

5. Punti di forza, criticità e alcune considerazioni finali

Diversi sono gli spunti di riflessione che emergono dall'analisi del modello utilizzato nel documento. In prima battuta, va sicuramente apprezzata l'opportunità di un documento ministeriale atto a valutare il rischio sanitario legato alla circolazione del virus SARS-CoV-2. Non sottovalutando questa premessa, si offrono di seguito alcune riflessioni riguardanti l'uso del modello, il problema della robustezza degli indicatori, la poca chiarezza sul da farsi nel caso in cui non tutti gli indicatori superino i rispettivi valori soglia, la componente soggettiva nella valutazione del rischio.

È infatti innanzitutto interessante notare che il d.m. esplicitamente dichiara che il modello non è mirato alla valutazione di efficacia/efficienza dei servizi. Tale scelta, condivisibile, ha presumibilmente da un lato l'obiettivo di distinguere chiaramente il campo di applicazione di tale modello rispetto a altri utilizzati per distribuire risorse tra i diversi attori del sistema sanitario nazionale, dall'altro mira giustamente a evitare che una eventuale prospettiva di assegnazione di risorse in base ai risultati del modello porti a involontarie (se non volontarie) distorsioni nel processo di raccolta del dato. È noto, purtroppo, che l'uso di indicatori per assegnare risorse può indurre

distorsioni più o meno rilevanti nei sistemi e in particolare può condurre a una minore capacità dell'indicatore stesso di rappresentare la realtà che si intende conoscere.

Il modello non entra poi nel merito della “robustezza” degli indicatori individuati, che sembra essere data per scontata. In particolare, alcuni indicatori/soglie (nello specifico: il valore dell'indice R_t e i diversi tassi considerati) potrebbero avere un significato diverso, ovvero meno significativo, laddove i valori assoluti dei casi fossero limitati. In questo caso i parametri del monitoraggio potrebbero far scattare campanelli di falsi allarmi poiché gli indicatori, ottenuti a partire da dati di esigua consistenza, si modificherebbero anche profondamente in presenza di variazioni assolute di scarsa significatività. Per quanto riguarda poi lo specifico del parametro R_t , sarebbe stato interessante e forse opportuno guardare non solo al valore soglia ($R_t \leq 1$), ma anche al suo andamento temporale. Essendo il dato calcolato necessariamente con riferimento alla settimana precedente, una sua crescita costante potrebbe essere utilizzata come campanello d'allarme da non sottovalutare.

Particolare attenzione merita poi una certa ambiguità legata alla mancata indicazione su come utilizzare i valori soglia. In particolare, non è esplicitato se il sistema debba andare “in allarme” al superamento di una sola ovvero di alcune o di tutte le soglie considerate. Elemento di criticità che si ripete. Il d.m. specifica infatti che gli indicatori del Gruppo 3 hanno validità ai fini della determinazione del rischio «una volta accertata la qualità del dato», qualità da monitorare utilizzando gli indicatori del Gruppo 1. Non risulta specificato però quando il dato sia da considerarsi “non di qualità”. Si presume che ciò accada se gli indicatori del Gruppo 1 superano il valore soglia, ma non viene tuttavia definito se il giudizio di inadeguatezza sia formulato in relazione a tutti gli indicatori o sia sufficiente che almeno uno non soddisfi gli standard richiesti. Ulteriore caso esemplificativo può considerarsi la Domanda 2 dell'algoritmo di impatto che richiede di valutare se «vi sono segnali di sovraccarico dei servizi sanitari». È una domanda rilevante ai fini dell'esito della procedura e per la cui risposta si presume sia necessario osservare l'andamento di due indicatori (3.8 e 3.9). Non si specifica però se i servizi sanitari vadano considerati in sovraccarico nel caso in cui anche uno solo o necessariamente entrambi i due indicatori superino il rispettivo il valore soglia.

Altra caratteristica intrinseca del modello è la mancanza di automatismi nel processo decisionale. Si consideri in merito la Domanda 3 dell'algoritmo per la valutazione della probabilità di infezione da SARS-CoV-2, una domanda la cui risposta ha un peso importante sull'esito finale

del processo di valutazione del rischio (se la risposta è “no”, la probabilità viene classificata come moderata, se è “si”, viene classificata come alta). La Domanda 3 richiede se «vi è evidenza di trasmissione diffusa nella Regione/PPAA non gestibile in modo efficace con misure locali (“zone rosse”))». Tale evidenza sembra non riconducibile direttamente a nessuno degli indicatori definiti nel d.m. e dunque necessariamente richiede una valutazione soggettiva del decisore circa l’effettiva efficacia delle “misure locali”.

Questa mancanza di automatismi implica un’importante componente soggettiva nella valutazione del rischio sanitario, quasi in contrasto con alcuni termini usati nel d.m., come a esempio il termine “algoritmo”, un termine che richiama procedure di calcolo ben definite e che dunque sembra voler richiamare una certa oggettività nell’approccio. Soggettività che può essere considerata allo stesso tempo un punto di forza e un punto di debolezza della procedura. È un punto di forza in quanto conferisce al modello una flessibilità operativa forse necessaria, essendo il fenomeno in analisi assai complesso e per il quale l’insieme delle conoscenze disponibili è in parte limitato e in parte in continua evoluzione. D’altro canto, potrebbe rivelarsi un punto di debolezza in quanto il decisore politico si troverebbe a dover gestire informazioni provenienti da interpretazioni soggettive del rischio in analisi.

In questo quadro, si sottolinea che non è definito a quale livello interviene la valutazione soggettiva del rischio. Poiché il d.m. prevede che la classificazione del rischio venga aggiornata settimanalmente per ogni Regione/P.A., ci si domanda a quale livello l’elemento soggettivo entri nella valutazione. Vale a dire, se questo elemento di soggettività è lasciato in prima battuta alle singole regioni ovvero sia un elemento che, a valle della raccolta dei dati, venga gestito esclusivamente a livello nazionale. Sarebbe forse stato utile sciogliere questa ambiguità, in quanto orientarsi in un fenomeno così complesso non è agevole: gli organismi decisionali si potrebbero trovare costretti dalle evidenze a prendere delle iniziative in tempi brevi e in alcuni casi non del tutto condivise tra tutti i partecipanti.

Per concludere, si desidera mettere l’accento sull’elemento della trasparenza delle informazioni. Per un tema così rilevante per l’intera comunità nazionale e non solo, si auspica massima trasparenza nella messa a disposizione dei dati indicatore per indicatore e del livello di rischio nella sua combinazione di probabilità e impatto. Il Ministero ha reso disponibile praticamente da subito una sintesi delle informazioni a livello regionale (che includono una stima dell’indice Rt,

numero di casi e incidenza)¹², ma non ha mai pubblicato, a quasi sei mesi dalla pubblicazione del d.m., alcuna valutazione del livello di rischio sanitario né con riferimento al sistema paese né ai sottosistemi locali. Considerando che la gestione di siffatta epidemia non può prescindere dal coinvolgimento attivo della cittadinanza, una comunicazione chiara e pubblica del livello di rischio per settimana e per regione/provincia autonoma, o meglio per unità territoriali più piccole, potrebbe avere effetti positivi non trascurabili. Faciliterebbe l'adesione a quelle regole e disposizioni che la gestione del rischio sanitario da Covid-19 chiaramente richiede.

SIMONA BALZANO, MARIO ROSARIO GUARRACINO,
LUISA NATALE, GIOVANNI CAMILLO PORZIO
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

¹²<http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=5093>.

LA RESILIENZA DELLE AZIENDE AGRICOLE DI FRONTE AL COVID-19

1. Introduzione - 2. Resilienza e imprese agricole nei territori rurali - 2.1. Boundary shift -
3. La pandemia Covid-19 e le aziende agricole del Basso Lazio - 4. Risultati - 5. Conclusioni

1. Introduzione

Dinanzi alla crescente globalizzazione dei mercati agroalimentari, le turbolenze sono divenute sempre meno prevedibili e con impatti sempre più intensi soprattutto sulle aziende agricole più vulnerabili. Queste devono affrontare anche le pressanti richieste della società civile legate all'adozione di modelli agricoli sostenibili e orientati a garantire sicurezza alimentare e tutela ambientale. D'altra parte, il progressivo smantellamento di un modello accoppiato di politica agricola e l'affermarsi di un approccio basato sul binomio competitività e sostenibilità ha reso sempre più difficile la sopravvivenza delle aziende agricole meno "attrezzate", in particolare nei territori rurali marginali. Non sorprende dunque il fatto che nei diversi decenni, la fotografia censuaria agricola restituisca un quadro caratterizzato da una forte riduzione del numero delle aziende, a fronte del quale, peraltro, si registra un pur positivo ampliamento della maglia aziendale.

Emerge dunque un problema generale legato alla resilienza di queste aziende, con particolare attenzione per quelle che operano in aree rurali marginali. A tale problema generale (o, se si vuole, di lungo termine) si associa sempre più spesso quello legato alla resilienza di breve termine, che deriva da improvvisi shock non prevedibili, come quello che abbiamo vissuto in Italia con la pandemia da Coronavirus. Il presente lavoro si pone come obiettivo proprio l'analisi della resilienza di aziende agricole in territori rurali marginali dinanzi alla devastante pandemia.

Il lavoro è articolato come segue. Il paragrafo seguente illustra sinteticamente il dibattito sul tema della resilienza nelle aziende agricole operanti in zone rurali, evidenziando il processo di riposizionamento funzionale dell'impresa agricola, il cosiddetto *boundary shift*. Nella seconda parte, dedicata alla verifica empirica, si procederà ad analizzare i processi di adattamento delle aziende agricole in alcuni contesti rurali. Alcune considerazioni e implicazioni di politica economica termineranno il lavoro.

2. Resilienza e imprese agricole nei territori rurali

La parola resilienza, dal latino *resilire* (saltare all'indietro, rimbalzare), indica la solidità dell'impresa e la sua capacità di adattamento dinanzi a difficoltà improvvise, come quella qui esaminata della pandemia. Da un punto di vista teorico, l'analisi della resilienza trova nel lavoro seminale di Holling (1973) il punto di riferimento per la cosiddetta svolta della "complessità" (Zebrowski, 2013). Tale complessità deriva dal fatto che gli approcci all'analisi della resilienza, oltre ad enfatizzare le dimensioni strutturali, sottolineano anche l'importanza della *farmer's agency* o la sua capacità di relazionarsi con il contesto sociale di riferimento. Pertanto, come evidenziato nel ciclo adattivo della resilienza (Gunderson et al., 2002; Walker, 2004) i processi di adattamento non avvengono in modo lineare, ma si articolano a seconda delle capacità aziendali di reagire agli shock, di adattarsi e di trasformarsi (Darnhofer, 2014). In quest'ambito, e non solo, la rilevanza dei beni relazionali è ampiamente riconosciuta. Già Michael Storper ne aveva evidenziato l'impatto sulle economie locali (Storper, 1997). Di conseguenza, la prospettiva relazionale qui adottata fornisce basi di conoscenza per comprendere la resilienza delle imprese agricole nei territori rurali (Darnhofer et al., 2016).

Questa prospettiva offre interessanti spunti per apprezzare come la resilienza, oltre ai meccanismi di *bouncing back* (saltare all'indietro), possa generare anche processi di cambiamento e trasformazione (*bouncing forward*), che nascono dalla capacità imprenditoriale di sfruttare eventuali opportunità (Darnhofer, 2010; McElwee e Bosworth, 2010). Di conseguenza, uno shock esogeno può generare processi di adattamento e riposizionamento dell'azienda agraria, meglio noti come *boundary shift* (Banks, Long, van der Ploeg, 2002), ovvero cambiamento dei confini funzionali dell'azienda agraria. Tuttavia, a differenza del modello "tradizionale" di *boundary shift*, in caso di analisi della resilienza, oltre ai meccanismi di dilatazione dell'attività aziendali (ampliamento e approfondimento), è del tutto possibile che si verifichino dinamiche inverse, legate alla disattivazione di tali funzioni e al ritorno al "core business" tradizionale. Diversi studi hanno infatti evidenziato come la carenza di competenze imprenditoriali possa indurre l'agricoltore a ridimensionare strategie di adattamento orientate alla diversificazione aziendale in attività sia agricole che non agricole (tra gli altri, McElwee et al., 2006; Bosworth, McElwee, 2014). Lo studio effettuato in questo lavoro fornisce un ulteriore supporto empirico a questa teoria, evidenziando le diverse strategie di resilienza rispetto allo shock derivante dall'emergenza Covid-19.

2.1. Boundary shift

L'analisi delle strategie di sopravvivenza delle aziende agricole in zone rurali marginali ha sempre più enfatizzato l'importanza delle strategie di diversificazione (Meert et al., 2005). Molto spesso, tali modelli strategici sono fortemente radicati nei territori rurali e costituiscono una risposta strategica ad un modello dominante fondato sulla disconnessione tra produzione e consumo. Questo ha di fatto sradicato le imprese dai contesti territoriali di riferimento generando in alcune zone rurali marginali elementi di insostenibilità delle attività agricole, accentuati da ulteriori vincoli, di natura strutturale e spesso anche finanziaria. Unitamente ai fattori su menzionati ciò determina quello che è stato definito il *price-costs squeeze* (van der Ploeg, Marsden, 2008).

La risposta al *price-costs squeeze* è appunto il *boundary shift*, ovvero la fuoriuscita dai confini tradizionali dell'azienda agraria verso nuovi modelli di agricoltura multifunzionale, esito di ciò che può essere definita una "transizione di regime sociotecnico". Con questa felice espressione Geels e Schot (2010) individuano quelle traiettorie di innovazione che coinvolgono sia aspetti tecnico-economici che di carattere sociale, basti pensare alla prospettiva della riconnessione nei modelli di produzione-consumo (Papadopoulos, 2010).

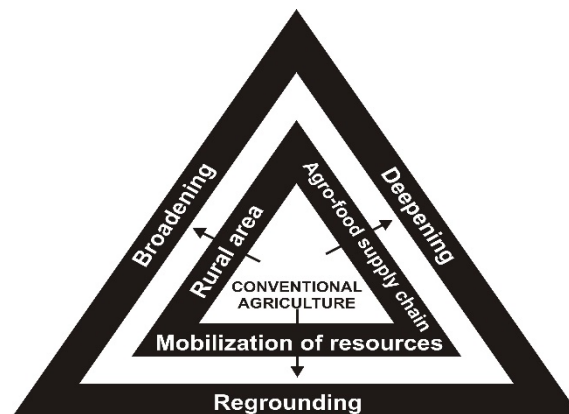
Si aprono dunque nuove opportunità che, se opportunamente sfruttate, consentono di rivitalizzare le aziende agricole multifunzionali, nell'ambito di traiettorie di filiera o territoriali. Il processo in questione può dunque includere i seguenti passaggi, descritti nella figura 1:

- l'approfondimento o valorizzazione (*deepening*), che implica una dilatazione dell'attività agricola verso produzioni che consentono di trattenere in azienda quote di valore aggiunto (ad esempio agricoltura biologica, produzioni tipiche o tradizionali, trasformazione aziendale di prodotti agricoli, nuovi circuiti di vendita diretta come i *farmer's markets*, ecc.).

- Il secondo sentiero di sviluppo è caratterizzato da un ampliamento delle attività (*broadening*), ovvero da processi di diversificazione che, riconfigurando le risorse rurali permette di offrire un paniere di offerta di beni e servizi di tutela e conservazione del territorio, nonché nuove attività aziendali (fattorie didattiche, aziende sociali, agriturismo, etc.).

- Il terzo processo si inserisce nelle dinamiche impresa-territorio (*regrounding*), generando nuove forme di distanziamento dal mercato e incorporamento (ad esempio produzione interna di input precedentemente acquisiti dal mercato), oppure in integrazione dei redditi aziendali con altri redditi derivanti da attività extragricole.

Fig. 1 - Il riposizionamento funzionale dell'impresa agricola



Fonte: Banks, Long, van der Ploeg, 2002

Come accennato, il nuovo modello agricolo europeo, nell'auspicare «agronomically sound and sustainable agricultural systems as vital to guaranteeing competitiveness on local, regional and international markets» (van der Ploeg, 2010), sembrerebbe indicare nell'agricoltura multifunzionale la strategia in grado dispiegare pienamente le proprie potenzialità, generando processi di riposizionamento funzionale che si orientano verso strategie di differenziazione e diversificazione. Ma è davvero così? È proprio questa la strada giusta per garantirsi resilienza e capacità adattive adeguate?

Nel prosieguo del lavoro cercheremo di analizzare l'impatto e la capacità di resilienza che modelli così concepiti hanno avuto dinanzi ad una imprevedibile pandemia che ha colpito tutte le attività economiche.

3. La pandemia Covid-19 e le aziende agricole del Basso Lazio

In questa sezione sono riportati i risultati di quattro interviste con imprese agroalimentari della provincia di Frosinone (e Latina). Il tema dell'indagine si concentra sulla reazione ad un profondo shock esogeno (quale la pandemia Covid-19) e sulla capacità degli imprenditori di disegnare strategie di lungo periodo in risposta alla crisi.

Le aziende sono state scelte in modo da fornire un quadro della variegata realtà dell'agricoltura multifunzionale del Basso Lazio. L'azienda agricola *San Maurizio* e l'azienda agricola *Minicilli* sono due realtà coltivatrici accumulate da un percorso di *deepening* che le ha por-

tate nel tempo ad orientarsi verso produzioni ad alto valore aggiunto e a sviluppare un contatto diretto con i consumatori. Nonostante le similarità nel percorso di sviluppo, le due aziende si sono differenziate nettamente nelle strategie poste in atto per fronteggiare le conseguenze della pandemia.

L'azienda *La Fornarina* dopo anni di attività nella panificazione, ha esteso la sua attività al settore della ristorazione. La sua esperienza riassume alcune delle principali criticità che le aziende di trasformazione e servizio hanno affrontato nel corso del *lockdown*. La riduzione del consumo alimentare fuori casa e il contemporaneo aumento del tempo a disposizione dei consumatori per preparare gli alimenti hanno determinato una imprevista contrazione delle attività aziendali, con gravi risvolti finanziari.

Infine, l'azienda *Le Case Marcioglie*, che opera nel settore dell'agriturismo e dei servizi, è un esempio di come le strategie di *regrounding* abbiano sofferto particolarmente delle limitazioni imposte dal *lockdown* e dalla normativa sulla fase due. L'intervista evidenzia lo sforzo di adattare le attività tradizionali ad un nuovo e difficile contesto. Di seguito si riporta una breve sintesi delle interviste, mentre la discussione e il confronto fra le quattro esperienze sarà trattata nella sezione 4.

Azienda agricola San Maurizio

«Una serie di progetti saranno figli di questo momento: può essere un modo innovativo di vedere le cose»

L'azienda agricola San Maurizio è una attività a conduzione familiare con sede nel comune di Picinisco (FR) nella località Settefrati dove da 37 anni esercita il pascolo e l'allevamento di ovini, caprini e bovini nelle Valli di Comino. L'azienda realizza prodotti caseari biologici quali ricotta, latte, marzolina e pecorino di Picinisco DOP. Si tratta dunque un esempio di azienda agricola multifunzionale che trae linfa dal radicamento territoriale della produzione, secondo un percorso di *deepening* secondo la classificazione di van der Ploeg (2002). Le sue produzioni raggiungono diversi canali commerciali: reparti gastronomia dei supermercati, botteghe, enoteche e imprese di ristorazione, attraverso i quali l'azienda riusciva, prima della pandemia, a percepire ricavi medi pari a circa 200.000€ all'anno.

L'azienda nel periodo Febbraio-Marzo 2020 ha subito un drastico calo delle vendite pari a circa il 75% del fatturato. Tale riduzione deriva dal venir meno degli ordini di clienti quali i ristoranti e le enoteche, che prima della pandemia sceglievano i prodotti dell'azienda San Maurizio.

Con la chiusura forzata dei settori di ristorazione imposta dalle misure di contenimento del contagio questo canale commerciale si è completamente interrotto. Anche la fornitura ai supermercati ha subito un rallentamento, seppur meno marcato, poiché i cambiamenti nel comportamento di acquisto dei consumatori hanno determinato perdite anche in questo canale. L'insorgere di una preferenza per i beni a lunga conservazione, dovuta alla necessità di ridurre quanto più possibile il numero di occasioni di acquisto (e di contagio), ha generato una contrazione nelle vendite dei prodotti freschi, come la ricotta. Inoltre, si è verificato anche un calo nelle vendite di pecorino e marzolina poiché i consumatori, soprattutto in periodo di difficoltà economiche, hanno preferito razionalizzare la spesa focalizzandola su beni di prima necessità.

A fronte dei notevoli problemi commerciali, la gestione delle attività aziendali durante il *lockdown* è stata relativamente agevole. Ciò a causa di vari fattori quali le parziali esenzioni dalle restrizioni alle attività economiche di cui ha beneficiato il settore agricolo, il ridotto numero di dipendenti e l'efficacia delle misure di riorganizzazione della produzione. L'azienda è riuscita a garantire l'operatività delle attività di allevamento del bestiame senza alcun problema per il reperimento di mangimi o di altri input. La rimodulazione degli orari di lavoro, con l'adozione dell'orario continuato, ha consentito di scaglionare la clientela nei punti vendita, evitando assembramenti.

La contrazione nelle vendite ha generato tensioni finanziarie. Nel breve periodo, gli incassi nei mesi di novembre, dicembre e gennaio hanno garantito un flusso finanziario sufficiente a garantire la copertura delle uscite. Ciononostante, il forte calo del fatturato nei mesi di marzo e aprile ha esposto l'azienda sul piano finanziario, a causa del persistere dei costi fissi (spese di assicurazione per i macchinari in uso e soprattutto spese per l'energia elettrica), il cui carico è aumentato per via delle abbondanti scorte nelle celle frigorifero.

Per fronteggiare la tensione finanziaria, l'impresa ha intrapreso due azioni strategiche. Da un lato, ha cercato di sfruttare il sostegno pubblico. Da questo punto di vista, sono stati particolarmente apprezzati sia la possibilità di ricorso alla Cassa Integrazione per i dipendenti, per la quale è stato richiesto il bonus di 600€ messo a disposizione dall'INPS, sia la sospensione dei mutui e prestiti accesi nei mesi precedenti. La seconda direttrice riguarda la ricerca di nuovi modelli di business, incentrati sia su azioni di tipo individuale che collettivo.

Per quanto riguarda la prospettiva individuale, emergono due azioni principali di *deepening*, la prima finalizzata a diversificare i canali di vendita, la seconda ad accrescere il valore ag-

giunto trattenuto in azienda attraverso l'integrazione di fasi di trasformazione della materia prima. In merito ai canali di vendita, l'azienda San Maurizio ha individuato, come canale di vendita alternativo, le consegne a domicilio previo ordini online attraverso piattaforme social come Facebook e Whatsapp o previo ordine telefonico. Tuttavia, anche questa opzione strategica si è rivelata difficile da implementare: con la chiusura di fornitori di prodotti per imballaggio e con la riduzione delle consegne commerciali, l'azienda ha trovato difficoltà nel reperimento dei materiali per creare confezioni per ogni singolo ordine. Ciò ha determinato un ulteriore incremento dei costi in cambio di una più veloce fornitura dei materiali richiesti. Nonostante le difficoltà, in questo modo l'azienda è riuscita a portare avanti il servizio offerto per mantenere ancora salda la fedeltà e la fiducia dei suoi clienti. Al fine poi di accrescere il valore aggiunto aziendale, l'azienda ha deciso di incrementare la produzione con la fornitura del latte di vacca imbottigliato, che in precedenza non forniva. Tale innovazione è scelta di lungo periodo che ha comportato investimenti di notevole entità rispetto alla dimensione aziendale. Al momento dell'intervista, le modalità di reperimento delle risorse finanziarie per coprire i costi del macchinario per l'imbottigliamento erano in corso di valutazione. La valutazione considerava da un lato la possibilità di accedere ad un finanziamento di 25.000€ disposto dall'ISMEA a favore di aziende agricole con un fatturato minimo di 10.000€, dall'altro il ricorso a capitale di credito. L'investimento è finalizzato non soltanto a vendere latte alimentare, ma anche trasformarlo in yogurt. Queste azioni si configurano come una prosecuzione del *deepening* già intrapreso dall'azienda.

Sempre nella prospettiva individuale, l'impresa intende avviare una strategia di diversificazione in attività non agricole, secondo una logica di *broadening*. A tale proposito, è di particolare interesse il progetto di attivazione di una area pic-nic (che già tempo doveva essere creata) in linea con le nuove esigenze di distanziamento e di svago in sicurezza, accompagnate dalla degustazione di prodotti freschi e biologici. In aggiunta saranno disponibili delle biciclette a pedalata assistita per fornire ulteriore servizi alla clientela.

Le azioni di tipo collettivo, per loro stessa natura, richiedono un tempo di elaborazione più lungo. Pertanto, al momento dell'intervista, molte di queste si trovavano allo stato embrionale. In linea generale, l'esperienza Covid-19 ha permesso di rafforzare le reti locali esistenti avviando strategie cooperative. Ad esempio, l'azienda, in collaborazione con altri imprenditori di aree rurali della provincia, ha inteso avviare un progetto locale "Mai Così Uniti" volto a sviluppare sinergie nella vendita diretta.

Dall'intervista è emerso come l'emergenza Covid-19 abbia avviato un processo di riposizionamento aziendale. Da questo punto di vista l'imprenditrice ha sottolineato come il *lockdown* sia stato anche un percorso anche di crescita cognitiva per l'approfondimento di tematiche, che in uno scenario frenetico di quotidianità rallentava a definirsi.

Panificio La Fornarina

«Aspettiamo un momento più stabile per portare avanti il nostro progetto imprenditoriale»

Il panificio La Fornarina, con sede a Cassino (FR), si distingue per la particolare attenzione data alle tradizioni della panificazione, attività che rischia di perdersi con l'avvento delle nuove tecnologie. L'azienda nasce nel 1961 con un piccolo forno a legna e diventa poi una delle eccellenti aziende di panificazione del territorio del frusinate grazie anche alla valorizzazione di lavorazioni biologiche. La sua offerta comprende il pane e i suoi derivati, pizze, dolci, panettoni artigianali e altri prodotti da forno, ai quali si affianca la fornitura di mozzarella, latte e bevande. I prodotti del panificio sono destinati sia alla vendita diretta in punti vendita di proprietà, sia a canali di distribuzione indiretta quali supermercati o minimarket locali. Nel tempo l'attività aziendale si è trasformata e la componente di servizio (legata per esempio alla ristorazione veloce) ha assunto progressivamente una maggiore importanza.

L'imprenditore ha vissuto il *lockdown* come un periodo di forte emergenza finanziaria e organizzativa. La contrazione delle vendite che l'azienda ha subito (di circa il 50%) è dipesa da due fattori principali: la perdita dei clienti di vicinanza e la chiusura anticipata dei punti vendita.

Infatti, prima dell'emergenza sanitaria, gran parte delle vendite dipendevano dagli studenti e dai lavoratori delle scuole o degli uffici limitrofi nelle pause pranzo, ma nel momento in cui è stata sospesa la loro attività, la fascia oraria del pranzo è risultata poco fruttuosa, al punto tale che l'azienda ha deciso di chiudere il punto vendita in quelle ore. In secondo luogo, l'obbligo di chiusura alle ore 18, imposto dalla normativa sul *lockdown*, ha di fatto impedito di proseguire il servizio legato alle cene da asporto con un conseguente calo delle vendite di prodotti come pizza e dolci. Il servizio di gastronomia – importante fonte di entrate prima dell'emergenza – è stato completamente sospeso durante le fasi di *lockdown*.

Anche la tradizionale attività di panificazione ha subito un rallentamento durante l'emergenza. Tuttavia, tale contrazione è stata parzialmente compensata dall'aumento delle vendi-

te di lievito di birra, pasta per la pizza e mozzarella, materie prime utili per le preparazioni domestiche.

Il Panificio ha tentato strategie di *deepening* per fronteggiare l'emergenza, individuando come canale di vendita alternativo la consegna a domicilio. Tuttavia, i clienti hanno mostrato una netta preferenza per l'acquisto diretto e la consegna a domicilio ha contribuito solo marginalmente alle vendite. La diversificazione del canale commerciale si è rivelata poco adatta al target di clienti tipici di un panificio, legati agli attributi *experience*, alle fragranze, all'esperienza di acquisto e alla scelta in prima persona tra diverse tipologie di uno stesso prodotto. Di conseguenza questo canale di vendita è stato disattivato alla fine dell'emergenza Covid-19.

Nonostante la contrazione delle vendite, l'attività economica ha comunque consentito la copertura delle spese dirette. Tuttavia, durante l'emergenza il panificio ha dovuto sopportare costi aggiuntivi per gli oneri per l'acquisto di materiale di igiene e sicurezza (quali guanti monouso, gel detergenti, pannelli in plexiglass...) che aggraveranno il bilancio aziendale anche nel prossimo futuro. A ciò si è aggiunto il saldo immediato degli input richiesto dagli stessi fornitori. Durante il *lockdown*, infatti, gli scarichi di farina dovevano essere saldati al momento della consegna, mentre precedentemente le fatture erano pagate a 30 o 60 giorni dalla fornitura. Per sostenere la tensione finanziaria, il Panificio ha intrapreso la strategia di ricerca del sostegno pubblico ricorrendo alla Cassa Integrazione per i suoi dipendenti e usufruendo del Prestito a Garanzia dello Stato concesso a quelle aziende che durante il *lockdown* hanno subito una forte perdita del fatturato.

L'incertezza economica e sanitaria (dovuta anche ai numerosi contagi rilevati nell'area) ha indotto l'azienda a rinviare un progetto nato nei mesi precedenti l'emergenza: l'apertura di un nuovo punto vendita in una zona diversa della città di Cassino: lo rinviemo ad un momento più stabile» dichiara l'intervistata. Oggi, infatti, il Panificio ha come principale obiettivo quello di ritornare al *core business* tradizionale.

In estrema sintesi, l'azienda *La Fornarina* ha affrontato l'emergenza Covid-19 con un approccio prudentiale, non indirizzato ad un ampliamento delle attività o ad altri investimenti, ma indirizzato alla tutela dell'azienda nell'attesa di un periodo stabile e favorevole al concretizzarsi di idee e progetti. La strategia si rispecchia nella tipica azione di *bouncing back*, che si traduce in un accantonamento delle attività innovative per fare un "salto all'indietro" e tornare all'assetto originario.

Azienda Agricola Minicilli

«Si è bloccato tutto: siamo incerti sul quando possa concretizzarsi il nuovo progetto»

L'*Azienda Agricola Minicilli* nasce nel 2011 a Casalvieri (FR) come attività a conduzione familiare, orientandosi alla coltivazione tradizionale in particolare di ortaggi stagionali e piccoli frutti. L'azione strategica dell'azienda è legata alla transizione verso il regime biologico, attraverso un processo di *deepening*. L'azienda *Minicilli* persegue un'elevata valorizzazione della produzione attraverso una agricoltura biologica, cui si associa la trasformazione dei prodotti, con l'obiettivo di trattenere quote di valore aggiunto all'interno dell'azienda.

La coltivazione si organizza in rotazioni invernali ed estive finalizzate a mantenere alta la qualità e l'eccellenza del prodotto di stagione. Se le vendite non hanno esaurito tutte le scorte, o se ci sono state particolari richieste, i prodotti rimanenti vengono trasformati in ulteriori beni, come vasetti di sottoli e sottaceti, salse, sughi, pesti e confetture. A questi si aggiungono anche la coltivazione di legumi che vengono in parte trasformati in farina.

La sua vasta offerta di beni segue una filiera corta indirizzata alla vendita diretta in azienda e alla riduzione del numero degli intermediari tra produttori e consumatori. La rete commerciale è integrata da contratti di vendita indiretta con qualche piccolo negozio locale per la fornitura di soli prodotti conservati.

Durante l'emergenza l'azienda ha continuato ad attuare strategie di *deepening* (strategie di filiera per la valorizzazione dei prodotti agricoli) seppur nei limiti imposti dalle circostanze. Infatti, il *lockdown* ha inciso in maniera marcata sull'aspetto organizzativo. I mesi di chiusura coincidevano con la rotazione della coltivazione da invernale ad estiva, quindi quei mesi erano fondamentali per la produzione futura. Con la chiusura dei vivai che fornivano gli input biologici, si è verificato un ritardo nella consegna e di conseguenza un ritardo della coltivazione. Questo disagio ha comportato una ridotta produzione degli ortaggi estivi (con conseguente riduzione dei ricavi futuri) e in una sovrabbondanza di ortaggi invernali, che sono rimasti invenduti. Tuttavia, la tradizionale attività di trasformazione ha permesso di valorizzare le rimanenze, riducendo le perdite. Nonostante ciò, l'imprenditrice ha dichiarato che la contrazione delle vendite in media è stata pari al 70%, ancorché distribuita in modo disomogeneo fra le varie produzioni. Il calo maggiore si è riscontrato sugli ortaggi freschi, mentre la vendita di farine ha subito una contrazione modesta.

Nonostante i vari problemi, la gestione del lavoro e della distribuzione del prodotto è stata relativamente agevole. Attraverso la rotazione dei turni di lavoro tra i dipendenti, hanno conti-

nuato a svolgere la regolare attività di raccolta e di coltivazione degli ortaggi. Inoltre, è stata attivata una modalità di consegna a domicilio.

L'attività di *delivery* rappresenta la novità introdotta, che arricchisce le strategie di *deepening* già attive. L'ambito geografico di consegna è limitato al territorio della Valle di Comino e del Sorano, limitatamente ai clienti abituali. Questa strategia, tuttavia si è rivelata dispendiosa sia dal punto di vista temporale che economico, e poco richiesta dai consumatori tanto da volerla sospendere non appena l'emergenza sanitaria finirà. La particolarità del periodo di *lockdown* ha precluso l'apertura di una Macelleria Agricola che doveva nascere all'interno dell'azienda stessa. L'azione di *broadening*, in questo caso, non è andata a buon fine costringendo l'azienda ad un nuovo rinvio.

Nonostante la contrazione delle vendite, l'azienda non ha evidenziato particolari disagi finanziari. È stato fatto ricorso alla cassa integrazione guadagni per 1 dipendente su 3, ma non sono risultati necessari ulteriori sussidi. Le principali spese riguardavano soprattutto carburanti dei macchinari in funzione e dei furgoni per il trasporto finalizzato alle consegne a domicilio.

Possiamo concludere che l'azienda ha fronteggiato con un approccio prudentiale (cosiddetto di *cautious entrepreneurship*) le problematiche legate alla pandemia. Poco si è adoperata per la crescita della dimensione aziendale, sia dal punto di vista strategico-economico che cognitivo. Il periodo di *lockdown* è risultato essere un periodo di stasi in cui i progetti futuri (quali ad esempio una macelleria aziendale) sono stati sospesi in attesa di un nuovo ripristino. Anche in questo caso siamo di fronte ad un approccio *bouncing back*, legato alla tutela dell'azienda nei confronti dell'incertezza futura.

Agriturismo le Case Marcioglie

«Non stiamo pensando all'imminente perché sappiamo che è molto limitato, ma vogliamo essere pronti a ripartire con il turismo lento ed esperienziale, come facciamo da ben 20 anni»

Le Case Marcioglie è una azienda storica tramandata di generazione in generazione dal 1600. È situata nel territorio di San Donato Valcomino (FR) e dal 2008 diversifica l'attività agricola attraverso la pratica dell'agriturismo. La superficie aziendale è di 10 ettari divisa in coltivazione di ortaggi, uliveti e pascolo del bestiame (bovini, suini, ovini).

Nasce come azienda agricola rivolta alla coltivazione di ortaggi stagionali e di alberi da frutto nel rispetto del loro ciclo naturale. Si servono del concime organico proveniente dal loro stesso

bestiame e lasciano che la natura faccia il suo percorso. La sua produzione segue una filiera corta dedicata alla vendita diretta in azienda. Gran parte della loro coltivazione però viene riservata alle cucine dell'agriturismo per la trasformazione di queste in pietanze e dolci tipici della tradizione locale. L'attività di agriturismo si svolge nelle stanze dell'antico Casolare e promuove attività di gruppo come pranzi all'aperto, esperienze formative finalizzate a creare rapporti sociali tra gli stessi clienti con l'obiettivo è far conoscere le bellezze locali, culinarie e territoriali.

L'azienda ha attivato un ampio processo di *boundary shift* proponendo un ciclo virtuoso che collega l'agricoltura con artigianato, momenti culinari, artistici e culturali. Oltre al *deepening*, legato alla filiera corta, diventa centrale, quindi, la strategia di *broadening* volta a riconfigurare le risorse naturali e offrire un paniere di beni e servizi di tutela e conservazione del territorio. Un aspetto centrale, anche in termini di fatturato, infatti è l'attività di Fattoria didattica che, abbinata a percorsi esperienziali ed escursionistici, rende l'azienda un polo di attrazione per il turismo locale.

L'azienda *Le Case Marcioglie* ha costruito la sua strategia imprenditoriale sul rapporto diretto con il consumatore e sulla sua fidelizzazione. Di conseguenza, il periodo di *lockdown* è stato particolarmente difficile per l'azienda, poiché ha vanificato questo vantaggio competitivo. Il calo complessivo dei ricavi aziendali durante l'emergenza ha superato il 90%, con una paralisi quasi totale delle attività. In aggiunta, il periodo di siccità ha aggravato ulteriormente l'attività di coltivazione causando la perdita di diversi prodotti compresi frutti come pere, mele e gelsi.

Per sopperire tale perdita, l'azienda ha deciso evitare soluzioni provvisorie e costose che avrebbero fruttato pochi guadagni. L'imprenditrice ha ritenuto poco funzionale l'apertura di un canale di vendita come le consegne a domicilio poiché le famiglie dei paesi circostanti si adoperano già privatamente per la coltivazione di campi e per l'allevamento di piccoli animali. Per cui sarebbe stato quasi inutile far partire una consegna sul territorio. Di conseguenza, il raccolto dell'azienda nei mesi primaverili è rimasto invenduto e in gran parte è andato perso.

Anche l'attività di fattoria didattica si è completamente interrotta. L'imprenditrice ha deciso di non avviare incontri telematici per portare avanti le attività didattiche a causa dei disagi riscontrati dalle scuole nell'erogazione della didattica a distanza. L'attività a distanza si è limitata a un video di saluti, volto a mantenere per quanto possibile un rapporto diretto con i clienti abituali.

L'impossibilità a proseguire le attività caratteristiche ha portato l'azienda a valutare le opportunità di strategie di *regrounding*. Più precisamente l'imprenditrice stessa si è messa a disposizione per il monitoraggio della cosiddetta "Via dei Lupi" che si snoda tra Tivoli e Civitella Alfe-

dena per quasi 200km. Si tratta di un percorso che nasce nel tempo come risultato di piccoli e grossi aggiustamenti verificati sul campo; il trekking permette di esplorare ben tre aree protette che tutelano il Pre-Appennino e Appennino del versante orografico destro della Val d'Aniene. Il monitoraggio avviene in collaborazione con l'Ente Parco Nazionale e consiste nella sistemazione, pulitura e controllo del sentiero. L'imprenditrice, mossa da un particolare interesse personale per la conservazione del territorio, ha ritenuto che questa strategia potesse essere anche uno spunto per dare visibilità e promozione all'azienda di cui è a capo.

Per affrontare la tensione finanziaria, l'azienda ha cercato aiuto nel sostegno pubblico. In particolare ha accolto la possibilità di ricevere il bonus di 600€ messo a disposizione dall'INPS e ha fatto richiesta per il Bando Regione Lazio riservato agli agriturismi che nel 2019 avevano avuto 100 arrivi, ma senza aver avuto risposta di accettazione al momento dell'intervista.

La ripresa delle attività produttive è stata particolarmente difficile a causa delle normative di distanziamento sociale imposte ai servizi di ristorazione e ospitalità. Da un lato, i limiti imposti al numero di coperti al ristorante riducono il volume di affari, dall'altro la domanda di servizi da parte della clientela è cambiata. In particolare, è particolarmente sentita l'esigenza di poter alloggiare in appartamenti autonomi (di cui l'agriturismo non è dotato) in ragione di evitare la condivisione di spazi e prodotti con altre persone. Attualmente i clienti preferiscono svolgere le attività quotidiane in autonomia, nella propria cucina, nel proprio giardino per evitare l'incontro con altre persone di altre zone. Queste richieste impongono un radicale ripensamento dell'organizzazione dell'attività agrituristica de *Le Case Marcioglie*, precedentemente basata sulla socializzazione e sulla condivisione di spazi e momenti conviviali.

Anche le attività legate alla fattoria didattica e ai campi estivi stentano a riprendersi. Sono state sospese tutte le attività in programma fino alla fine dell'emergenza Covid-19. L'azienda stima costi troppo elevati per riprendere questo tipo di attività con le limitazioni richieste. Lavorando soprattutto con fasce di bambini più piccoli, le responsabilità che nascerebbero sarebbero molte e tutti gli accorgimenti conseguenti sarebbero troppo costosi da concretizzare.

Per fronteggiare le perdite subite, l'azienda ha predisposto alcune strategie di breve e lungo termine. La principale strategia di lungo periodo è finalizzata alla creazione di un nuovo canale commerciale in collaborazione con altre aziende del territorio (*deepening*). Il progetto mira alla condivisione di mezzi di trasporto per effettuare consegne in ambito regionale. A tale scopo sono state sviluppate relazioni con Gruppi di Acquisto regionali (associazioni che concentrano e orga-

nizzano gli ordini di un numero elevato di consumatori) al fine di ridurre i costi di transazione e migliorare l'efficienza logistica. L'azienda ha già ricevuto richieste da un gruppo di acquisto composto da 300 famiglie nella zona di Roma, con buone prospettive di mantenere questo canale commerciale anche dopo l'emergenza sanitaria.

Le strategie di breve periodo riguardano un nuovo modo di fare fattoria didattica e il rapporto con gli enti locali. Sul primo fronte, l'obiettivo è organizzare dei progetti condivisi nelle scuole locali, per promuovere la conoscenza del territorio in termini di costumi, tradizioni, usanze direttamente in aula per evitare assembramenti in azienda. La seconda strategia sfrutta le opportunità offerte dalle misure emergenziali dei comuni del territorio, che stanno mettendo a disposizione le proprie piazze per attività di gruppo con le dovute precauzioni e offrendo un rimborso spese per chi se ne fa promotore. L'azienda *Le Case Marcioglie* ha colto l'opportunità per mantenere rapporti con i consumatori locali e per diffondere la conoscenza di un territorio così ricco di risorse.

L'emergenza Covid-19 ha determinato anche il rinvio a data da destinarsi di alcuni progetti di sviluppo. In particolare, l'imprenditore non ha ritenuto opportuno procedere con il preventivo acquisto di un ulteriore spazio da utilizzare come laboratorio didattico; le incertezze economico-finanziarie da un lato e quelle legate all'evoluzione della pandemia dall'altra sconsigliano l'investimento.

L'azienda ha reagito all'emergenza in modo riflessivo e razionale. Ha preferito evitare ulteriori costi legati a soluzioni istantanee provvisorie che avrebbero fruttato pochi guadagni e poco interesse da parte dei clienti stessi. Al contempo ha sfruttato il periodo di *lockdown* per delineare strategie future finalizzate a riorganizzare e valorizzare le attività già in essere prima della pandemia: Agriturismo e Fattoria didattica.

È opportuno distinguere due approcci diversi per le singole attività aziendali. Per l'attività di produzione agricola l'approccio adottato risulta essere di *bouncing forward* con l'ampliamento dei canali commerciali in una possibile ottica di lungo termine. Per l'attività agrituristica e di fattoria didattica emerge un approccio *bouncing back*, improntato alla prudenza e al contenimento dei costi attraverso una sospensione delle attività, accompagnate da iniziative volte a preservare il capitale di relazioni con i fruitori in vista di una futura ripresa.

In conclusione, il modello imprenditoriale sembra considerare l'emergenza sanitaria come una "fase di passaggio" da affrontare con rigore e prudenza: è necessario riflettere sull'andamento

passato e futuro dell'azienda per ragionare e ricercare strategie alternative di crescita. La riflessione strategica è incentrata sulla prosecuzione delle attività tradizionali in un contesto mutato.

4. Risultati

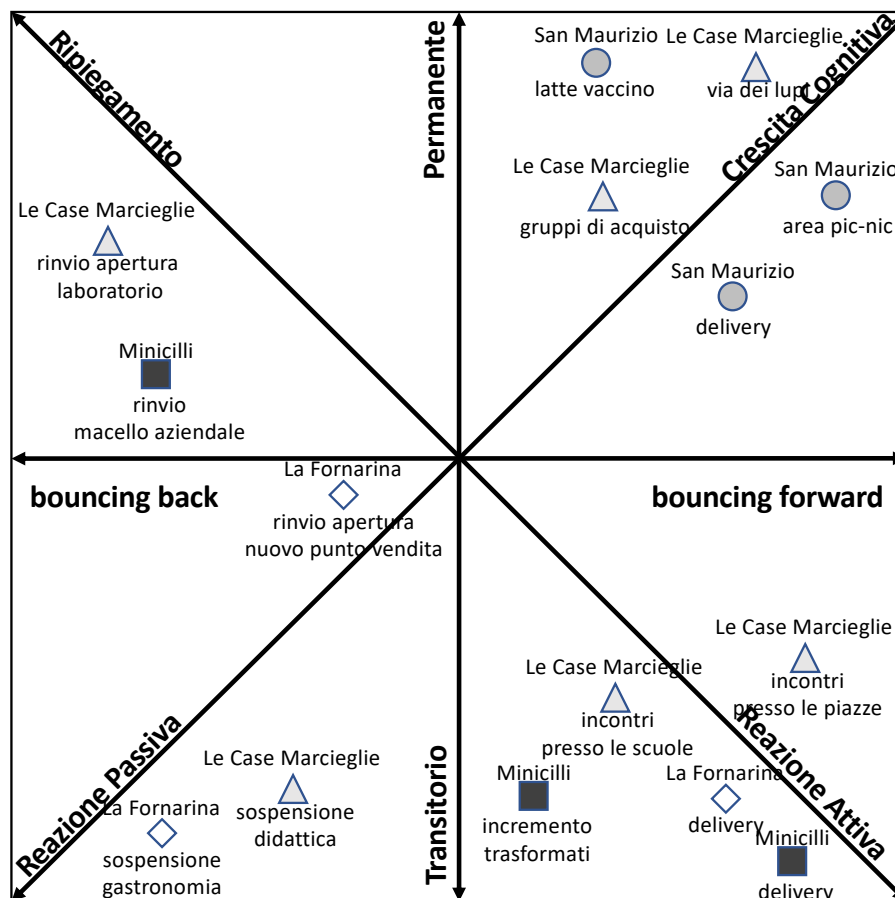
Dallo studio emerge una marcata diversità degli approcci nella gestione della crisi. Se, infatti, alcune imprese hanno saputo cogliere l'opportunità di avviare percorsi innovativi (*bouncing forward*), altre hanno preferito ritrarsi e focalizzarsi sulle attività tradizionali, rimandando gli investimenti a periodi caratterizzati da minore incertezza (*bouncing back*).

La figura 2 riassume gli approcci strategici adottati dalle quattro aziende per fronteggiare l'emergenza Covid-19, collocando le principali iniziative in uno spazio ideale definito da due coppie di principi contraddittori: la dicotomia *bouncing back/bouncing forward* sull'asse delle ascisse e la dicotomia *azione transitoria/ azione permanente* sulle ordinate. In questo schema, le iniziative imprenditoriali sono classificate sulla base della loro capacità di contribuire in modo permanente al *boundary shift* aziendale¹.

Il diagramma definisce quattro quadranti sulla base della combinazione delle due contraddizioni. Un *bouncing forward* permanente (primo quadrante) può essere associata ad una crescita cognitiva innescata dalla situazione di crisi. La nuova consapevolezza assunta dall'imprenditore si traduce in un ampliamento stabile dei confini dell'attività aziendale. L'azienda agricola *San Maurizio* ha fornito numerosi esempi a riguardo quali il programma di consegne a domicilio "Mai Così uniti", l'investimento nel confezionamento e nella trasformazione di latte vaccino e nella predisposizione di modalità di fruizione dell'azienda compatibili con il distanziamento sociale. L'agriturismo *Le Case Marceglie* ha avviato contatti con gruppi di acquisto di Roma che sembrano destinati a durare nel tempo. Queste esperienze mostrano come la pandemia sia stata l'occasione per un ripensamento delle funzioni aziendali, con innovazioni destinate a perdurare.

¹ Il posizionamento delle singole attività nel diagramma è basato su una valutazione soggettiva degli autori e assume valenza esclusivamente illustrativa, senza pretesa di una misurazione puntuale del fenomeno.

Fig. 2 – Approcci strategici delle aziende agricole di fronte all'emergenza Covid-19



Il secondo quadrante del diagramma è definito da un *bouncing forward* temporaneo, finalizzato esclusivamente a fronteggiare le esigenze immediate sorte nel periodo di *lockdown*. Terminata l'emergenza, l'azienda prevede di ritornare allo *status quo ante*. L'iniziativa innovativa, di carattere attivo e propositivo, si configura come una reazione ad un problema immediato senza prospettive di lungo periodo. La maggior parte delle azioni descritte nelle interviste ricadono in questo quadrante. I servizi di consegna a domicilio delle aziende *La Fornarina* e *Minicilli* sono esempi di ampliamento delle attività aziendali finalizzati esclusivamente a compensare la diminuzione del giro d'affari della vendita diretta. Entrambe le imprese prevedono di dismettere il servizio alla ripresa, seppur per motivi diversi (scarsa domanda per *La Fornarina*, elevati costi per *Minicilli*). Gli incontri nelle scuole e nelle piazze dell'agriturismo *Le Case Marcieglie*, finalizzati a mantenere un contatto con la clientela abituale, svolgono una analoga funzione.

Diversamente dagli esempi appena riportati, la reazione alla minaccia esterna può essere caratterizzata da una contrazione delle attività aziendali (*bouncing back*). Il terzo quadrante del dia-

gramma evidenzia le azioni di questo tipo a carattere transitorio, come la sospensione dell'attività di gastronomia da parte de *La Fornarina* e il rinvio di programmi di investimento a periodi di minore incertezza. La reazione è finalizzata alla riduzione dei costi di esercizio (a fronte del calo dei ricavi) e alla riduzione del rischio grazie alla focalizzazione su attività consolidate.

In alcuni casi, la contrazione può assumere un carattere permanente, con un rinvio *sine die* dei progetti di investimento o la cessazione definitiva di attività aziendali. Il contesto di elevata incertezza può sconsigliare iniziative che prima dell'emergenza risultavano di interesse.

In sintesi, le quattro aziende possono essere considerate esempi delle diverse strategie utilizzate dalle aziende multifunzionali di fronte alla crisi. Il *Panificio La Fornarina* e l'*Azienda Minicilli* hanno adottato un approccio basato principalmente su misure temporanee e sul rinvio degli investimenti. La strategia consiste nell'aspettare che l'emergenza passi per riprendere un modello di *business* che è considerato valido anche per il futuro. *San Maurizio*, al contrario, si è concentrata sulla ridefinizione dell'azienda e dei suoi mercati. In questo caso l'emergenza è stata un'occasione per riposizionare l'azienda su nuovi mercati e per avviare servizi adatti alla "nuova normalità". Infine, l'agriturismo *Le Case Marceglie* ha adottato un approccio intermedio, nel quale convivono ristrutturazioni aziendali, misure temporanee, e aperture di nuovi canali commerciali di lungo periodo.

5. Conclusioni

La nostra indagine sugli effetti dell'emergenza Covid-19 sulle strategie delle aziende agricole del Basso Lazio ha mostrato la grande resilienza del tessuto rurale rispetto ad una crisi particolarmente pericolosa per il modello imprenditoriale multifunzionale. Infatti, diversamente dalle aziende omologate, le aziende multifunzionali derivano gran parte del valore aggiunto dal contatto diretto con il consumatore. Le misure di contenimento della pandemia hanno scisso questo rapporto, determinando un blocco quasi totale dell'attività aziendale. La sospensione delle attività lavorative non essenziali, la restrizione dei movimenti (dovuta alla normativa o alla paura del contagio) e il successivo distanziamento sociale hanno determinato la paralisi di attività fondamentali per le imprese agricole multifunzionali quali la vendita diretta, la ristorazione o prestazione di servizi per la fruizione del territorio.

Le conseguenze per le imprese sono state severe, con contrazioni dei ricavi che hanno raggiunto l'80% e che gli aiuti pubblici hanno potuto compensare solo in parte e tardivamente. Di conseguenza, le imprese hanno dovuto organizzare misure di attenuazione dello shock esterno volte essenzialmente al contenimento dei costi fissi e alla mitigazione della contrazione dei ricavi. Le iniziative hanno riguardato principalmente l'avvio di servizi di consegna a domicilio, la lavorazione di prodotti deperibili in trasformati conservabili, nuove modalità di fruizione aziendale all'insegna del distanziamento sociale. Nonostante queste iniziative, le aziende hanno dovuto sospendere servizi e rinunciare – almeno nell'immediato – a programmi di investimento divenuti insostenibili.

La principale differenza riscontrata nel modo di affrontare la crisi riguarda l'orizzonte temporale delle strategie aziendali. Da un lato, alcune aziende hanno finalizzato la loro azione alla sopravvivenza ad uno shock percepito come transitorio. L'obiettivo dichiarato è stato quello di limitare i danni in attesa di una ripresa delle attività tradizionali dell'impresa. L'emergenza è considerata una parentesi da chiudere appena possibile. Sul versante opposto si trovano imprese che percepiscono un cambiamento di medio-lungo periodo nell'ambiente economico di riferimento e agiscono di conseguenza. Poiché la pandemia è considerata una cesura netta, ne discende la necessità di riconsiderare le modalità organizzative dell'impresa e il portafoglio dei servizi offerti. Dall'indagine svolta è possibile intuire come la scelta fra i due orientamenti dipenda non solo dalla struttura dell'azienda e dalle opportunità offerte dal territorio, ma anche – e forse soprattutto – dalle capacità imprenditoriali del conduttore.

In questo scenario, definire le implicazioni di politica economica non è agevole, sebbene le iniziative intraprese a livello comunitario sembrano andare nella giusta direzione, sia in termini di maggiore flessibilità nell'utilizzo delle risorse per lo sviluppo rurale, sia in termini di anticipazione dei pagamenti Pac, sia, infine, in termini di misure di mercato eccezionali, come il recente supporto allo stoccaggio privato, in periodi nei quali la quota di prodotti non venduti tende, come visto, ad aumentare.

MARCELLO DE ROSA, ALESSIA MALLOZZI, CARLO RUSSO
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Bibliografia

- BANKS J., LONG A., VAN DER PLOEG J.D. (2002), *Living Countryside: Rural Development Processes in Europe - The State of the Art*, Doetinchem.
- BOSWORTH G., MCELWEE G. (2014), *Agritourism in recession: Evidence from North East England*. *Journal of Rural and Community Development*, 9(3), pp. 62-77.
- DARNHOFER I. (2014), *Resilience and why it matters for farm management*. *European Review of Agricultural Economics*, 41, pp. 461-484.
- DARNHOFER I., LAMINE C., STRAUSS A., NAVARRETE (2016), *The resilience of family farms: Towards a relational approach*, in *Journal of Rural Studies*, 44, pp. 111-122.
- DARNHOFER I., FAIRWEATHER J., MOLLER H. (2010), *Assessing a farm's sustainability: insights from resilience thinking*, in *International journal of agricultural sustainability*, 8(3), pp. 186-198.
- FONTE M., PAPADOPOULOS A. (eds.) (2010), *Naming Food after Places: Patterns of Food Relocalization and Knowledge Dynamics in Rural Development*, Burlington.
- GEELS F., SCHOT, J. (2010), *The dynamics of transition: A socio-technical perspective*, in GRIN J., ROTMANS J., SCHOT J., *Transitions to sustainable development. New directions in the study of long term transformative change*, New York, pp. 9-101.
- GUNDERSON L.H., HOLLING C.S. (Eds.) (2002), *Panarchy: Understanding Transformations in Human and Natural Systems*, Washington.
- HOLLING C.S. (1973), *Resilience and stability in ecological systems*, in *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4, pp. 1-23.
- MCELWEE, G.; BOSWORTH, G. (2010), *Exploring the strategic skills of farmers across a typology of farm diversification approaches*, in *Journal of Farm management*, 13(12), pp. 819-838.
- MCELWEE G., ANDERSON A., VESALA K. (2006), *The strategic farmer: A cheese producer with cold feet?*, in *Journal of Business Strategy*, 27(6), pp. 65-72.
- VAN DER PLOEG J.D. (2010), *Rural development and territorial cohesion in the new CAP. Document prepared for the European Parliament's Committee on Agriculture and Rural Development*, Bruxelles.
- WALKER B., HOLLING C.S., CARPENTER S.R., KINZIG A. (2004), *Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems*, in *Ecology and Society*, 9, 5.
- ZEBROWSKI, C. (2013), *The nature of resilience. Resilience: International Policies, Practices and Discourses*, 1, pp. 159-173.

IL SERVIZIO SOCIALE IN ITALIA AL TEMPO DELLA PANDEMIA. PER UNA PRESA IN CARICO GLOBALE DELLE FRAGILITÀ SOCIALI

1. Pandemia ed emergenza - 2. I Servizi Sociali - 3. Gli strumenti professionali - 4. Lavoro di rete e di comunità - 5. Conclusioni

1. Pandemia ed emergenza

Il 21 febbraio 2020 l'Italia viene raggiunta dal contagio da SARS-CoV-2 e per la prima volta in questo secolo si verifica una pandemia. Le pandemie, come le epidemie, sono da sempre una costante nella storia dell'umanità: negli ultimi mesi, la parola pandemia insieme alla parola emergenza è entrata a far parte del lessico quotidiano di tutta la popolazione mondiale.

Nello specifico la pandemia, in base alla definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), è la diffusione mondiale di una nuova malattia per la quale la popolazione non ha immunità, caratterizzata da elevata contagiosità e tasso di mortalità significativo.

In Italia, il 31 gennaio 2020, è stato dichiarato lo stato di emergenza regolato dall'art. 5, legge 24 febbraio 1992, n. 225. Lo stato di emergenza è lo strumento che consente al Governo e alla Protezione Civile di usare procedure più rapide per emanare e applicare le misure necessarie per contenere e gestire l'evento emergenziale.

La pandemia fa parte dei fenomeni che hanno conseguenze sanitarie e sociali significative su tutta la popolazione mondiale perché determinano uno sconvolgimento della vita quotidiana e dell'identità collettiva generando una frattura nell'equilibrio di ogni persona. Uno dei primi sociologi che collegò l'importanza di eventi generati da un fenomeno in relazione al cambiamento sociale fu S.H. Prince nel 1920 nella sua opera *Catastrophe and social change*. Gli eventi generati dal fenomeno pandemico diventano i prodotti sociali in termini di fragilità di una società all'accadere di un evento. La pandemia ha creato una discontinuità, una frattura nel contesto sociale e nella vita delle persone in riferimento alle condizioni di una società che subisce il fenomeno improvviso. Essa ha reso consapevole l'essere umano della sua fragilità individuale e sociale.

L'emergenza viene vissuta da ogni singola persona in maniera diversa, e la consapevolezza della propria fragilità rende l'individuo ancora più vulnerabile. La fragilità, in un contesto di emergenza come quello della pandemia, non è una condizione statica ma muta rispetto all'evolversi del

fenomeno. Le fragilità sociali della popolazione nell'emergenza si sono amplificate soprattutto durante il periodo della Fase 1 o *lockdown*: questa condizione ha fatto emergere le criticità dei sistemi di *governance* locale nel gestire il susseguirsi di eventi. Nel *lockdown* la persona è stata messa in condizione di dover rinunciare momentaneamente al senso di autodeterminazione della propria esistenza, prendendo atto che la situazione segue una direzione prestabilita da altri soggetti e sfugge al proprio controllo.

Il ruolo dell'assistente sociale è quello di «promuovere, sviluppare e sostenere politiche sociali integrate, finalizzate al miglioramento del benessere sociale e della qualità di vita dei membri delle comunità, con particolare riferimento a coloro che sono maggiormente esposti a situazioni di fragilità, vulnerabilità o a rischio di emarginazione, tenuto conto del livello di responsabilità che egli ricopre e in funzione degli effetti che la propria attività può produrre»¹. In ogni caso, l'arrivo della pandemia ha portato la collettività mondiale ad attraversare un periodo di sospensione posto su un livello di realtà diverso dal quotidiano, una dimensione surreale avvertita nel *lockdown* quando la popolazione è dovuta rimanere in casa per evitare il contagio virale e per evitare il diffondersi dell'epidemia. La stessa emergenza, infatti, come nel caso della pandemia da Covid-19, può avere più fasi che caratterizzano il fenomeno e può «offrire una lettura di tipo caleidoscopico, vale a dire sfaccettata, complessa, poliedrica e polisemica, all'interno della quale si rendono evidenti diversi macro significati quali l'emergenza come vissuto psichico e come questione territoriale e sociale»².

In questo contesto emergenziale la questione sociale e anche quella territoriale hanno caratterizzato l'evolversi del fenomeno facendo sviluppare nelle comunità locali il senso di appartenenza e lo spirito di resilienza. A questo proposito, nell'opera *Gemeinschaft und Gesellschaft* (*Comunità e società*, 1878), il sociologo tedesco F. Tönnies spiega che la comunità è dove i rapporti tra gli individui sono intimi, radicati, basati sulla condivisione concreta di linguaggi, usi e abitudini, simboli e significati. Interazioni profonde e non artificiali, autentiche e ancestrali. La comunità è un costrutto sociologico e a caratterizzarla è la forte coesione tra i soggetti che la compongono, e lo spirito solidaristico tipico degli spazi rurali, limitati e circoscritti, dai confini immediatamente individuabili³.

¹ Cfr. art. 39, Codice deontologico dell'Assistente Sociale.

² M.V. ISIDORI, A. VACCARELLI, *Pedagogia dell'emergenza Didattica nell'emergenza*, Milano, 2013, p. 73.

³ <https://sociologicamente.it/ferdinand-tonnies-sociologia-comunita-societa/>.

La solidarietà comunitaria è un fattore di base per la mobilitazione delle motivazioni e delle risorse della popolazione. La solidarietà nell'emergenza è vista come un punto di forza e uno strumento di difesa e di intensificazione delle relazioni sociali. La comunità solidale si pone come garanzia di una fondamentale reciprocità nel *welfare community* attraverso il principio di sussidiarietà. In tal senso, la legge costituzionale n. 3 del 2001 – Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione – ha riformulato l'attuale art. 118 Cost. prevedendo espressamente il principio della sussidiarietà.

2. I Servizi Sociali

L'assistente sociale fa propri i principi fondamentali della Costituzione della Repubblica Italiana: riconosce l'unicità di tutte le persone e ne promuove i diritti civili, politici, economici, sociali, culturali e ambientali così come previsti nelle disposizioni e nelle Convenzioni internazionali. L'assistente sociale, la cui attività concorre in maniera determinante all'attuazione del diritto costituzionalmente garantito alla tutela della salute e al rispetto della persona umana (art. 32) e all'assistenza sociale (art. 38), promuove la cultura della sussidiarietà e della salute. La professione dell'assistente sociale è stata istituita dalla legge 23 marzo 1993, n. 84, nella quale l'art. 1, comma 1, stabilisce che «l'assistente sociale opera con autonomia tecnico-professionale e di giudizio in tutte le fasi dell'intervento per la prevenzione, il sostegno e il recupero di persone, famiglie, gruppi e comunità in situazioni di bisogno e di disagio e può svolgere attività didattico-formative»⁴. Lo stesso professionista organizza la propria azione professionale, coerentemente con quanto disposto dalla propria organizzazione, avendone la diretta responsabilità anche in caso di emergenze sociali, come recita l'art. 42 del Codice deontologico della stessa professione: «l'assistente sociale mette a disposizione delle autorità competenti la propria professionalità per programmi e interventi diretti al superamento dello stato di crisi in caso di catastrofi o di maxi-emergenze»⁵.

La Circolare del 16 marzo 2020 del Consiglio Nazionale dell'Ordine Assistenti Sociali riporta che «la situazione di emergenza è del tutto nuova ed imprevedibile e ogni Assistente Sociale si trova in un doppio ruolo: potenziale vittima e soccorritore allo stesso tempo. L'attuale epidemia da Covid-19, invece, presenta uno scenario inedito e complesso anche dal punto di vista degli interventi

⁴ Cfr. art. 1, comma 1, legge 23 marzo 1993, n. 84.

⁵ Cfr. art. 42, Codice deontologico dell'Assistente Sociale.

di Servizio Sociale che fino ad oggi nessuna istituzione, né pubblica né del Terzo Settore, ha mai affrontato né forse contemplato. Tutte le attività professionali urgenti e indifferibili nell'ambito dei servizi essenziali vanno garantite alle persone. Il ruolo dell'assistente sociale a supporto dei singoli e delle famiglie che, a causa dell'emergenza si trovano in situazioni di vulnerabilità, è essenziale. Il ruolo dell'assistente sociale in ogni ambito (sociale, sanitario o socio-sanitario), indipendentemente dalla tipologia contrattuale o organizzativa (pubblica, privata o di Terzo Settore), ed in qualsiasi ruolo (anche dirigenziale e di coordinamento), è cruciale in questa fase di crisi e, pertanto, non possono essere interrotti i necessari interventi di monitoraggio (anche da remoto), né la collaborazione con tutti i professionisti della salute»⁶. Il documento che ha riconosciuto ufficialmente il ruolo dei Servizi Sociali nella pandemia è stato la circolare 1/2020 del 27 marzo 2020 che ha fornito indicazioni allo stesso sistema e a tutti quei professionisti che, al pari dei sanitari, sono in prima fila per contrastare le conseguenze del virus. Sia nella Fase 1 che nella Fase 2 la maggior parte delle attività sono in *back office* a sostegno della popolazione, mentre il *front office* è utilizzato solo in casi urgenti e con i dispositivi di sicurezza. Gli assistenti sociali su tutto il territorio nazionale hanno svolto un ruolo centrale in quanto conoscendo le risorse territoriali hanno puntato ad azioni di *empowerment* e *advocacy*. Sin da subito, lo scenario dell'evolversi del fenomeno che si stava presentando lasciava presagire che l'emergenza non fosse solo sanitaria e che subito dopo sarebbe arrivata anche quella sociale. L'emergenza sociale era sommersa ma già in atto. I Servizi Sociali hanno attivato iniziative nel proprio *welfare* locale per sostenere e rispondere alle necessità delle persone fragili, hanno innovato e rafforzato esperienze professionali già presenti modificando in maniera flessibile le loro modalità di intervento e riorganizzando i propri servizi mettendo in campo inedite forme di vicinanza alle persone, alle famiglie e alla comunità locale. I Servizi Sociali non si sono mai fermati, non hanno mai smesso di esserci e come piccoli ragni silenziosi hanno lentamente ma inesorabilmente intessuto la rete che oggi permette di assicurare agli utenti il *continuum* professionale e la continuità degli interventi in emergenza.

In situazioni di emergenza l'assistente sociale ha il compito di sostenere il sistema dei rapporti, di comunicazione e di informazione tra il cittadino e le istituzioni. In situazioni di non emergenza l'assistente sociale deve avere la conoscenza del territorio fisico, sociale, economico, delle realtà del terzo settore oltre che essere l'artefice nello stabilire connessioni con la popolazione, al fine di creare

⁶ Circolare del 16 marzo 2020 del Consiglio Nazionale dell'Ordine Assistenti Sociali.

una rete da attivare efficacemente anche in caso di emergenza. L'art. 40 del Codice deontologico riferisce che «l'assistente sociale non può prescindere da una approfondita conoscenza della realtà territoriale in cui opera e da una adeguata considerazione del contesto storico e culturale e dei relativi valori. Ricerca la collaborazione dei soggetti attivi in campo sociale, socio-sanitario e sanitario per obiettivi e azioni comuni che rispondano in maniera integrata ai bisogni della comunità, orientando il lavoro a pratiche riflessive e sussidiarie»⁷. L'accesso ai Servizi Sociali avviene in via telefonica o telematica, su tutte le situazioni in carico vengono fatti colloqui telefonici di monitoraggio con l'obiettivo di supportare gli individui in situazione di fragilità, rilevando le eventuali criticità e attivando nel caso le risorse socio-sanitarie adeguate.

3. Gli strumenti professionali

A seguito del DPCM del 4 marzo 2020 all'art.1, comma 1, lett. n), il lavoro agile o *smart-working*, disciplinato dagli artt. 18-23, legge 22 maggio 2017, n. 81, entra a far parte della quotidianità della maggior parte dei lavoratori del territorio nazionale. Nello specifico, la legge 81/2017 enuncia «le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa».

Dopo il DPCM del 4 marzo 2020 segue il d.l. 18/2020, che all'art. 87, commi 1, 2 e 3, indica che fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni. Per quanto riguarda, invece, il settore privato bisognerà attendere l'ufficialità con l'art. 90, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che enuncia «i genitori lavoratori dipendenti del settore privato, con almeno un figlio a carico minore di 14 anni, avranno diritto al lavoro agile a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione e che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di

⁷ Cfr. Art. 40, Codice deontologico dell'Assistente Sociale.

lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione»⁸.

Facendo seguito alle misure adottate dal Governo, la Circolare n. 1 del 27 marzo 2020 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali fornisce utili indicazioni affinché il Sistema dei Servizi Sociali, con il suo ruolo centrale, continui a garantire e rafforzare i servizi che possono contribuire alla migliore applicazione delle direttive del Governo, a mantenere la massima coesione sociale e far fronte alle situazioni di emarginazione e isolamento a cui alcuni soggetti fragili sono inevitabilmente più esposti. Infatti nel paragrafo 4 si indica che «l'attuale contesto emergenziale potrebbe avere effetti particolarmente forti su soggetti già caratterizzati da elementi di fragilità, sia di tipo fisico che psicologico. In tal senso, risulta opportuno che da parte dei servizi sociali ci sia un potenziamento ed una pro-attività dei servizi di ascolto, anche per via telefonica e telematica delle persone in carico»⁹ in relazione alla necessità di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sociali di cui all'art. 22, comma 2, della legge n. 328 del 2000.

Infatti, attraverso lo *smartworking*, si sono garantiti i colloqui telefonici o i videocolloqui, il coordinamento dei volontari e il segretariato sociale. La funzione di segretariato sociale assume un ruolo centrale e permette ai singoli e alla comunità di avere a disposizione informazioni aggiornate riguardo le risorse territoriali e le modalità di accesso ai servizi. Inoltre l'emergenza ha portato alla creazione di solide sinergie con i colleghi del territorio creando una rete di supporto e sostegno professionale. I Servizi Sociali hanno sperimentato così nuove forme di presenza da remoto che hanno permesso di mantenere il legame con i soggetti fragili e di offrire un conforto a distanza della popolazione. Queste nuove forme di relazioni a distanza permettono di evitare il rischio di contagio, infatti, per quanto riguarda i colloqui, questi non possono essere svolti se non garantendo le regole di sicurezza. Inoltre per l'utilizzo del videocolloquio «si ritiene non possa sostituire, se non nell'urgenza, o in forma residuale il colloquio *vis à vis*, ma che possa essere d'ausilio anche in futuro, qualora vi fossero difficoltà oggettive nel raggiungere le persone»¹⁰. Così come i colloqui in presenza, anche le visite domiciliari e gli altri interventi esterni sono garantiti in tutti i casi urgenti e indifferibili. Le tecnologie informatiche sono uno strumento efficace per contenere l'epidemia proprio

⁸ Cfr. art. 90, d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

⁹ Circolare n. 1 del 27 marzo 2020 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

¹⁰ Vademecum Servizio Sociale professionale e post pandemia, 2020, p. 31.

perché gran parte delle persone si affida ad internet per lavorare, per avere informazioni o per comunicare con le persone. Le tecnologie informatiche e la connessione internet sono strumenti indispensabili per restare in contatto con il mondo esterno.

Durante il *lockdown* è così cresciuta la consapevolezza che l'attività professionale si potesse eseguire principalmente dalla propria abitazione: i Servizi Sociali si sono trovati a gestire una situazione nuova, ma attraverso l'utilizzo degli strumenti digitali sono stati riorganizzati i servizi e le attività professionali, e ogni servizio si è ri-organizzato in base alle proprie competenze e in base all'organizzazione di appartenenza. L'accesso ai servizi è stato possibile, durante il *lockdown*, in via telefonica o telematica e i processi di monitoraggio delle persone fragili sono stati svolti unicamente attraverso i colloqui telefonici con l'obiettivo di stare vicino alle persone che si trovavano in un ulteriore isolamento sociale generato dalla pandemia. In alcuni casi, l'isolamento sociale ha aggravato il disagio, già esistente, di tante persone prese in carico dai Servizi Sociali. Si sono manifestate nuove povertà generate dall'impatto della chiusura economica del paese, dai nuovi bisogni legati all'emergenza sociale e dalle posizioni lavorative senza forme di contratto. I Servizi Sociali non hanno mai chiuso e la loro presenza è stata indispensabile, non hanno mai smesso di essere vicini alla popolazione. Il supporto degli strumenti digitali ha permesso di mantenere solide le relazioni e la creazione di una rete virtuale di servizi e di attività nonché una nuova lettura del tessuto sociale sommerso e sconosciuto agli stessi servizi. «Le pratiche utilizzate segnalate dai Comuni e dagli Ambiti Territoriali Sociali sono state suddivise in tre categorie contraddistinte, per una più agevole lettura, da colori diversi: Servizio completamente nuovo; Servizio esistente, ma rafforzato o rimodulato per rispondere in maniera flessibile all'emergenza; Servizio misto, ovvero un intervento composito che racchiude entrambe le precedenti categorie»¹¹.

L'emergenza è stata l'occasione per sperimentare sul campo i servizi attuati a distanza, servizi che potranno essere utilizzati anche in futuro, migliorando così alcuni aspetti del processo di aiuto in *back office* e del lavoro di rete. Nei Servizi Sociali in epoca di pandemia, non avendo un contatto *vis à vis* con le persone nello svolgimento dei colloqui, l'ascolto attivo e l'utilizzo della voce hanno un ruolo importante nella gestione e nelle relazioni a distanza. L'ascolto attivo è quello che rende possibile la comunicazione poiché coinvolge una serie di abilità che hanno lo scopo di creare empatia con la persona che sta parlando. Infatti, esso richiede non solo la profonda comprensione di

¹¹ <https://www.lavoro.gov.it/redditodicittadinanza/Rafforzamento-servizi/Documents/I-Servizi-Sociali-al-tempo-del-Coronavirus.pdf>.

ciò che l'altro dice, ma anche una rielaborazione e una riformulazione di ciò che esprime allo scopo di percepirne le emozioni e trasmettergli vicinanza, contribuendo pienamente ad ogni momento della comunicazione. La voce invece è uno strumento di comunicazione, ed esprime le emozioni attraverso mille sfumature prosodiche indipendentemente dal significato delle parole. La voce emette suoni che formano un «tessuto di parole che vengono scambiate dagli attori, parole che vanno considerate nelle loro duplice dimensione di significato (quali messaggi veicolano?) e di significante (con quali forme denominiamo le esperienze?)»¹²; il colloquio è fatto di parole: parole che si dicono e parole che si ascoltano. Su questa linea, uno strumento di servizio sociale che si coniuga bene con le realtà emergenziali è la progettazione sociale, con la quale si può perseguire l'implementazione di azioni che favoriscano le risorse del territorio per costruire reti stabili nel rispetto dei principi di sussidiarietà e solidarietà. Questo metodo di lavoro permette di promuovere processi capaci di favorire la realizzazione di una cittadinanza responsabile garantendo tutela alle persone fragili.

La professione dell'assistente sociale si caratterizza, anche nell'emergenza, nell'attitudine del professionista a Sapere, Saper Fare, Saper Essere: nello specifico, i Servizi Sociali devono mettere in campo le competenze (Sapere) che consentono di agire attraverso i metodi e le tecniche della professione (Saper fare) e devono sostenere la capacità di relazione con la popolazione nella fragilità generata dalla pandemia (Saper essere). Nel Saper Essere l'assistente sociale, pur rimanendo fisicamente distante dalle persone, resta connessa nella relazione attraverso forme di vicinanza alternative perché la distanza fisica non è distanza sociale.

Uno dei concetti che resterà associato alla lotta al Covid-19 è quello di distanza fisica o *physical distancing*, inizialmente identificata con distanza sociale o *social distancing*. In principio c'è stata molta confusione sul significato di distanza sociale, che veniva identificata come la misura di sicurezza e di contenimento che permette alle persone di stare distanti gli uni dagli altri e che le pone al riparo da eventuali contaminazioni da virus. Per distanza sociale, secondo il sociologo Vincenzo Cesario, si intende l'indisponibilità e la chiusura relazionale – di intensità variabili – di un soggetto nei confronti di altri percepiti e riconosciuti come differenti sulla base della loro riconducibilità a categorie sociali¹³. La misura di sicurezza e di contenimento non è la distanza sociale ma è

¹² E. ALLEGRI, P. PALMIERI, F. ZUCCA, *Il colloquio nel servizio sociale*, Roma, 2006, pp. 61-62.

¹³ <https://sociologicamente.it/cosa-si-intende-per-distanza-sociale>.

la distanza fisica o *physical distancing*. Essa è stata poi adottata sia nelle comunicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità sia in quelle dei media per non generare ulteriore confusione. Lo stesso concetto viene identificato dal Ministero della Salute con "distanza di sicurezza interpersonale", o più brevemente "distanza interpersonale", un termine efficace perché trasparente e comprensibile senza ulteriori spiegazioni. La distanza fisica è il punto cardine sul quale si basano la Fase 1 (*lockdown*) e la Fase 2 che prevedrà il ritorno graduale al cosiddetto *new normal*. Ma la presenza può darsi anche a distanza. Con la distanza fisica si può avere anche una vicinanza sociale, senza avere un contatto diretto, e questo è possibile attraverso la solidarietà sociale e il lavoro di rete.

4. Lavoro di rete e di comunità

Nella pandemia e nella situazione attuale di emergenza nel nostro Paese è fondamentale che i Servizi Sociali contribuiscano all'applicazione delle direttive del Governo e mantenere la massima coesione sociale attraverso il lavoro di rete e di comunità.

Il lavoro di rete e di comunità è fatto di persone, di relazioni, di reti sociali e di professionisti. La rete sociale è formata da un gruppo di individui connessi tra loro attraverso legami sociali che possono essere vincoli familiari, rapporti di lavoro o di conoscenza casuale. Con l'avvento dell'emergenza le reti sociali si sono connesse alle reti telematiche esistenti combinando attraverso la tecnologia elementi funzionali e relazionali che danno luogo a una pluralità di strutturazioni organizzative. Le reti sociali online si sono sviluppate grazie a software e piattaforme che consentono l'interazione tra persone permettendo loro di scambiarsi non solo file testuali ma anche audio e video. L'innovazione tecnologica è intervenuta sulle reti sociali ed ha consentito di collegare reti materiali già esistenti, ampliarle, crearne di nuove, farle evolvere e trasformarle. Soprattutto, ha dato visibilità alle reti sociali, le ha rese più flessibili e le ha liberate dai vincoli spazio-temporali.

Nel lavoro di rete, l'assistente sociale ha un ruolo di connessione. Il lavoro di rete nei Servizi Sociali consiste nella creazione di legami e sinergie tra varie risorse formali e informali al fine di promuovere il benessere della persona al fine di creare *partnership* sociali. L'assistente sociale promuove le relazioni tra persone che vivono nello stesso territorio o che condividono il medesimo disagio intraprendendo azioni comuni per il proprio benessere e sostiene, promuovere le reti di comunità e l'attivazione spontanea nelle comunità locali. Si parla di *community work* (lavoro di

comunità) ogni qualvolta gli assistenti sociali siano impegnati in un lavoro finalizzato alla organizzazione di azioni comuni, tese a raggiungere obiettivi di cambiamento non solo personale, ma strutturale. Nel *community work*, l'assistente sociale non lavora più con i singoli ma con la comunità, cerca di promuovere e valorizzare le risorse già in essere che sono presenti in quel territorio e cerca di promuovere la coscienza del territorio e della comunità nei confronti di un problema. Il Servizio Sociale incentiva l'*empowerment* della persona e della comunità cercando di migliorare attraverso l'azione collettiva la qualità di vita e generando connessioni tra le organizzazioni presenti nella stessa e per potenziare la capacità decisionale di chi il territorio lo vive in prima persona e ne costituisce la trama. Il *Community work* implica la cultura della solidarietà e il suo principio espresso nella Costituzione italiana nell'art. 2: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». La dimensione sociale della persona è tutelata dalla Costituzione anche attraverso che la solidarietà, intesa come regola di diritto che prescrive l'assunzione di comportamenti coerenti con l'integrazione insieme ai valori condivisi e ai doveri sociali. Il lavoro nella e con la comunità locale sviluppa le reti di solidarietà sociale attraverso la costruzione di reti sociali di aiuto. La cultura della solidarietà e l'impegno volontario di persone hanno sostenuto le parti più fragili della popolazione e del sistema sociale durante la pandemia. Nell'emergenza, infatti, le persone sono continuamente supportate; ma una volta terminata l'emergenza, le stesse persone dovranno trovare le risorse personali per mettersi nuovamente in gioco e in connessione con la comunità, agendo da protagoniste per uscire dalla condizione di bisogno. Esse, rimettendosi in gioco, potrebbero sostenere la comunità che a loro volta le aveva supportate nell'emergenza. L'assistente sociale così costruisce l'agire di prossimità creando una rete circolare tra le persone e la comunità, una rete di scambio reciproco e non lineare come la solidarietà dove il soggetto riceve l'aiuto ma non lo restituisce. La fragilità sociale diventa così responsabilità sociale.

5. Conclusioni

Il tempo presente, il tempo della SARS-CoV-2, ha riaperto il dibattito sul valore delle politiche sociali e sul servizio sanitario pubblico. Il sociologo E. Morin, a febbraio 2020, riportava in una intervista al quotidiano *Avvenire* che «stiamo vivendo una tripla crisi: quella biologica di una

pandemia che minaccia indistintamente le nostre vite, quella economica nata dalle misure restrittive e quella di civiltà, con il brusco passaggio da una civiltà della mobilità all'obbligo dell'immobilità. Una policrisi che dovrebbe provocare una crisi del pensiero politico e del pensiero in sé. Forse una crisi esistenziale salutare, se sapremo individuarne le finestre di opportunità. Abbiamo bisogno di un umanesimo rigenerato, che attinga alle sorgenti dell'etica: la solidarietà e la responsabilità, presenti in ogni società umana. Essenzialmente un umanesimo planetario»¹⁴. Nel tempo dell'agire, quindi, bisognerà organizzare la comunità professionale, si potrà ragionare sulla differenza tra lavoro ordinario e straordinario (quello in emergenza) e su come questi possano convivere nello stesso luogo, nello stesso ufficio, attraverso una ri-organizzazione professionale.

La conoscenza del territorio implica risposte veloci alle richieste delle persone che arrivano al servizio e una repentina ri-organizzazione delle risorse. Nel lavoro dei Servizi Sociali gli interventi riparativi per fronteggiare l'emergenza sono prolungati nel tempo e prevalgono fortemente su quelli preventivi. La conseguenza è che sovente i servizi hanno perso la loro funzione di promozione di salute e benessere per ripiegarsi in interventi di contenimento del fenomeno dal punto di vista sociale per limitarne i danni. Tra gli interventi preventivi per fronteggiare l'emergenza c'è quello di predisporre in maniera diversa, anche in base alle esperienze, l'organizzazione del proprio servizio.

Dalla esperienza della pandemia è emerso quanto sia importante, per i Servizi Sociali, conoscere il territorio ed essere immersi nel contesto, per poter costruire in modo efficace una mappatura dei servizi, delle organizzazioni e delle risorse presenti. Il *Community work* si pone oggi come baluardo di una presa in carico globale delle vulnerabilità e fragilità sociali, specie in momenti come quello attuale, in cui il disorientamento anomico e frammentato costituisce il nuovo solitario senso del vivere comune; un disorientamento che è stato ben descritto da Z. Bauman (2000), che adopera il termine *Unsicherheit* per descriverlo, ovvero il complesso delle esperienze definite dalle parole *uncertainty* (incertezza), *insecurity* (insicurezza esistenziale) e *unsafety* (mancanza di protezione per la propria persona, precarietà). In tal senso, le persone che si sentono insicure, che diffidano di ciò che il futuro potrebbe riservare loro e che temono per la propria sicurezza personale, sembrano paralizzate dalle singole necessità al punto da non riuscire ad immaginare modi diversi di affrontare collettivamente i loro problemi.

¹⁴ <https://www.avvenire.it/agora/pagine/per-luomo-tempo-di-ritrovare-se-stesso>.

Il territorio, così, smette di rappresentare solo un'espressione geografica, e diventa luogo dove le persone vivono relazioni umane in un sistema dinamico; luogo privilegiato, perché incrocio di rapporti e relazioni, in definitiva, una rete di reti. Esso è dunque comunità, incontro, appartenenza, perché come scrive Cesare Pavese riferendosi al suo territorio: «Un paese vuol dire non essere soli, sapere che nella gente, nelle piante, nella terra, c'è qualcosa di tuo, che anche quando non ci sei, resta ad aspettarti».

MAURIZIO ESPOSITO, ELENA ADDESSI
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

Bibliografia

ORDINE ASSISTENTI SOCIALI CONSIGLIO NAZIONALE, *Codice deontologico dell'assistente sociale*, Roma, 2020, p. 17.

M.V. ISIDORI, A. VACCARELLI, *Pedagogia dell'emergenza Didattica nell'emergenza*, Milano, 2013, p. 73.

E. ALLEGRI, P. PALMIERI, F. ZUCCA, *Il colloquio nel servizio sociale*, Roma, 2006, pp. 61-62.

D.R. PETRETTO, I. MASALA, C. MASALA (2020), *School Closure and Children in the Outbreak of COVID-19*, in *Clinical Practice and Epidemiology in Mental Health*, 16, pp. 189-191.

S. ARBER, R. MEADOWS, *Class inequalities in health and the Coronavirus: a cruel irony?*, in *Blog, Department of Sociology*, Surrey University, 2020.

M. MARMOT, *Society and the slow burn of inequality*, in *The Lancet*, 395, 2020, 1413-1414.

A. TJORA, G. SCAMBLER, *Communal forms: A sociological exploration of concepts of community*, London, 2020.

M. ESPOSITO, *Parole parole parole... Le politiche sanitarie al tempo del Covid19*, in C. CORPOSANTO, M. FOTINO, *Covid-19. Le parole diagonali della Sociologia*, Catanzaro, 2020, pp. 31-36.

Vademecum Servizio Sociale Professionale e post pandemia, 2020 (<https://cnoas.org/wp-content/uploads/2020/06/Vademecum-SERVIZIO-SOCIALE-PROFESSIONALE-E-POST-PANDEMIA.pdf>).

I Servizi Sociali al tempo del Coronavirus- pratiche in corso nei Comuni italiani, 2020 (<https://www.lavoro.gov.it/redditocittadinanza/Rafforzamento-servizi/Documents/I-Servizi-Sociali-al-tempo-del-Coronavirus.pdf>).

LA PANDEMIA DA COVID-19: UNO SHOCK ESOGENO ANCHE PER LE IMPRESE. LO STATO DELL'ARTE DEL DIBATTITO SCIENTIFICO IN OTTICA MANAGERIALE

1. Introduzione - 2. Approccio metodologico - 3. Risultati - 3.1. Analisi bibliometrica - 3.2. Mappatura scientifica - 4. Discussione dei risultati - 5. Considerazioni conclusive e implicazioni manageriali - 6. Bibliografia

1. Introduzione

In seguito alla diffusione globale del Coronavirus che ha determinato una gravissima crisi sanitaria, l'11 marzo 2020, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato lo stato di pandemia. Tale situazione ha indotto le istituzioni governative di diversi paesi ad adottare misure restrittive che non solo hanno influenzato la vita quotidiana dei cittadini ma hanno messo a repentaglio la sopravvivenza delle imprese e hanno causato gravi conseguenze economico-sociali in tutto il mondo. Basti pensare che in moltissime nazioni è stato imposto il "distanziamento sociale", sono state chiuse le frontiere, le istituzioni scolastiche e accademiche, gli uffici pubblici e le attività imprenditoriali non essenziali; gli eventi pubblici e tutte le attività sportive e ricreative sono stati vietati, così come gli spostamenti, i trasferimenti interni e con i paesi esteri. Queste misure hanno avuto delle implicazioni sia sulla domanda sia sull'offerta di beni e servizi. Per esempio la domanda di servizi sanitari è aumentata in modo esponenziale, mentre si è praticamente azzerata quella relativa alla ristorazione e all'ospitalità, ai trasporti e al turismo. Per sostenere le imprese che si sono trovate ad affrontare tale situazione impreveduta e imprevedibile, i governi e le banche centrali di tutto il mondo hanno adottato un'ampia gamma di misure di emergenza e di sostegno economico. Queste misure vanno dalla tutela dei lavoratori dipendenti a considerevoli incentivi finanziari e fiscali.

Di fatto, la pandemia da Covid-19 ha determinato una situazione di grande incertezza che non consente di formulare ipotesi concrete circa il suo superamento e che la rende differente rispetto a eventi nefasti del passato. Pertanto risultano particolarmente difficili sia la comprensione degli effetti che si dovranno ancora manifestare e quindi la possibilità di formulare previsioni sul futuro.

Alla luce di tali considerazioni, tale stato di crisi non può essere che affrontato con l'innovazione¹ e il cambiamento; cambiamento che incide sulla sfera culturale, sul modello di business e a livello organizzativo². Le aziende autorizzate a svolgere la propria attività, infatti, hanno dovuto modificare tempestivamente l'organizzazione del lavoro per garantire la sicurezza e la salute dei loro dipendenti e un servizio continuo finalizzato a soddisfare le richieste della clientela. In merito a quest'ultimo aspetto, in diversi casi, hanno anche in parte convertito la produzione e utilizzato le risorse aziendali per produrre dispositivi di protezione personale (come mascherine e camici per il personale sanitario) oppure in una seconda fase hanno potuto riavviare l'attività usando modalità distributive innovative (per esempio le attività di ristorazione sono state autorizzate a consegnare i pasti a domicilio). Inoltre, per evitare la diffusione della pandemia hanno adottato lo *smart working* proprio per limitare al massimo i contatti sociali.

Per contribuire all'avanzamento della ricerca sul tema Covid-19 analizzato in ottica manageriale, l'obiettivo di questo studio è finalizzato a comprendere lo stato dell'arte del dibattito scientifico attraverso l'analisi bibliometrica e la mappatura del campo di ricerca in cluster. In tal modo è possibile supportare i ricercatori verso i lavori, i risultati e le tematiche più influenti che necessitano di maggiori approfondimenti³ (Rey-Martí et al., 2016).

Attraverso l'applicazione di tale approccio di natura quantitativa, che consente di effettuare un processo di revisione sistematica della letteratura, è possibile ottenere i principali indicatori bibliometrici di performance, identificando i principali autori, organizzazioni, paesi, ecc., insieme allo sviluppo della ricerca in questo campo. Inoltre, questa ricerca può essere utilizzata come quadro di riferimento per rafforzare le linee di ricerca esistenti e svilupparne di nuove, stabilendo sinergiche relazioni che sarebbe possibile rilevare senza le mappe qui generate.

Lo studio è articolato come segue: dopo l'introduzione e la descrizione dell'approccio metodologico utilizzato per raggiungere l'obiettivo prefissato, nel terzo paragrafo viene effettuata l'analisi bibliometrica che è seguita dalla mappatura scientifica. La discussione dei risultati e le considerazioni conclusive chiudono il lavoro.

¹ M. WENZEL, S. STANSKE, M.B. LIEBERMAN, *Strategic responses to crisis*, in *Strategic Management Journal*, 2020, 41, pp. 7-18.

² S. BARON, K. HARRIS, D. ELLIOTT, *Crisis management and services marketing*, in *Journal of Services Marketing*, vol. 19, 5, 2005, pp. 336-345; N.N. HARTMANN, B. LUSSIER, *Managing the sales force through the unexpected exogenous Covid-19 crisis*, in *Industrial Marketing Management*, 88, 2020, pp. 101-111.

³ A. REY-MARTI, D. RIBEIRO-SORIANO, D. PALACIOS-MARQUES, *A bibliometric analysis of social entrepreneurship*, in *Journal of Business Research*, 69(5), 2016, pp. 1651-1655.

2. Approccio metodologico

Per raggiungere l'obiettivo prefissato nel presente lavoro di ricerca sono stati effettuati un'analisi bibliometrica e uno studio di mappatura scientifica dei contributi di natura manageriale pubblicati sulla Covid-19.

La ricerca bibliografica è stata condotta nel mese di agosto 2020 attraverso il database multidisciplinare *Web of Science* (WOS). Per effettuare l'analisi sono state utilizzate come parole chiave "Covid-19" o "*Pandemic*" limitandole alla categoria "*Management*" e includendo tutte le tipologie di documenti (*Article, Materiale Editoriale, Review e Book Chapter*). Inoltre, sono stati utilizzati gli indici "*Sci-Expanded, SSCI, A & HCI, CPCI-S, CPCI-SSH, ESCI*"⁴. Per la suddetta finalità è stato selezionato solo l'anno in corso per evitare di includere qualunque contributo riferibile a eventi pandemici verificatisi nel passato.

I risultati ottenuti sono stati inclusi in un unico database contenente le variabili relative ad autori, lingua, anno di pubblicazione, tipo di ricerca, paese, area di ricerca, parole chiave e riferimenti bibliografici citati in ciascuna delle pubblicazioni incluse.

Successivamente è stata condotta un'analisi bibliometrica per rilevare il totale delle pubblicazioni, la somma della loro citazione, gli autori più citati, i paesi produttivi, la top ten delle pubblicazioni più citate.

Per effettuare lo studio di mappatura scientifica e rilevare l'evoluzione della ricerca nell'ambito manageriale⁵ è stato utilizzato il software SciMAT, sviluppato dal gruppo "SECABA" dell'Università di Granada. L'analisi è stata eseguita fissando la seguente configurazione in SciMAT: le parole chiave come unità di analisi, l'analisi di co-occorrenza come strumento per costruire le reti, l'indice di equivalenza come misura di similarità per normalizzare le reti, l'indice di *Jaccard* come misura di evoluzione delle reti, l'indice di inclusione come misura di sovrapposizione, l'H-Index per misurare la rilevanza delle parole e l'algoritmo dei centri semplici come algoritmo di aggregazione per estrarre i cluster⁶. L'output ottenuto è rappresentato attraverso un dia-

⁴ L. WALTMAN, *A review of the literature on citation impact indicators*, in *Journal of Informetrics*, 10(2), 2016, pp. 365-391.

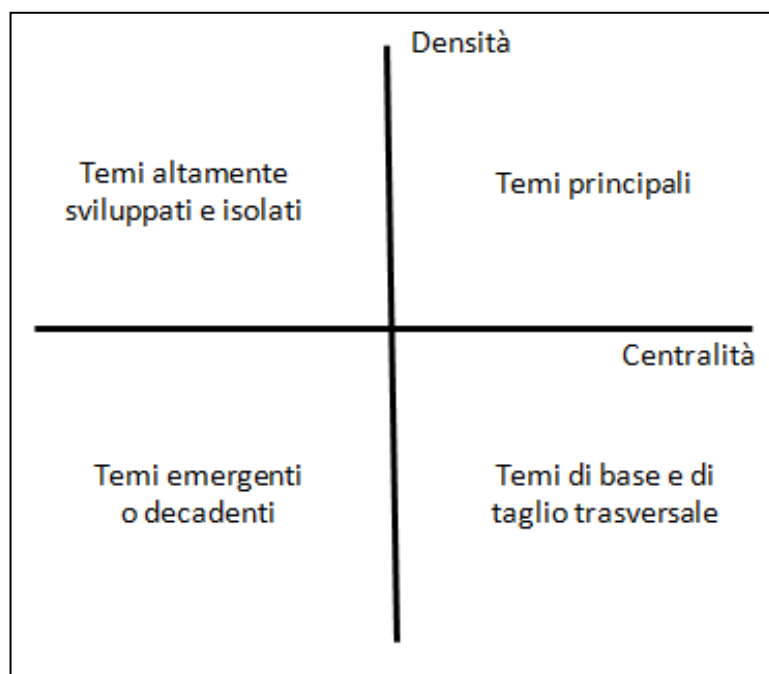
⁵ M.J. COBO, A.G. LOPEZ-HERRERA, E. HERRERA-VIEDMA, F. HERRERA, *SciMAT: A new science mapping analysis software tool*, in *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 63, 2012, pp. 1609-1630.

⁶ A. ALVAREZ-MARIN, M. CASTILLO-VERGARA, C. GELDES-GONZALEZ, *Analisis Bibliometrico de la Realidad Aumentada y su Relacion con la Administracion de Negocios*, in *Informacion Tecnologica*, 28(4), 2017, pp. 57-

gramma strategico bidimensionale che, mediante misure di centralità e di densità, mostra graficamente le parole più ricorrenti rilevate nella totalità contributi pubblicati e quelle correlate tra di loro, dove la centralità quantifica il grado di interazione di una rete con altre reti, mentre la densità misura la forza interna della rete.

Come si evince dal grafico di seguito riportato, nel quadrante in alto a destra vengono inclusi i “temi principali” del settore scientifico oggetto di indagine perché, presentando una forte centralità e un’alta densità, sono quelli che risultano ben sviluppati e importanti; nel quadrante superiore sinistro si trovano i “temi altamente sviluppati e isolati” del settore scientifico, corrispondenti a quelle tematiche che pur essendo ben sviluppate internamente sono isolate dagli altri argomenti e sono di importanza marginale nello sviluppo della categoria scientifica; nel quadrante inferiore sinistro si collocano i “temi emergenti o decadenti” che riguardano questioni molto marginali perché presentano bassa densità e centralità; nel quadrante in basso a destra si trovano gli argomenti “di base e di taglio trasversale” che pur essendo fondamentali, per l’ambito scientifico, non sono ben sviluppati.

Figura 1 – Diagramma strategico



Fonte: nostro adattamento da Alvarez-Marin et al., 2017

66; M. CASTILLO-VERGARA, A. MARIN, D. PLACENCIO-HIDALGO, *A bibliometric analysis of creativity in the field of business economics*, in *Journal of Business Research*, 85, 2018, pp. 1-9.

Nella mappa strategica viene posizionata una sfera il cui volume dipende da diversi indicatori bibliometrici, come il numero di documenti associato al tema, il numero di citazioni ottenute dai contributi associati al tema oppure l'H-Index del tema⁷.

3. Risultati

3.1. Analisi bibliometrica

Attraverso la ricerca su Web Of Science sono stati rilevati 168 articoli scientifici, di cui 131 *open access*, pubblicati nel 2020 sul Covid-19 e più in generale sulla pandemia. Tale insieme comprende solo articoli perché non sono stati riscontrati capitoli in volume o *proceedings*. Nell'ambito totale delle pubblicazioni risultano anche 28 contributi inclusi in *special issue* che hanno ottenuto complessivamente 7 citazioni, con valori individuali che solo in due casi ne hanno fatto registrare 2 e in tre casi 1. Per quanto riguarda il numero totale di citazioni ottenute, ne risultano 94. Tra i diversi atenei più prolifici, per numero di pubblicazioni sul tema indagato, emergono per numerosità di pubblicazioni individuali:

- *Newcastle University UK* e *University of Melbourne* con numero 5;
- *Northumbria University, University of Liverpool, Griffith University* con numero 4;
- *Copenhagen Business School, Lancaster University, Loughborough University, Macquarie University, Pepperdine University, University of Auckland University of Leeds, University of London, University of North Carolina, University of Portsmouth, University of Strathclyde e Western University - University of Western Ontario* con numero 3.

A livello nazionale, l'Ateneo a cui sono associate delle pubblicazioni risulta essere l'Università Bocconi con numero 2 articoli scientifici.

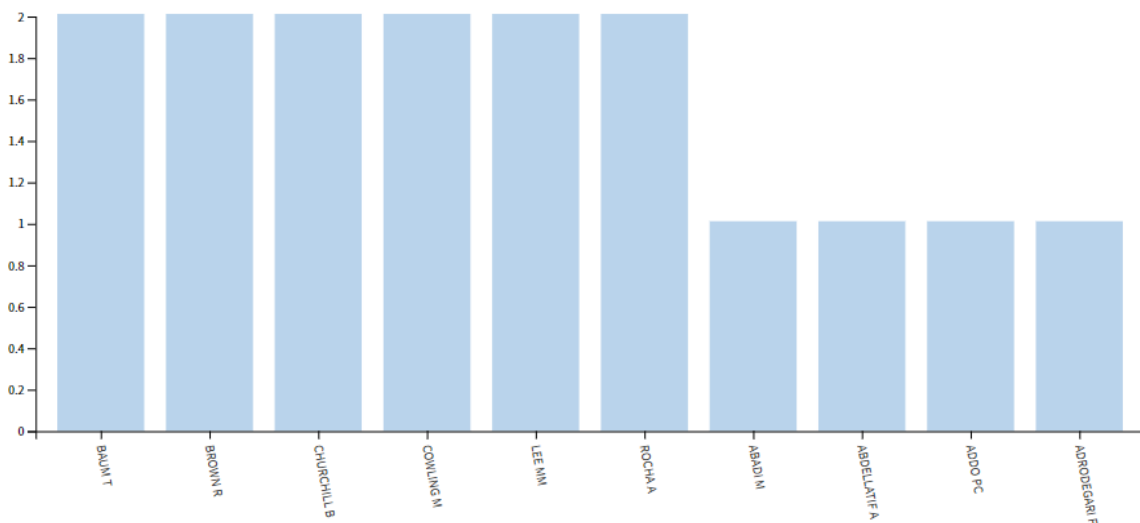
Gli autori che si distinguono per numerosità di pubblicazioni (2 ciascuno), rientranti nell'area manageriale, sul Covid-19 o sull'attuale pandemia sono:

- Baum T., dell'*University of Strathclyde* con interessi accademici riguardanti i contesti sociali e strategici dell'occupazione, con particolare attenzione all'ospitalità e al turismo;

⁷ M.J. COBO, A.G. LOPEZ-HERRERA, E. HERRERA-VIEDMA, F. HERRERA, *SciMAT: A new science mapping analysis software tool*, cit., pp. 1609-1630.

- Brown R., dell' *University of St. Andrews*, impegnato nelle seguenti aree tematiche di ricerca: imprenditorialità, innovazione e politiche pubbliche;
- Churchill B., dell' *University of Melbourne*, si occupa di ricerche quantitative riguardanti sul lavoro e l'occupazione da prospettive diverse;
- Cowling M., dell' *University of Derby*, i cui interessi di ricerca sono incentrati su finanziamento delle piccole imprese e sull'efficacia degli interventi politici del governo in questo settore;
- Lee M.M., della *Lancaster University*, con interessi di ricerca sulla gestione d'impresa e sullo sviluppo delle risorse umane;
- Mandalaki E., è impegnata in studi riguardanti le dinamiche e le asimmetrie tra fattori cognitivi e fisici che incidono sulle interazioni interpersonali di natura etica e affettiva in contesti sociali e organizzativi;
- Rocha A., dell' *University of St. Andrews*, con interessi di ricerca su ecosistemi imprenditoriali, capitale sociale, reti sociali e sviluppo regionale.

Grafico 1 - Autori più produttivi



Fonte: elaborazione propria

Le riviste scientifiche che hanno pubblicato il maggior numero di contributi si annoverano (Tab. 1): *Gender Work and Organization* (con 32), *Industrial Marketing Management* (con 13), *Human Resource Development International* (con 11) e *Managing Sport and Leisure* (con 11).

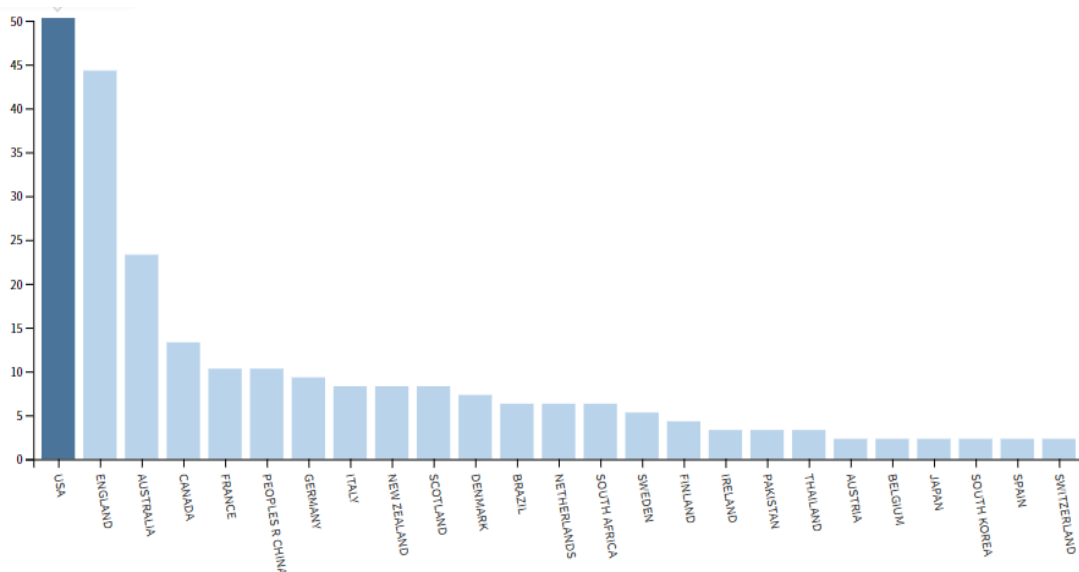
Tabella 1 - Mappatura dei principali journal

<input type="checkbox"/> GENDER WORK AND ORGANIZATION (2)	<input type="checkbox"/> TOURISM MANAGEMENT PERSPECTIVES (2)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF PROJECT MANAGEMENT (1)
<input type="checkbox"/> INDUSTRIAL MARKETING MANAGEMENT (13)	<input type="checkbox"/> ACADEMY OF MANAGEMENT PERSPECTIVES (1)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF PURCHASING AND SUPPLY MANAGEMENT (1)
<input type="checkbox"/> HUMAN RESOURCE DEVELOPMENT INTERNATIONAL (11)	<input type="checkbox"/> ADMINISTRATIVE SCIENCE QUARTERLY (1)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF RESPONSIBLE INNOVATION (1)
<input type="checkbox"/> MANAGING SPORT AND LEISURE (11)	<input type="checkbox"/> ASIAN BUSINESS MANAGEMENT (1)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF TECHNOLOGY TRANSFER (1)
<input type="checkbox"/> EUROPEAN JOURNAL OF INFORMATION SYSTEMS (6)	<input type="checkbox"/> DISASTER PREVENTION AND MANAGEMENT (1)	<input type="checkbox"/> M-SOM MANUFACTURING SERVICE OPERATIONS MANAGEMENT (1)
<input type="checkbox"/> JOURNAL OF APPLIED BEHAVIORAL SCIENCE (6)	<input type="checkbox"/> EQUALITY DIVERSITY AND INCLUSION (1)	<input type="checkbox"/> MANAGEMENT COMMUNICATION QUARTERLY (1)
<input type="checkbox"/> LEADERSHIP (6)	<input type="checkbox"/> EUROPEAN MANAGEMENT REVIEW (1)	<input type="checkbox"/> NEW TECHNOLOGY WORK AND EMPLOYMENT (1)
<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL SMALL BUSINESS JOURNAL RESEARCHING ENTREPRENEURSHIP (5)	<input type="checkbox"/> FORESIGHT AND STI GOVERNANCE (1)	<input type="checkbox"/> OPERATIONS AND SUPPLY CHAIN MANAGEMENT AN INTERNATIONAL JOURNAL (1)
<input type="checkbox"/> JOURNAL OF SERVICE MANAGEMENT (4)	<input type="checkbox"/> GLOBAL STRATEGY JOURNAL (1)	<input type="checkbox"/> ORGANIZATION SCIENCE (1)
<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL JOURNAL OF CONTEMPORARY HOSPITALITY MANAGEMENT (3)	<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL JOURNAL OF EDUCATIONAL MANAGEMENT (1)	<input type="checkbox"/> PHILOSOPHY OF MANAGEMENT (1)
<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL JOURNAL OF OPERATIONS PRODUCTION MANAGEMENT (3)	<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL JOURNAL OF EMERGING MARKETS (1)	<input type="checkbox"/> PROPERTY MANAGEMENT (1)
<input type="checkbox"/> SERVICE INDUSTRIES JOURNAL (3)	<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL JOURNAL OF MANPOWER (1)	<input type="checkbox"/> RESEARCH TECHNOLOGY MANAGEMENT (1)
<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL JOURNAL OF ENTREPRENEURIAL BEHAVIOR RESEARCH (2)	<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL JOURNAL OF PHYSICAL DISTRIBUTION LOGISTICS MANAGEMENT (1)	<input type="checkbox"/> SMALL BUSINESS ECONOMICS (1)
<input type="checkbox"/> INTERNATIONAL TRANSACTIONS IN OPERATIONAL RESEARCH (2)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF LEADERSHIP STUDIES (1)	<input type="checkbox"/> SYSTEM DYNAMICS REVIEW (1)
<input type="checkbox"/> JOURNAL OF CONTINGENCIES AND CRISIS MANAGEMENT (2)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF MANAGEMENT STUDIES (1)	<input type="checkbox"/> SYSTEMS RESEARCH AND BEHAVIORAL SCIENCE (1)
<input type="checkbox"/> JOURNAL OF INTERNATIONAL BUSINESS STUDIES (2)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF NURSING MANAGEMENT (1)	<input type="checkbox"/> TECHNOLOGY INNOVATION MANAGEMENT REVIEW (1)
<input type="checkbox"/> PUBLIC MANAGEMENT REVIEW (2)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF ORGANIZATIONAL BEHAVIOR (1)	<input type="checkbox"/> TOURISM MANAGEMENT (1)
<input type="checkbox"/> SERVICE BUSINESS (2)	<input type="checkbox"/> JOURNAL OF ORGANIZATIONAL EFFECTIVENESS PEOPLE AND PERFORMANCE (1)	

Fonte: elaborazione propria

Tra i paesi più produttivi, intesi come paesi di appartenenza degli autori che hanno pubblicato articoli sul tema in esame, sono stati rilevati al primo posto gli Stati Uniti, seguiti dall'Inghilterra, e più distanziati dall'Australia, dal Canada e dalla Cina; l'Italia si colloca al decimo posto (Tab. 2).

Grafico 2 - Distribuzione dei Paesi più produttivi per affiliazione degli autori



Fonte: elaborazione propria

La lingua prevalentemente usata nelle pubblicazioni è quella inglese (in 150 casi) e in russo in un solo caso.

Per quanto riguarda la top 10 delle pubblicazioni più citate, sul Covid-19 e più in generale sulla pandemia che ne è conseguita, nella tabella che segue vengono riportati tutti i riferimenti.

Tabella 2 - Top 10 dei lavori più citati

Autori	Anno di pubblicazione	Titolo del contributo	Fonte	Citazioni
Hammami A.; Harrabi B.; Mohr M.; Krustrup P.	2020	<i>Physical activity and coronavirus disease 2019 (Covid-19): specific recommendations for home-based physical training</i>	<i>Managing Sport and Leisure</i>	18
Mo Y.; Deng L.; Zhang L.; Lang Q.; Liao C.; Wang N.; Qin M.; Huang H.	2020	<i>Work stress among Chinese nurses to support Wuhan in fighting against Covid-19 epidemic</i>	<i>Journal of Nursing Management</i>	8
Clarkson B. G.; Culvin A.; Pope S.; Parry K. D.	2020	<i>Covid-19: Reflections on threat and uncertainty for the future of elite women's football in England</i>	<i>Managing Sport and Leisure</i>	7
Boncori I.	2020	<i>The Never-ending Shift: A feminist reflection on living and organizing academic lives during the coronavirus pandemic</i>	<i>Gender Work and Organization</i>	5
Kraus S.; Clauss T.; Breier M.; Gast J.; Zardini A.; Tiberius V.	2020	<i>The economics of Covid-19: initial empirical evidence on how family firms in five European countries cope with the corona crisis</i>	<i>International Journal of Entrepreneurial Behavior & Research</i>	4
Addo P.C.; Fang J.; Kulbo N.B.; Li L.	2020	<i>Covid-19: fear appeal favoring purchase behavior towards personal protec-</i>	<i>Service Industries Journal</i>	4

		<i>tive equipment Covid-19</i>		
Chesbrough H.	2020	<i>To recover faster from Covid-19, open up: Managerial implications from an open innovation perspective</i>	<i>Industrial Marketing Management</i>	3
Williams C.C.; Kayaoglu A.	2020	<i>Covid-19 and undeclared work: impacts and policy responses in Europe</i>	<i>Service Industries Journal</i>	3
Hartmann, N.N.; Lussier B.	2020	<i>Managing the sales force through the unexpected exogenous Covid-19 crisis</i>	<i>Industrial Marketing Management</i>	2
Sheth J.	2020	<i>Business of business is more than business: Managing during the Covid crisis</i>	<i>Industrial Marketing Management</i>	2

Fonte: elaborazione propria

Analizzando i suddetti contributi è stato possibile rilevare i temi di ricerca più ricorrenti sul tema oggetto di studio nel presente lavoro. È emerso, in primis, un notevole interesse da parte della comunità scientifica sul benessere e sulla qualità della vita dei cittadini che stanno vivendo una situazione anomala, imprevedibile e imprevedibile. Tale tematica è riscontrabile nel lavoro più citato fino allo stato attuale. Un altro argomento, trattato da Mo et al.⁸, che ha riscontrato l'interesse degli studiosi, è quello della valutazione dei fattori che influenzano lo stress lavorativo, in particolare del personale paramedico. Clarkson et al.⁹ offrono un'analisi delle implicazioni del Covid-19 sulle attività sportive e di tutte le criticità che richiedono un'azione rapida e decisa da parte del management aziendale e di tutti gli *stakeholder* per mitigare i loro potenziali effetti e superare tale situazioni imparando dalle crisi precedenti abbracciando l'innovazione e l'imprenditorialità. Boncori¹⁰ si sofferma sulle nuove misure di flessibilità del lavoro, basate su strumenti online, che in questo periodo temporale hanno trasformato le dinamiche lavorative.

⁸ Y. MO, L. DENG, L. ZHANG, Q. LANG, C. LIAO, N. WANG, H. Huang, *Work stress among Chinese nurses to support Wuhan in fighting against Covid-19 epidemic*, in *Journal of Nursing Management*, 2020, pp. 188.

⁹ B.G. CLARKSON, A. CULVIN, S. POPE, K.D. PARRY, *Covid-19: Reflections on threat and uncertainty for the future of elite women's football in England*, in *Managing Sport and Leisure*, 2020, pp. 1-12.

¹⁰ I. BONCORI, *The Never-ending Shift: A feminist reflection on living and organizing academic lives during the coronavirus pandemic*, in *Gender, Work & Organization*, 27, 2020, pp. 677-682.

Nello studio di Kraus¹¹ sono descritti gli effetti della crisi da Covid-19 sulle aziende familiari e vengono fornite indicazioni sulla gestione di tale situazione attraverso un rapido adattamento dei loro modelli di business alle mutevoli condizioni ambientali. Inoltre, gli autori ritengono che tale crisi ha determinato un cambiamento culturale significativo anche se non intenzionale, una maggiore solidarietà e coesione all'interno dell'azienda, oltre a forme sperimentali di digitalizzazione.

Addo et al.¹² hanno studiato il comportamento di acquisto online da parte dei consumatori in seguito alla restrizione dell'interazione umana, al divieto di viaggiare e alla chiusura dei negozi durante la diffusione del Covid-19.

La rilevanza di strategie e processi di innovazione aperta, per superare le sfide causate dalla crisi pandemica sia per i sistemi sanitari pubblici sia per i sistemi economici, vengono affermati anche nello studio di Chesbrough¹³. Inoltre, viene evidenziato che l'innovazione e in particolare quella aperta non deve essere analizzata solo in termini di costi, perché in un contesto afflitto da pandemia tale questione è da considerarsi come un aspetto secondario rispetto al fattore "tempo" che è ritenuto prezioso ed essenziale nella corsa verso la ricerca di soluzioni efficaci. D'altronde, gli autori evidenziano che le buone idee possono provenire da qualsiasi ambito, e quindi rendere i sistemi aperti è un imperativo in questi tempi di crisi. L'apertura accelererà i processi di innovazione interna e consente di trarre vantaggio dalla conoscenza degli altri, anche se chiaramente si permette agli altri di sfruttare per i loro affari le proprie conoscenze. Ciò creerà sicuramente più sperimentazioni, genererà più conoscenza ed esplorerà più modi per applicare tale conoscenza alle attività dei clienti.

Williams e Kayaoglu¹⁴, nel loro studio, hanno evidenziato che il sostegno finanziario temporaneo alle imprese e ai lavoratori interessati offerto dalle autorità governative ha generato delle conseguenze significative sul lavoro sommerso. Gli autori ritengono che sostegni finanziari temporanei associati a dichiarazioni volontarie possono rappresentare le modalità più efficaci per in-

¹¹ S. KRAUS, T. CLAUSS, M. BREIER, J. GAST, A. ZARDINI, V. TIBERIUS, *The economics of Covid-19: initial empirical evidence on how family firms in five European countries cope with the corona crisis*, in *International Journal of Entrepreneurial Behavior & Research*, 214(1), 2020, p. 26.

¹² P.C. ADDO, F. JIANG, N.B. KULBO, L. LIANGQIANG, *Covid-19: fear appeal favoring purchase behavior towards personal protective equipment*, in *The Service Industries Journal*, 40(7-8), 2020, pp. 471-490.

¹³ H. CHESBROUGH, *To recover faster from Covid-19, open up: Managerial implications from an open innovation perspective*, in *Industrial Marketing Management*, 88, 2020, pp. 410-413.

¹⁴ C.C. WILLIAMS, A. KAYAOGU, *Covid-19 and undeclared work: impacts and policy responses in Europe*, in *The Service Industries Journal*, 2020, pp. 1-18.

coraggiare imprese e lavoratori a uscire dall'ombra e a dichiarare le loro precedenti attività svolte soprattutto nei settori dell'ospitalità, del commercio al dettaglio e dei servizi alla persona.

Nel lavoro di Hartmann e Lussier¹⁵ viene applicato il modello sul cambiamento organizzativo teorizzato da Leavitt, per affrontare l'impatto e la risposta a shock esogeni, come quello causato dall'attuale pandemia sulle vendite B2B anche rispetto alla capacità di adattamento, alla flessibilità e alla resilienza dei competitors. Si tratta di una situazione diversa dalle precedenti perché non ci sono elementi per poter comprendere quando sarà effettivamente possibile iniziare una fase di ripresa. Tale situazione di incertezza, differenzia la pandemia da Covid-19 dall'11 settembre 2001 e da molti altri eventi esogeni inaspettati che avendo avuto un termine chiaramente individuabile hanno consentito di poter formulare delle proiezioni più concrete sul futuro. Pertanto, l'impatto della pandemia da Covid-19 sulle forze di vendita e la risposta possono essere molto più complicati rispetto al passato e può essere impossibile per i manager sviluppare una piena comprensione degli effetti che si manifesteranno. Tuttavia, i dirigenti e i responsabili delle vendite devono assumere delle decisioni in modo da evitare l'esaurimento delle riserve di liquidità e incrementare i ricavi. Ciò può verificarsi autorizzando i venditori a offrire sconti o prodotti/servizi complementari in cambio di un pagamento immediato.

Sheth¹⁶ nel suo studio ha rimarcato che il miglior modo per sopravvivere, a eventi globali come quello che stiamo vivendo, è imparare dal passato, attuare strategie di cambiamento e adattamento. Infatti, le imprese industriali applicando le seguenti modalità possono non solo sopravvivere ma addirittura prosperare:

- orientamento agli *stakeholder*;
- misurare le prestazioni in termini di soddisfazione e benessere della comunità, dei fornitori, dei clienti, dei dipendenti e più in generale di tutti gli *stakeholder*;
- diventare un cliente migliore per i propri fornitori che vengono considerati come i veri creatori di valore per la rilevanza che assume l'approvvigionamento di materie prime e di componentistica. in una situazione di crisi come la pandemia di coronavirus, avere la possibilità di utilizzare il fornitore per consulenze e assistenza può rappresentare un fattore chiave di differenziazione;
- focus sulla centralità del cliente attraverso attività di consulenza basata sulla fiducia;

¹⁵ N.N. HARTMANN, B. LUSSIER, *Managing the sales force through the unexpected exogenous Covid-19 crisis*, cit., pp. 101-111.

¹⁶ J. SHETH, *Business of business is more than business: managing during the covid crisis*, in *Industrial Marketing Management*, vol. 88, 2020, pp. 261-264.

- innovare la tecnologia IT;
- aggiungere obiettivi che vanno oltre il semplice conseguimento del profitto operando in ottica di *triple bottom line*.

3.2. Mappatura scientifica

Nella ricerca attuale, la metodologia bibliometrica è associata alla mappatura scientifica¹⁷. In tal modo si può analizzare un campo di ricerca, così come è possibile individuare e visualizzare i suoi sottodomini concettuali (argomenti particolari o generali), insieme all'evoluzione delle sue tematiche. A partire da tali presupposti, in questo studio attraverso la mappatura scientifica è stato possibile rilevare tre temi di ricerca relativi al Covid-19 e più in generale all'attuale pandemia di cui due considerati come "principali". Infatti, "Performance" e "Crisis" presentando elevati livelli di densità e centralità risultano rilevanti per il loro contributo alla crescita della conoscenza sul tema oggetto di indagine. Tuttavia, tra i due temi si distingue "performance", perché presenta un *range* di densità e di centralità pari a 1 rispetto a "Crisis", che mostra un *range* di densità e di centralità pari a 0,67. Il tema "Health" avendo riportato un *range* di densità e di centralità decisamente inferiore, perché pari a 0,33, è considerato come emergente o in declino.

Clusters information

Name	Centrality	Centrality range	Density	Density range
PERFORMANCE	40.03	0.67	39.1	1
CRISIS	40.38	1	14.65	0.67
HEALTH	12.64	0.33	11.93	0.33




Fonte: elaborazione propria

Come si evince anche dal grafico che segue, analizzando le prestazioni rilevate, emerge che ogni nodo presenta un volume equivalente alla numerosità di documenti principali, all'*h-Index* e al numero di citazioni ottenute. Pertanto, è stato riscontrato che il termine più ricorrente nei do-

¹⁷ M.J. COBO, A.G. LÓPEZ-HERRERA, E. HERRERA-VIEDMA, F. HERRERA, *Science mapping software tools: Review, analysis, and cooperative study among tools*, in *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, 62(7), 2011, pp. 1382-1402; M.J. COBO, A.G. LÓPEZ-HERRERA, E. HERRERA-VIEDMA, F. HERRERA, *An approach for detecting, quantifying, and visualizing the evolution of a research field: A practical application to the fuzzy sets theory field*, in *Journal of informetrics*, 5(1), 2011, pp. 146-166.

cumenti esaminati è “*Crisis*”, seguito da “*Performance*” mentre è decisamente più distanziato “*Health*”. Se il parametro considerato è l’*hIndex*, tutti e tre i nodi presentano la stessa ampiezza, invece prendendo in esame la somma delle citazioni non si riscontrano allo stato attuale divergenze significative.

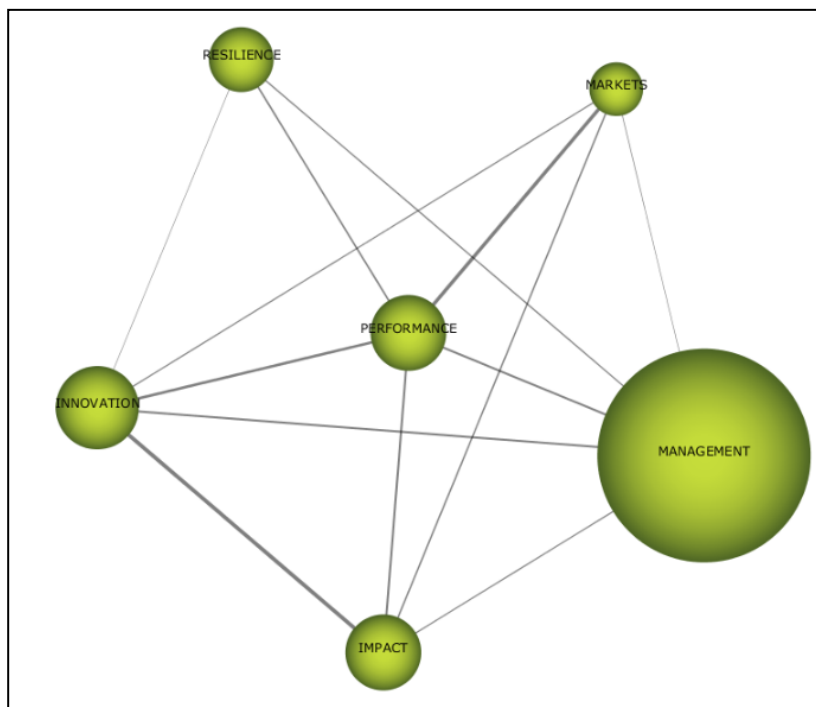
Mappa di evoluzione

Numerosità dei documenti principali	hIndex	Numero di citazioni
		
<p>Crisis = 67 Performance = 54 Health = 18</p>	<p>Performance = 3 Crisis = 3 Health = 3</p>	<p>Performance = 39 Crisis = 38 Health = 30</p>

Fonte: elaborazione propria

Diverse sono le parole relazionate a ogni nodo che presentano un nesso concettuale con ciascuno di essi. È bene ricordare che la circonferenza dei nodi di ciascun cluster denota la frequenza e la rilevanza dei termini nell’ambito del cluster stesso, mentre lo spessore delle linee di congiunzione tra i vari nodi evidenzia l’intensità della relazione tra gli stessi. Di conseguenza, dall’esame del primo cluster si può rilevare che il tema di ricerca “*Performance*” si sviluppa associato soprattutto al termine “*Management*” anche se presenta legami forti con “*Innovation*” e “*Markets*”; inoltre, non sono trascurabili i legami con “*Resilience*” e “*Impact*”.

Cluster “Performance”



Fonte: elaborazione propria

Per quanto riguarda le performance, in molti contributi si fa riferimento agli effetti della pandemia sulle imprese. I massicci blocchi e le misure di distanziamento sociale hanno diminuito sensibilmente la produzione e i consumi di molte categorie di beni e servizi. Inoltre, gli sforzi per cercare di contenere la diffusione del virus hanno indotto moltissimi paesi a chiudere i propri confini ostacolando anche il flusso internazionale di merci, capitali e persone interrompendo le catene di approvvigionamento¹⁸.

È stato riscontrato, infatti, che l'attività commerciale in tutta la zona euro è crollata al minimo storico nel marzo 2020 e la produzione industriale statunitense ha mostrato il più grande calo mensile dalla fine della seconda guerra mondiale¹⁹. Come evidenziato, il *manufacturing* è uno dei settori più gravemente colpiti insieme a quello dei servizi di alloggio e di ristorazione, del settore immobiliare e del commercio all'ingrosso e al dettaglio. Inoltre, è stato rilevato che la pan-

¹⁸ Y. LIU, J.M. LEE, C. LEE, *The challenges and opportunities of a global health crisis: the management and business implications of Covid-19 from an Asian perspective*, in *Asian Business & Management*, 9, 2020, pp. 277-297.

¹⁹ M. BADKAR, B. GREELEY, *New data shows vast scale of US economic breakdown*, in *Financial Times*, April 15, 2020.

demia ha influito sia sulle performance²⁰ aziendali e sulle dinamiche comportamentali, sia sulle motivazioni di acquisto di natura edonistica e utilitaristica dei consumatori²¹. In seguito alle necessarie attività di riorganizzazione dei layout, alla chiusura delle aree comuni, all'introduzione dei controlli della temperatura e dei test sierologici, al mantenimento della distanza sociale, all'organizzazione di turni e di aperture straordinarie, per ridurre il numero di individui presenti in azienda, le performance economico-finanziarie e i tempi di consegna di beni e servizi sono stati notevolmente influenzati da queste misure. È stato evidenziato da Rapaccini et al.²² che un determinato livello di domanda di prodotti e servizi andrà necessariamente perso anche se al momento non è possibile quantificarla, mentre una parte potrebbe potrà essere soddisfatta in futuro se si mutano le modalità organizzative. Comunque, sulla base dell'esperienza passata è ipotizzabile che si potranno riscontrare conseguenze diverse tra i diversi paesi determinate dall'eterogeneità delle strutture economiche nazionali e delle reti commerciali. Ciò è rilevabile dai risultati di uno studio condotto dalla Banca Mondiale da cui si evince che le perdite del PIL dovute alla pandemia potrebbero essere più gravi in quei paesi che sono particolarmente dipendenti dal commercio e/o nei quali il turismo svolge un ruolo importante nell'economia²³.

Come evidenziato da alcuni studiosi, bisogna tenere presente che anche gli shock esogeni innescano processi di innovazione e rinnovamento riconducibili alla teoria schumpeteriana di “distruzione creatrice”. Infatti, secondo Gehman e Höllerer²⁴ emergono nuovi bisogni e si presentano nuove opportunità per la creatività imprenditoriale in situazioni in cui il rapporto tra domanda e offerta subisce delle alterazioni.

Il secondo cluster si sviluppa attorno al termine “*Crisis*” definito come «disruption that physically affects a system as a whole and threatens its basic assumptions, its subjective sense of self, its existential core»²⁵. Tuttavia, nello studio di Zenker e Kock²⁶ è stato rilevato che nella realtà

²⁰ M. RAPACCINI, N. SACCANI, C. KOWALKOWSKI, M. PAIOLA, F. ADRODEGARI, *Navigating disruptive crises through service-led growth: The impact of Covid-19 on Italian manufacturing firms*, in *Industrial Marketing Management*, 88, 2020, pp. 225-237.

²¹ P.C. ADDO, F. JIANG, N.B. KULBO, L. LIANGQIANG, *Covid-19: fear appeal favoring purchase behavior towards personal protective equipment*, cit., pp. 471-490.

²² M. RAPACCINI, N. SACCANI, C. KOWALKOWSKI, M. PAIOLA, F. ADRODEGARI, *Navigating disruptive crises through service-led growth: The impact of Covid-19 on Italian manufacturing firms*, cit., pp. 225-237.

²³ M. MALISZEWSKA, A. MATTOO, D. VAN DER MENSBRUGGHE, *The potential impact of Covid-19 on GDP and trade: A preliminary assessment*, *Policy Research Working Paper 9211*, The World Bank, 2020, pp. 1-20.

²⁴ J. GEHMAN, M.A. HÖLLERER, *Venturing into the cultural future: Research opportunities at the nexus of institutions, innovation, and impact*. *Innovation*, in *Organization & Management*, 21(1), 2019, pp. 229-248.

²⁵ T.C. PAUCHANT, I.I. MITROFF, *Transforming the crisis-prone organization: Preventing individual, organizational, and environmental tragedies*, San Francisco, 1992.

attuale la pandemia debba essere considerata come un evento unico nel suo genere e come la combinazione di uno stato di crisi associato a ciò che è riconducibile al concetto di “disastro”. Dove per “disastro” si intende una «situazione in cui un’impresa [...] deve confrontarsi con un cambiamento catastrofico improvviso e imprevedibile su cui ha uno scarso controllo»²⁷. Pertanto si evince che se la causa è dovuta a qualche incapacità organizzativa interna di agire si tratta di una crisi, altrimenti se scaturisce da un evento esterno su cui l’organizzazione non ha alcun controllo, è più opportuno parlare di disastro²⁸. Comunque, la categorizzazione dell’evento è ritenuta utile per comprendere quali eventuali teorie e *framework* già esistenti possono essere presi in considerazione per spiegare gli attuali fenomeni osservati. D’altronde, la gestione di situazioni di crisi è una questione di lunga data nella ricerca aziendale e gestionale²⁹. Dal momento che la pandemia da Covid-19 ha generato uno shock esogeno molto grave e di ampia portata, come evidenziato da Hartmann e Lussier³⁰, è importante individuare i *framework* che possono supportare i manager aziendali a comprendere l’impatto e individuare le modalità di reazione rispetto a situazioni di questo tipo, oltre a prepararli ad affrontare con tempestività eventuali altre crisi future. Secondo Zenker e Kock³¹, tra i *framework* rilevanti per tale finalità rientrano ciò che è in linea con altri approcci di pensiero sistemico, come *service ecosystems*³², oppure la teoria del caos³³ e la teoria dei sistemi³⁴.

²⁶ S. ZENKER, F. KOCK, *The coronavirus pandemic. A critical discussion of a tourism research agenda*, in *Tourism Management*, 81, 2020, pp. 104-164.

²⁷ N. SCOTT, E. LAWS, *Tourism crises and disasters: Enhancing understanding of system effects*, in *Journal of Travel & Tourism Marketing*, 19, 2005, pp. 151-160.

²⁸ B.W. RITCHIE, Y. JIANG, *A review of research on tourism risk, crisis and disaster management: Launching the annals of tourism research curated collection on tourism risk, crisis and disaster management*, in *Annals of Tourism Research*, 79, 2009.

²⁹ G. GEORGE, J. HOWARD-GRENVILLE, A. JOSHI, L. TIHANYI, *Understanding and tackling societal grand challenges through management research*, in *Academy of Management Journal*, 59(6), 2016, pp. 1880-1895; J. BUNDY, M.D. PFARRER, C.E. SHORT, W.T. COOMBS, *Crises and crisis management: Integration, interpretation, and research development*, in *Journal of Management*, 43(6), 2017, pp. 1661-1692.

³⁰ N.N. HARTMANN, B. LUSSIER, *Managing the sales force through the unexpected exogenous Covid-19 crisis*, cit., pp. 101-111.

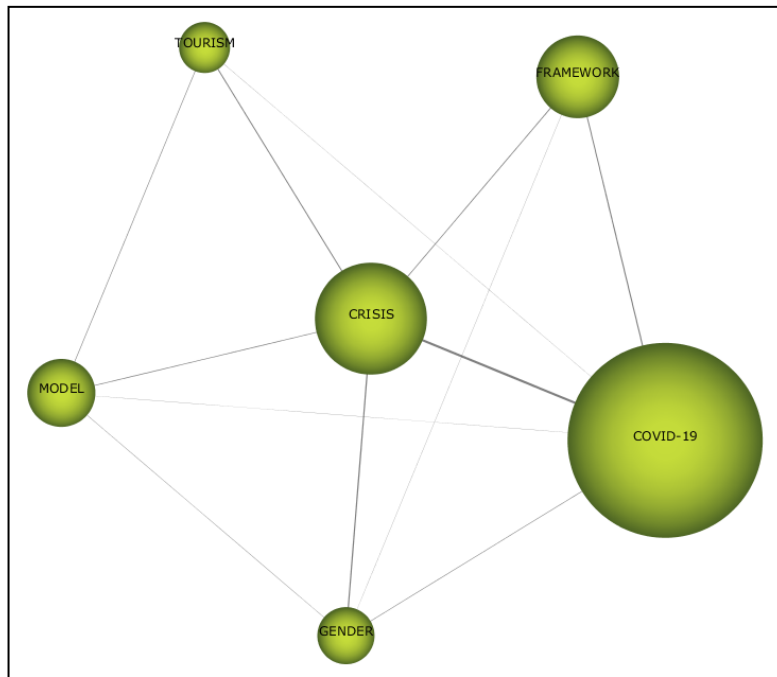
³¹ S. ZENKER, F. KOCK, *The coronavirus pandemic. A critical discussion of a tourism research agenda*, cit.

³² S.L. VARGO, H. WIELAND, M.A. AKAKA, *Innovation through institutionalization: a service ecosystems perspective*, in *Industrial Marketing Management*, 44, pp. 63-72.

³³ B. FAULKNER, R. RUSSELL, *Turbulence, chaos and complexity in tourism systems: A research direction for the new millennium*, in R. FAULKNER, G. MOSCARDO, E. LAWS, *Tourism in the 21st century: Lessons from experience*, London, 2000, pp. 328-349; A. ZAHRA, C. RYAN, *From chaos to cohesion - complexity in tourism structures: An analysis of New Zealand’s regional tourism organizations*, in *Tourism Management*, 28(3), 2008, pp. 854-862.

³⁴ L. VON BERTALANFFY, *General System Theory*, in F.E., EMERY, *General System*, Yearbook of the Society for the Advancement of General System Theory, 1956; ID., *General System Theory. Foundations, Development, Applications*, New York, 1968; N. LUHMANN, *Einführung in die Systemtheorie*, Heidelberg, 2002.

Cluster "Crisis"



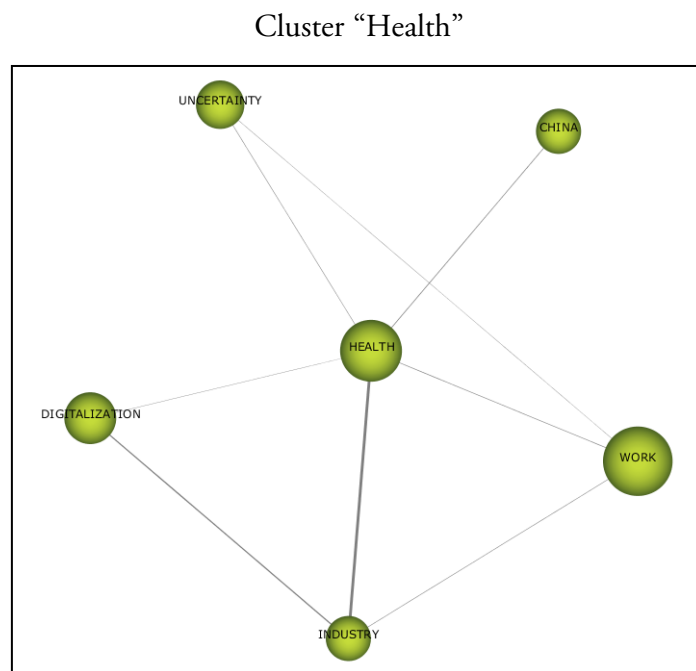
Fonte: elaborazione propria

L'ultimo cluster presenta come nodo centrale il termine "*Health*" che consente di evidenziare che, anche se la diffusione dell'epidemia da Covid-19 ha avuto un impatto drammatico per quanto riguarda in primis il costo di vite umane, le ripercussioni sono state gravissime a livello economico³⁵, in un contesto altamente connesso in cui sia il commercio che gli investimenti esteri sono sempre più globalizzati e la maggior parte della popolazione è urbanizzata. Tale situazione ha generato, e probabilmente continuerà a farlo ancora per tanto tempo, rilevanti costi diretti e indiretti. Per costi diretti si fa riferimento all'impiego di risorse per far fronte alle spese mediche, mentre tra quelli indiretti si possono annoverare i costi presenti e futuri imposti alla società da patologie e disabilità, in particolare, le perdite causate da riduzioni di produttività o di disponibilità della forza lavoro³⁶. Il Covid-19 ha accelerato due importanti tendenze per il futuro: il distacco dalle catene di fornitura cinesi e la delocalizzazione delle operazioni strategiche di produzione fuori dai confini cinesi. Per fronteggiare le conseguenze dello shock causato dalla pandemia devono essere sviluppati modelli predittivi che tengano conto delle incertezze e dei fattori di rischio nella

³⁵ C. GIBSON, *From "social distancing" to "care in connecting": An emerging organizational research agenda for turbulent times*, in *Academy of Management Discoveries*, 6(2), 2020, pp. 165-169.

³⁶ Y. LIU, J.M. LEE, C. LEE, *The challenges and opportunities of a global health crisis: the management and business implications of Covid-19 from an Asian perspective*, cit., pp. 277-297.

programmazione proattiva e nella pianificazione dinamica delle attività di fornitura. Tali modelli predittivi favoriranno l'assunzione di decisioni aziendali mediante l'interpretazione dei risultati di analisi di tipo what-if dei vari scenari e a considerare se è utile integrare l'automazione e l'intelligenza artificiale per aumentare l'efficienza³⁷.



Fonte: elaborazione propria

4. Discussione dei risultati

Secondo Rapaccini et al.³⁸, gravi situazioni di crisi come la recessione globale del 2009 e l'attuale pandemia hanno evidenziato che molti mercati industriali maturi, contraddistinti da lunghi periodi di stabilità, che hanno favorito adattamenti incrementali, sono esposti anche a periodi (più o meno brevi) di cambiamenti radicali. Pertanto, per affrontare situazioni di questo tipo, che presentano elevati livelli di complessità, le aziende devono adottare strategie e dotarsi di strutture organizzative che facilitino alti livelli di cambiamento oltre che di tipo incrementale anche di tipo radicale ed esplorativo. Ciò al fine di assumere nuove posizioni di mercato, potenzial-

³⁷ *Ibid.*

³⁸ M. RAPACCINI, N. SACCANI, C. KOWALKOWSKI, M. PAIOLA, F. ADRODEGARI, *Navigating disruptive crises through service-led growth: The impact of Covid-19 on Italian manufacturing firms*, cit., pp. 225-237.

mente superiori, da poter sfruttare in futuro, sia attraverso il ricorso a nuovi modelli di business che con la predisposizione di nuovi ecosistemi di servizio.

Tutto questo non preclude la capacità di assumere una posizione difensiva, per proteggere la posizione di mercato acquisita e consolidare il proprio business attraverso una maggiore efficienza delle prestazioni (a esempio attraverso la standardizzazione delle procedure, l'automazione dei compiti, la gestione della qualità e la formazione dei dipendenti). Dunque, per sopravvivere, le aziende devono sviluppare attività resilienti che siano resistenti a qualsiasi forma di attacco³⁹.

In un contesto caratterizzato da elevata turbolenza e volatilità, elementi fondamentali alla base della resilienza sono la flessibilità e l'elasticità attuate non solo a livello endogeno ma anche esogeno.

La resilienza è considerata come la capacità di affrontare rapidamente eventi inaspettati, rispondere alle interruzioni e riprendersi, mantenendo la continuità delle attività al livello desiderato. Per essere resilienti il management aziendale deve possedere l'attitudine di «riflettere sulla necessità di ricostruire le proprie attività alla ricerca di nuove opportunità e alla messa in atto di nuove idee per lo sviluppo, dopo l'evento di crisi»⁴⁰. In particolare, secondo Rapaccini et al.⁴¹, le imprese manifatturiere devono sviluppare strategie guidate dai servizi, concependo offerte di prodotti/servizi digitali, accrescendo le loro conoscenze e competenze industriali, mantenendo/rafforzando la posizione acquisita nel tempo. In pratica bisogna essere orientati verso una riconfigurazione delle attività, che contribuiscono alla creazione di valore, accrescendo e diversificando l'offerta per raggiungere e consolidare una solida posizione competitiva. A titolo esemplificativo si fa riferimento ai servizi digitali che possono essere incorporati in un prodotto fisico⁴². Tuttavia, in uno scenario fortemente dinamico per rendere sostenibile una strategia competitiva è

³⁹ M.K. LINNENLUECKE, *Resilience in business and management research: A review of influential publications and a research agenda*, in *International Journal of Management Reviews*, 19(1), 2019, pp. 4-30; S. DUCHEK, *Organizational resilience: a capability-based conceptualization*, in *Business Research*, 13(1), 2020, pp. 215-246; M.S. GOLAN, L.H. JERNEGAN, I. LINKOV, *Trends and applications of resilience analytics in supply chain modeling: systematic literature review in the context of the Covid-19 pandemic*, in *Environment Systems & Decisions*, 40, 2020, pp. 222-243.

⁴⁰ P. MUÑOZ, J. KIMMITT, E. KIBLER, S. FARNY, *Living on the slopes: Entrepreneurial preparedness in a context under continuous threat*, in *Entrepreneurship and Regional Development*, 31(5-6), 2019, pp. 413-434.

⁴¹ M. RAPACCINI, N. SACCANI, C. KOWALKOWSKI, M. PAIOLA, F. ADRODEGARI, *Navigating disruptive crises through service-led growth: The impact of Covid-19 on Italian manufacturing firms*, cit., pp. 225-237.

⁴² F. VENDRELL-HERRERO, O. BUSTINZA, G. PARRY, N. GEORGANTZIS, *Servitization, digitization and supply chain interdependency*, in *Industrial Marketing Management*, 60, 2017, pp. 69-81.

necessario anche operare in modo interattivo, sia a livello endogeno che esogeno, per sfruttare opportunità di business innovative trasversali rispetto a numerosi comparti economico-produttivi⁴³.

Per affrontare la crisi si può adottare un processo di innovazione suddiviso in tre fasi: interrompere, definire e sviluppare e trasformare⁴⁴. *In primis*, è necessario attuare un profondo cambiamento nel modo in cui le attività vengono svolte per cercare soluzioni creative e innovative che consentono all'azienda di adattarsi alla nuova situazione. Successivamente si deve valutare la dotazione di risorse a disposizione che deve essere adeguata a supportare soluzioni dirompenti.

Una dinamica evolutiva attuata attraverso la trasformazione ha come finalità la crescita della competitività e, in un contesto afflitto da una situazione di shock sistemico, la resilienza. Queste azioni influiscono anche sulla reputazione aziendale presso gli stakeholder e favoriscono l'apertura verso nuovi mercati B2B e B2B2C. Inoltre, le trasformazioni richiederanno anche ai marketer di ripensare le pratiche consolidate. Ciò scaturisce anche da quanto emerso dai risultati di un'indagine svolta dalla McKinsey, tra più di 3600 *decision maker* B2B, in cui è stato evidenziato come quasi il 90% delle operazioni di vendita avviene attualmente attraverso piattaforme digitali.

In tale studio viene, inoltre, indicato che oltre la metà degli intervistati ritiene il nuovo modello di vendita altrettanto efficace, se non di più, rispetto a quelli tradizionali B2B. Tali considerazioni sono coerenti con quanto sostenuto anche da Heyden et al., i quali ritengono che innovazione radicale e cambiamento organizzativo siano strettamente correlate perché inducono l'azienda ad apprendere, sviluppare, riconfigurare le proprie capacità e "rompere" con il passato. Tuttavia, un cambiamento radicale in risposta a situazioni di gravi crisi è attuabile se i top manager interagiscono proficuamente con i quadri intermedi, che fungono da interlocutori chiave tra l'azienda e il suo ambiente, nonché da collegamento tra il livello esecutivo e la direzione dell'organizzazione stessa⁴⁵. Anche per semplificare le interazioni interne e quelle con l'ambiente esterno, le organizzazioni devono sfruttare le opportunità offerte dalla digitalizzazione al fine di acquisire informazioni critiche sul mercato e sui clienti. Proprio per soddisfare al meglio le richieste di un mercato fortemente dinamico, le aziende devono progettare una struttura di vendita de-

⁴³ <https://www.agendadigitale.eu/industry-4-0/cose-la-digital-servitization-e-come-sta-cambiando-leconomia/>.

⁴⁴ P. CANKURTARAN, M.B. BEVERLAND, *Using design thinking to respond to crises: B2B lessons from the 2020 Covid-19 pandemic*, in *Industrial Marketing Management*, 88, 2020, pp. 255-260.

⁴⁵ M.L. HEYDEN, R. WILDEN, C. WISE, *Navigating crisis from the backseat? How top managers can support radical change initiatives by middle managers*, in *Industrial Marketing Management*, 88, 2020, pp. 305-313.

finita come “*Adaptive Salesforce*”⁴⁶ che prevede tre aree di cambiamento. In tal modo anche la forza di vendita diventa resiliente se presenta in primis caratteri riconducibili alla flessibilità, per poter concentrare gli sforzi e le risorse dove sono necessari, e sia adattabile alle esigenze e alle aspettative del cliente.

Nella vendita adattiva, i venditori sono focalizzati sulle relazioni oltre a sviluppare e implementare una comunicazione incentrata su ogni cliente. Inoltre, possono apportare rapidi aggiustamenti in risposta al feedback che ottengono da quest'ultima categoria di stakeholder prioritari. Ciò rientra nell'area di cambiamento definita come “*Functional adaptability*” dove, per aumentare la propria adattabilità funzionale, la forza vendita deve ampliare le proprie competenze e seguire tutte le fasi della vendita. La necessità dell'adattabilità funzionale è più critica nei periodi di crisi perché, anche se opportunità di vendita possono diventare molto scarse, si possono consolidare le relazioni esistenti e cercare nuovi clienti. È assolutamente rilevante che gli addetti alle vendite siano coinvolti in tutte le attività di cessione, in modo che possano percepire tempestivamente eventuali mutamenti che dovessero verificarsi nella domanda.

Un'altra forma di adattabilità, detta “*Scale adaptability*”, è focalizzata sulla soddisfazione delle esigenze emergenti dei clienti attraverso il ricorso a una forza di vendita, che alle tradizionali modalità, associ un reparto vendite interno che contatta i clienti tramite rete telefonica o altri sistemi informatici, email, social media, *key account management* gestendo i clienti più importanti, venditori indipendenti e part-time. Tale forma di adattabilità prevede anche che le funzioni di vendita possano essere rapidamente esternalizzate. Per ottenere i risultati migliori, è però necessario che l'azienda e gli *outsourcer* collaborino in modo consonante e che anche i venditori siano fortemente coinvolti nelle attività esternalizzate.

L'ultima forma di adattabilità è detta “*Technology adaptability*”, in cui la forza vendita utilizza le tecnologie per interagire con i clienti. Come evidenziato da Cankurtaran e Beverland⁴⁷, se per alcune aziende sopravvivere alla crisi può essere il miglior risultato possibile, per altre l'uso di metodi e strumenti di progettazione può portare a una maggiore reputazione, a un'integrazione a monte e a valle e all'ingresso in nuovi mercati. Comunque, la “nuova normalità” richiederà una

⁴⁶ A. SHARMA, D. RANGARAJAN, B. PAESBRUGGHE, *Increasing resilience by creating an adaptive salesforce*, in *Industrial Marketing Management*, 88, 2020, pp. 238-246.

⁴⁷ P. CANKURTARAN, M.B. BEVERLAND, *Using design thinking to respond to crises: B2B lessons from the 2020 Covid-19 pandemic*, cit., pp. 255-260.

maggior attenzione alla gestione del rischio e alla pianificazione degli scenari, con l'impiego di risposte rapide alle sfide emergenti.

5. Considerazioni conclusive e implicazioni manageriali

Sin dai primi anni del nuovo millennio si è assistito a un notevole incremento della connettività globale tra persone e mercati. Di conseguenza, si è diffusa la propensione delle aziende a soddisfare i mercati globali, assumere una forza lavoro globale e fare affidamento su una catena di fornitura globale⁴⁸. Tale connettività ha determinato da un lato l'incremento di opportunità economiche, dall'altro ha amplificato gli effetti derivanti da questioni locali in uno scenario globale. In questo contesto, il mondo ha affrontato crisi finanziarie, di sicurezza e di salute che rappresentano minacce senza precedenti a questa nuova connettività globalizzata⁴⁹.

D'altronde, come evidenziato da Hwang e Höllerer⁵⁰, attualmente stiamo vivendo quello che le generazioni future potranno definire un momento di "rottura radicale" che ha accelerato una grande trasformazione sociale a livello globale. È indubbio che la pandemia da Covid-19 ha compromesso l'economia globale e ogni singola attività, e sono completamente cambiate le modalità organizzative delle aziende di qualunque natura. Basti pensare al fatto che proprio molte attività sono state trasferite negli ambienti virtuali e "lavorare da casa" è diventata la "nuova normalità".

Lo shock pandemico ha accelerato un massiccio cambiamento in fattori altamente istituzionalizzati della nostra vita collettiva grazie a tendenze già in atto, si pensi ad esempio al declino dell'uso di denaro contante e all'aumento dei sistemi di pagamento *contactless*⁵¹. Il diffuso utilizzo delle tecnologie informatiche e della comunicazione ha favorito una rapida implementazione di modelli di lavoro innovativi e nuovi modi di organizzare gruppi collettivi che hanno determinato un "balzo culturale"⁵². Come indicato sempre da Hwang e Höllerer⁵³, chi avrebbe mai pensato

⁴⁸ A. SHARMA, *What personal selling and sales management recommendations from developed markets are relevant in emerging markets?*, in *Journal of Personal Selling & Sales Management*, 36(2), 2016, pp. 89-104.

⁴⁹ D. BIGGS, R. BIGGS, V. DAKOS, R.J. SHOLES, M. SCHOON, *Are we entering an era of concatenated global crises?*, in *Ecology and Society*, 16(2), 2011.

⁵⁰ H. HWANG, M.A. HÖLLERER, *The Covid-19 Crisis and Its Consequences: Ruptures and Transformations in the Global Institutional Fabric*, in *The Journal of Applied Behavioral Science*, 56(3), 2020, pp. 294-300.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² J. GEHMAN, M.A. HÖLLERER, *Venturing into the cultural future: Research opportunities at the nexus of institutions, innovation, and impact*. *Innovation*, cit., pp. 229-248.

che le università sarebbero riuscite a creare ambienti virtuali di apprendimento e insegnamento in modo così efficace e in tempi brevissimi, che è stato possibile condurre ricerche e organizzare conferenze esclusivamente su piattaforme virtuali oppure che alcune aziende potrebbero affrontare con successo l'attuale stato di crisi?

Lo shock causato dalla crisi sanitaria globale, nonostante abbia determinato una smisurata quantità di danni a livello socio-economico, può trasformarsi in opportunità se le grandi aziende avranno la capacità di reinventarsi e compiere una rapida transizione per concentrarsi sulla cocreazione di valore sostenibile adattandosi rapidamente ai cambiamenti intervenuti nella catena del valore globale determinatisi in seguito alle interruzioni dei trasporti, della logistica e del trasferimento delle risorse. Le piccole e medie imprese potranno sfruttare la loro flessibilità e agilità strategica per rispondere alle esigenze del mercato e alle richieste del mercato⁵⁴. Inoltre, i settori industriali, sia manifatturieri che dei servizi, dovrebbero essere fortemente reattivi sfruttando le proprie caratteristiche distintive.

Come evidenziato da Liu et al.⁵⁵ l'attuale crisi può offrire alle aziende manifatturiere opportunità di transizione verso la fornitura di servizi in risposta ai cambiamenti nei comportamenti dei consumatori, capitalizzando al contempo le dinamiche dei mercati di esportazione globali. Tuttavia, le capacità organizzative associate all'agilità strategica non sono correlate soltanto alla disponibilità e all'allocazione delle risorse, ma richiedono l'implementazione di meccanismi di coordinamento per attivare e sfruttare sia le risorse che le conoscenze e competenze acquisite.

Le aziende, comunque, possono migliorare la loro reputazione, avere la possibilità di acquisire ulteriori risorse da destinare a processi innovativi e quindi contribuire a sostenere la propria resilienza⁵⁶, per affrontare l'attuale shock esogeno causato dal Covid-19, implementando iniziative di responsabilità sociale e modelli di business sostenibili.

⁵³ H. HWANG, M.A. HÖLLERER, *The Covid-19 Crisis and Its Consequences: Ruptures and Transformations in the Global Institutional Fabric*, cit., pp. 294-300.

⁵⁴ Y. WEBER, S.Y. TARBA, *Strategic agility: A state of the art introduction to the special section on strategic agility*, in *California Management Review*, 56(3), 2014, pp. 5-12.

⁵⁵ Y. LIU, J.M. LEE, C. LEE, *The challenges and opportunities of a global health crisis: the management and business implications of Covid-19 from an Asian perspective*, cit., pp. 277-297.

⁵⁶ N. ORTIZ-DE-MANDOJANA, P. BANSAL, *The long-term benefits of organizational resilience through sustainable business practices*, in *Strategic Management Journal*, 37(8), 2016, pp. 1615-1631.

A compendio del presente studio, risulta evidente che le imprese per sfruttare le opportunità che derivano dall'attuale situazione di criticità, hanno bisogno di nuove e adeguate capacità organizzative, innovazione e imprenditorialità.

MARIA FEDELE, VINCENZO FORMISANO
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

MODELLI DI REGOLAZIONE SOCIALE POST COVID-19

1. Introduzione - 2. La viralità delle crisi: dalla grande recessione alla pandemia Covid-19 - 3. Il rischio occupazionale e la precarietà esistenziale: cosa ci dice l'economia comportamentale - 3.1. I costi pecuniari e non pecuniari della disoccupazione - 3.2. I costi della flessibilità, l'assetto del mercato del lavoro e le politiche anticicliche - 3.3. I costi non pecuniari della flessibilità e l'economia comportamentale: l'adattamento edonico - 3.4. L'avversione alla perdita, la preferenza per lo status quo e l'effetto di dotazione - 3.5. Le determinanti ultime dell'adattamento edonico e dell'avversione alla perdita - 4. Sintesi e conclusioni

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi trent'anni, soprattutto nelle economie avanzate, il presente è divenuto sempre più schiavo della paura di un futuro incerto. È cresciuta la disegualianza, si è ridotta la mobilità sociale ed è aumentato il grado di incertezza e di precarietà, effettiva e percepita, cui sono esposti gli individui. La Grande Recessione, nata dalle ceneri della crisi finanziaria statunitense del 2007, e la pandemia che stiamo ancora vivendo, hanno contribuito ad accentuare questa condizione di precarietà e fragilità sociale e a evidenziare i limiti dei modelli di regolazione sociale adottati a partire dagli anni '80 da tutte le democrazie liberali. Pur con differenze significative, questi modelli presentano un tratto comune, l'arretramento del ruolo dei Governi e dell'intervento pubblico nella società da cui sono conseguiti cambiamenti per la distribuzione tra individui e gruppi sociali sia dei rischi dell'attività economica, sia del reddito.

Per comune riconoscimento, la pandemia ha riproposto, in termini drammatici, il fondamentale ruolo dei Governi nel gestire le situazioni di crisi – nello specifico, l'emergenza sanitaria ed economica – e a messo in luce gli effetti prodotti dall'indebolimento delle capacità di intervento pubblico, soprattutto in materia di salute e sicurezza sociale. Non è un caso che, tra quelli avanzati, i paesi che meno hanno retto l'impatto della pandemia sono quelli in cui la presenza dello Stato è più debole, come gli USA e il Regno Unito.

Per spiegare le origini di questo indebolimento è necessario analizzare i fondamenti, tanto culturali quanto di teoria economica, che hanno giustificato la progressiva attenuazione dell'intervento pubblico nell'economia in generale, e più specificamente quello finalizzato a prevenire, contrastare e attenuare gli effetti degli shock economici recessivi in particolare. Da tale analisi si trae la conclusione che questi fondamenti sono deboli per almeno un aspetto essenziale: essi sottovalutano

l'impatto effettivo del rischio sul benessere degli individui. Sia l'evidenza empirica, sia alcuni recenti contributi di teoria economica, mostrano infatti come la perdita di benessere associata a una crescente precarietà, soprattutto occupazionale, abbia una rilevante componente psicologica, ignorata da gran parte della teoria economica precedente per ragioni che hanno a che vedere più con l'ideologia che con il rigore dell'analisi. Ne deriva che, malgrado alcuni individui e gruppi sociali abbiano ottenuto vantaggi grazie alla maggiore flessibilità prodotta dai nuovi modelli di intervento (o, meglio, non intervento) pubblico, la perdita complessiva di benessere che ne è risultata appare così rilevante e iniqua nella sua distribuzione da rendere le politiche di regolazione dei mercati, nonché quelle di prevenzione e contrasto degli episodi recessivi, di gran lunga più efficaci e necessarie di quanto comunemente ritenuto.

Non si tratta solo di una questione di equità. L'aumentato grado di precarietà e la forte disuguaglianza nella distribuzione dei benefici della flessibilità rischiano di mettere in discussione lo stesso contratto sociale su cui si basano le democrazie occidentali. Un'inversione di rotta è dunque necessaria, ma essa trova difficoltà ad affermarsi anche a causa dell'indebolirsi dei meccanismi di trasmissione delle preferenze collettive: per contrastare la precarietà e preservare la democrazia i Governi dovrebbero infatti mantenere, o recuperare, il loro ruolo di macro e micro regolatori dell'attività economica, utilizzando tutti gli strumenti a loro disposizione.

Il presente saggio, per le sue finalità e per esigenze di sintesi, privilegerà la chiarezza espositiva al rigore analitico. Quanto all'organizzazione degli argomenti, la prima sezione propone una sintetica descrizione dei cambiamenti che hanno interessato l'economia mondiale negli ultimi trentacinque anni, con particolare attenzione al ruolo svolto dai Governi, alla redistribuzione del rischio dell'attività economica e all'aumentato grado di precarietà. La seconda sezione evidenzia perché il costo della flessibilità sia più elevato e la sua distribuzione più iniqua di quanto ritenuto dalle teorie economiche tradizionali. Infine, la terza sezione propone una sintesi e le conclusioni, basate sull'idea che i Governi debbano tornare a giocare un ruolo attivo, sia a scala nazionale e sovranazionale, nel regolare l'economia e nel prevenire le recessioni.

2. La viralità delle crisi: dalla grande recessione alla pandemia Covid-19

Una lettura semplificata, ma non per questo meno valida della storia umana, suggerisce che i grandi cambiamenti socio-economici siano sempre il frutto di mutamenti nella disponibilità di

risorse, nella tecnologia ma, soprattutto, nelle regole del gioco che le società si sono date. Sebbene sia spesso difficile indicare nessi di causazione precisi e soprattutto univoci, in quanto questi elementi interagiscono tra loro nel determinare la direzione verso la quale l'umanità evolve, l'economia mondiale nel corso degli ultimi trentacinque anni non sembra sfuggire a questa lettura ed è il frutto, secondo dinamiche e tempistiche differenti nei diversi Paesi, dell'azione congiunta di mutamenti della tecnologia e degli assetti regolatori.

Prima la rivoluzione microelettronica, iniziata alla fine degli anni '70, poi la (connessa) digitalizzazione dell'informazione, che ha caratterizzato il decennio successivo, hanno segnato profondamente il modo di produrre beni e servizi, ampliandone la gamma e incidendo anche sui modelli di consumo. Flessibilità, adattabilità e varietà sono state le parole chiave che hanno identificato la prima fase di questa rivoluzione, poi sfociata in quella altrettanto dirompente delle tecnologie della comunicazione. Rispetto ai mutamenti tecnologici radicali sperimentati tra '800 e '900, (energia da vapore, elettricità, motore a combustione interna), il tratto essenziale che ha caratterizzato quelli innescati dalla rivoluzione microelettronica è stato l'accorciamento del ciclo di vita dei prodotti e delle industrie e la conseguente accelerazione del processo di distruzione creatrice di *schumpeteriana* memoria. La necessità di riallocare continuamente le risorse tra le attività economiche divenute obsolete e quelle nuove si è tradotta in un'eguale accelerazione del *turn over* della forza lavoro e nell'invecchiamento precoce delle competenze dei lavoratori, con esiti individuali e sociali differenti a seconda delle opportunità di riqualificazione professionale e della capacità dei diversi sistemi di governare il processo.

In parallelo, si è affermata l'ultima fase della globalizzazione dei mercati, il cosiddetto secondo *unbundling*¹, indotta dalla ulteriore riduzione dei costi di trasporto e soprattutto di comunicazione, accelerata dalla progressiva eliminazione delle barriere alla mobilità di beni, servizi e soprattutto capitali, e favorita anche dalla caduta dei regimi comunisti. Lo spazio tanto economico quanto politico in cui si muovevano le imprese e i Paesi si è ampliato in pochi anni, costringendo le prime ad adeguare strategie e modelli organizzativi, mentre i secondi hanno dovuto fronteggiare il

¹ Baldwin ritiene che il primo *unbundling* (letteralmente, "separazione") della globalizzazione sia stato innescato da innovazioni tecnologiche quali la diffusione del trasporto ferroviario e delle navi a vapore prima, dei container e degli aerei cargo dopo, innovazioni che avrebbero favorito la separazione tra luogo di produzione e luogo di consumo (ossia il commercio internazionale), mentre il secondo *unbundling* sarebbe stato causato dalla rivoluzione informatica, che avrebbe invece favorito la separazione dei luoghi di produzione, con la frammentazione del processo produttivo su scala internazionale e l'enorme incremento del ruolo delle imprese multinazionali (R. BALDWIN, *Globalisation: the great unbundling(s)*, in *Economic Council of Finland, Ufficio del Primo Ministro* ([http://appli8.hec.fr/map/files/globalisationthegreatunbundling\(s\).pdf](http://appli8.hec.fr/map/files/globalisationthegreatunbundling(s).pdf))).

problema del mutamento dei propri assetti istituzionali, pena la perdita di competitività: un cambiamento teso a rispondere principalmente alla domanda crescente di flessibilità rivolta a individui e organizzazioni.

L'entrata progressiva di nuovi protagonisti nella competizione commerciale internazionale, segnatamente dei BRIC (Brasile, Russia, India e Cina), competitivi soprattutto nelle produzioni a minore valore aggiunto, caratterizzate da concorrenza di costo piuttosto che di qualità, ha indotto processi di delocalizzazione favoriti dalla deregolamentazione dei mercati finanziari e dalla accresciuta mobilità dei capitali che ne è conseguita. Sebbene l'impatto del fenomeno sia stato positivo, e non negativo, per i lavoratori dei Paesi emergenti, a farne le spese maggiori sono stati i lavoratori meno qualificati dei Paesi avanzati. L'accresciuta partecipazione dei Paesi emergenti al commercio internazionale ha infatti creato le condizioni perché nuovi produttori a più basso costo del lavoro esercitassero una pressione concorrenziale sulle industrie dei Paesi un tempo considerati più avanzati, finendo col mettere seriamente in discussione le conquiste salariali, di diritti e di *welfare* raggiunte nella prima metà del ventesimo secolo. Un esito con vinti ma anche vincitori, quei ristretti gruppi sociali che hanno governato la riallocazione su scala globale dell'attività produttiva e dei capitali godendone i cospicui frutti.

Alla maggiore domanda di flessibilità che ne è risultata avevano iniziato a dar risposte, sin dagli anni '80 del secolo scorso, il *reaganismo* negli USA e il *tatcherismo* nel Regno Unito, inaugurando quel processo di deregolamentazione dei mercati e di riduzione dei livelli di protezione sociale avviato successivamente anche da gran parte dei Paesi europei. Un processo concretamente e culturalmente sostenuto e legittimato sia da organismi internazionali quali il Fondo Monetario Internazionale (FMI) e l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), sotto l'etichetta di *Washington Consensus*, sia dall'evoluzione del pensiero economico intervenuta a cavallo degli anni '70 e '80, con la diffusione prima e il successo poi di una serie di contributi di ispirazione neoclassica² che rilanciavano la tesi dell'intrinseca efficienza dei mercati non regolamentati e dunque la sostanziale inutilità, quando non la perniciosità, dell'intervento dei Governi.

² La scuola neoclassica nasce attorno al 1870 in contrapposizione alla preesistente scuola classica e rispetto a quest'ultima, che vedeva le classi sociali come protagoniste del processo economico, considera centrale il comportamento del singolo individuo, che si ritiene sia sempre spinto dal tentativo di massimizzare il proprio benessere individuale. Dal punto di vista della politica economica la scuola enfatizza il ruolo del mercato, della libera concorrenza e del non intervento pubblico come strumenti atti a perseguire la massimizzazione del benessere aggregato della collettività.

I modelli di regolazione sociale proposti dall'impostazione teorica di ispirazione neoclassica trovano alimento nell'idea che lavoratori-consumatori e imprese siano dotati di gradi di razionalità e livelli di informazione tali da rendere non desiderabili interventi di politica economica rivolti a modificare i comportamenti ottimali dei mercati. Secondo questa visione, non vi sarebbe spazio né per misure di regolazione puntuale dei mercati né per misure di protezione o interventi anticiclici volti a stabilizzare la naturale volatilità dell'economia, così come suggerito dagli economisti di ispirazione keynesiana³, né tantomeno per misure di natura redistributiva affidate al sistema fiscale e alla spesa sociale. L'intervento della politica e dei Governi dovrebbe dunque essere limitato all'eliminazione di tutte quelle barriere, normative e non, che imbrigliano l'operare efficiente dei mercati su scala nazionale e globale: un processo noto come deregolamentazione (*deregulation*). Questa visione del ruolo dello Stato ha finito coll'essere rapidamente assorbita dalle classi dirigenti formatesi nelle migliori università anglosassoni e permea tuttora la cultura economica di chi opera all'interno delle istituzioni, tanto nazionali quanto internazionali. Su di essa si fondano, quindi, le scelte di politica economica assunte negli ultimi anni.

Tra i mercati maggiormente colpiti in Europa dalla spinta alla deregolamentazione vi è stato quello del lavoro, anche in virtù degli elevati e persistenti livelli di disoccupazione registrati tra gli anni '80 e '90⁴. Questa deregolamentazione è stata ispirata anche dall'idea che la mancanza di flessibilità fosse soprattutto un elemento determinato dalle norme esistenti, che poteva dunque essere emendato facilmente riformando le leggi (soprattutto in tema di libertà di licenziamento) piuttosto che un'attitudine comportamentale, la cui modifica è assai più complessa perché condizionata dall'effettiva capacità di adattamento degli individui. Nel corso di quegli anni in quasi tutti i Paesi europei sono così state introdotte, in tempi relativamente brevi, misure di riduzione o dei livelli di protezione sul lavoro o di protezione offerta ai disoccupati (durata o entità delle indennità di disoccupazione) o di entrambi. Un approccio universalistico alla regolazione che sottovalutava sia

³ Nel 1936 Keynes pubblica la *Teoria Generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, un'opera fondamentale che giustifica teoricamente l'intervento pubblico in economia confutando le conclusioni della scuola neoclassica, ossia la spontanea efficienza dei mercati. La teoria Keynesiana rappresenterà il fondamento teorico per l'intervento pubblico in economia che caratterizzerà le politiche dei Governi dei principali Paesi industrializzati almeno sino alla metà degli anni settanta del ventesimo secolo, e perderà rilevanza solo quando avrà difficoltà a confrontarsi con nuovi fenomeni quali l'elevata inflazione degli anni ottanta, gli shock petroliferi, il crollo dei Paesi socialisti e, come si è visto nel testo, la seconda ondata del processo di globalizzazione.

⁴ L'indicatore OCSE che misura il grado di protezione offerto ai lavoratori sottoposti a procedure di licenziamento, previste dalla normativa vigente nei diversi Paesi, mostra chiaramente l'entità di questo processo (F. D'ORLANDO, F. FERRANTE, *Demand for job protection. Some clues from Behavioral Economics*, in *The Journal of Socio Economics*, January 2009, vol. 1, n. 38).

l'inerzia fisiologica propria dei sistemi sociali, sia le forti differenze esistenti tra Paesi, soprattutto tra il Nord e Sud d'Europa, in termini di attitudini e capacità dei lavoratori, in particolare più anziani e meno istruiti, di fare fronte al rischio occupazionale e al cambiamento.

Più in generale, il processo di liberalizzazione che ha interessato tutti i mercati, ha comportato una redistribuzione del rischio dell'attività economica a sfavore dei soggetti meno in grado di proteggersi, i lavoratori meno qualificati e quindi meno mobili sia tra settori divenuti maturi e settori nuovi, sia tra territori. A fronte di un aumento del rischio occupazionale sofferto da questi lavoratori e di una riduzione del loro livello di protezione, la liberalizzazione dei mercati, soprattutto di quelli dei capitali, con la conseguente introduzione di nuovi strumenti finanziari, ha ridotto il rischio economico e finanziario ricadente sui soggetti più forti. Ciò si è realizzato attraverso l'ampliamento delle opportunità di diversificazione sia di natura reale, grazie alla delocalizzazione internazionale dell'attività produttiva verso i Paesi di nuova industrializzazione, sia di natura finanziaria. In assenza di adeguate politiche di micro e macro e regolazione, la viralità nella propagazione dei fattori di crisi, in virtù sia del ruolo delle tecnologie dell'informazione sia di una forte integrazione delle catene del valore, ha reso più debole l'organismo sociale non solo su scala nazionale.

Un esito, quest'ultimo, da ritenersi inefficiente anche se valutato sulla base delle medesime teorie economiche che hanno contribuito a realizzarlo. Esso comporta infatti che il rischio dell'attività economica ricada maggiormente sui soggetti meno in grado di sopportarlo. Ciò in sostanziale contrasto con l'idea che la deregolamentazione dei mercati finanziari avrebbe comportato una distribuzione mondiale più efficiente del rischio. Ma è successo di più. La deregolamentazione congiunta del mercato del lavoro e dei mercati finanziari ha trasferito il rischio di comportamenti opportunistici, proprio di mercati del lavoro molto protetti, nei mercati finanziari, aprendo così la strada a comportamenti potenzialmente più rischiosi per l'efficienza e la stabilità del sistema, così come dimostrato dagli eventi che hanno portato alla Grande Recessione⁵ e dalla necessità, manifestatasi in occasione delle crisi pandemica, di un ritorno a modelli di regolazione sociale basati su un forte ruolo dello Stato proiettato anche su scala sovranazionale. Le misure intraprese dall'Europa sono solo il segnale che governare la complessità richiederebbe elevati livelli di coordinamento tra

⁵ Mentre un'elevata protezione dei lavoratori, peraltro astrattamente motivata dalla necessità di tutelare il lato debole del mercato, può indurre questi ultimi a sfruttare la loro posizione di forza, la mancanza di regole in campo finanziario può indurre a realizzare operazioni che aumentano oltre misura la rischiosità dell'attivo delle istituzioni finanziarie. Si pensi al caso dei mutui *subprime*.

Stati e il ritorno a un multilateralismo che preveda la cessione di spazi di sovranità crescenti ad agenzie sovranazionali. L'opposto di ciò che sta accadendo.

3. Il rischio occupazionale e la precarietà esistenziale: cosa ci dice l'economia comportamentale

3.1. I costi pecuniari e non pecuniari della disoccupazione

L'economia comportamentale è particolarmente utile per analizzare quelli che sono gli impatti sul benessere di eventi negativi della vita e si presta dunque bene ad essere impiegata per valutare le conseguenze sul benessere dei rischi e degli shock occupazionali legati a una maggiore flessibilità. L'evidenza empirica sembra infatti confermare che la perdita del posto di lavoro sia uno degli eventi peggiori nella vita di un individuo, determinando non solo rilevanti costi pecuniari ma anche (ancor più) rilevanti costi psicologici non pecuniari: «il minor livello di benessere soggettivo dei lavoratori disoccupati non può essere spiegato né dal più basso livello di reddito né dall'autoselezione di soggetti intrinsecamente meno felici, la disoccupazione deve essere correlata con costi non pecuniari. La caduta della felicità può essere attribuita in gran parte a fattori psicologici e sociali»⁶. Gli studi sulla felicità (*happiness*) sono in accordo con questi dati empirici e possono essere utilizzati sia per spiegare perché, a prescindere dalla perdita di reddito, ogni episodio di disoccupazione implica un costo non pecuniario, sia perché i soggetti sembrano incapaci di riprendersi completamente dalla perdita di benessere causata dagli episodi di disoccupazione, anche se ottengono un sussidio che li ripaga interamente della perdita di reddito e perfino dopo aver trovato un nuovo impiego. Se è così, sarebbe necessario, in teoria, corrispondere un indennizzo molto maggiore rispetto alla perdita pecuniaria! L'approccio tradizionale, che tende a trascurare i costi psicologici dei rischi e degli shock occupazionali, non sembra in grado di dar conto adeguatamente del costo effettivo del fenomeno della disoccupazione e dell'impatto (e necessità) di politiche economiche anticicliche. L'analisi dell'economia comportamentale può dunque costituire la base sulla quale edificare quello studio dei costi della disoccupazione e della mancanza di politiche anticicliche che è indispensabile per poter confrontare gli esiti di strategie alternative di politica economica, a partire dagli interventi contro la crisi finanziaria. In particolare si può giungere alla conclusione che

⁶ B. FREY, A. STUTZER, *What can Economists Learn from Happiness Research?*, in *Journal of Economic Literature*, 2002, vol. XL, p. 420.

prevenire gli episodi di disoccupazione, impedendo che shock economici abbiano un impatto sull'occupazione, genera esiti aggregati migliori rispetto a *curare* la disoccupazione *dopo* che si è verificata con sussidi o anche successive riassunzioni. Le politiche che propugnano le liberalizzazioni del mercato del lavoro, e vedono la (risultante) disoccupazione come un utile strumento per determinare una riduzione salariale che porterà a nuova (maggiore) occupazione, sono dunque viziate dall'ignorare il costo effettivo connesso con il licenziare e poi riassumere lavoratori, o licenziare e poi sussidiare. Possiamo definire questi costi, ossia i costi dell'assenza di adeguati strumenti di protezione dell'impiego che prevengano il licenziamento, come *costi della flessibilità* (del mercato del lavoro).

Non si vuole qui sostenere che la rigidità nei rapporti di lavoro sia un bene. È evidente, infatti, che un eccesso di protezione dei lavoratori genera comportamenti opportunistici e che lo spostamento del lavoro dai settori tradizionali in contrazione a quelli innovativi in crescita è un fenomeno fisiologico e positivo. Il punto è che occorre immaginare meccanismi per governare questi processi, in grado di minimizzare i disagi che ne derivano soprattutto per i soggetti più deboli, che sono anche quelli che meno godono dei vantaggi potenziali della flessibilità. Un'indicazione che aveva ispirato la politica economica, pur con errori di modulazione delle politiche e gravi eccessi interventisti, sino alla fine degli anni '70.

Coerentemente con l'analisi precedente, i costi della flessibilità possono essere per semplicità suddivisi in pecuniari (o comunque misurabili in termini monetari) e non pecuniari. Tra i costi *pecuniari* troviamo la perdita di reddito connessa alla disoccupazione, la possibile perdita di reddito derivante dal trovare una occupazione meno remunerativa, il costo della ricerca di una nuova occupazione e il costo della mobilità geografica. Tra i costi *non pecuniari* troviamo invece i costi psichici, che non sono correlati con le perdite in termini di consumo e dipendono principalmente dai cambiamenti di status, abitudini e stili di vita, nonché dallo stigma sociale, dalla perdita di autostima e di contatti sociali.

3.2. I costi della flessibilità, l'assetto del mercato del lavoro e le politiche anticicliche

Tanto i costi pecuniari quanto quelli non pecuniari della flessibilità hanno un impatto sui lavoratori diverso a seconda di come è organizzato il mercato del lavoro. Tipicamente, l'assetto istituzionale che questo mercato può assumere ricade infatti in due tipologie: la protezione *on the*

market e la protezione *on the job*. Nel caso di protezione *on the market* i costi di licenziamento sono bassi, nel senso che le imprese possono variare con estrema facilità la consistenza della loro forza lavoro, ma i lavoratori disoccupati ricevono un sussidio di disoccupazione relativamente generoso; viceversa nel caso di protezione *on the job* i costi di licenziamento per le imprese sono molto elevati e possono giungere sino al divieto di licenziamento, nel senso che le imprese non possono variare la consistenza della loro forza lavoro se non in casi particolari, e i lavoratori disoccupati non ricevono sussidi o ne ricevono di modesti. L'intervento pubblico nell'economia con funzioni anticicliche, ossia l'intervento dello Stato per prevenire e contrastare gli effetti di una recessione, può essere assimilato ad una protezione *on the job*, poiché ha la finalità di impedire che shock dell'economia si propaghino e colpiscano il mercato del lavoro, portando al licenziamento dei lavoratori.

L'evidenza empirica mostra come nei due contesti (protezione *on the market* e protezione *on the job*) i flussi in entrata e uscita dalla disoccupazione, così come la durata di quest'ultima, siano diversi: nel caso di protezione *on the market* la facilità di licenziamento porta le imprese anche ad assumere con facilità (potendosi liberare in qualsiasi momento della forza lavoro indesiderata), ragion per cui i flussi in entrata e uscita dalla disoccupazione sono rilevanti e il lavoratore dovrà aspettarsi numerosi episodi di disoccupazione nella sua vita lavorativa ma questi episodi saranno di breve durata; viceversa nel caso di protezione *on the job* la difficoltà (il costo elevato) di licenziamento porta le imprese anche ad assumere con riluttanza (non potendosi liberare in qualsiasi momento della forza lavoro indesiderata), ragion per cui i flussi in entrata e uscita dalla disoccupazione sono più scarsi e il lavoratore dovrà aspettarsi pochi episodi di disoccupazione nella sua vita lavorativa (al limite uno solo prima di trovare la prima occupazione) ma questi episodi saranno di lunga durata⁷. Tutto ciò implica inoltre che la scelta tra un regime e l'altro non è neutrale rispetto agli interessi delle diverse categorie di lavoratori: la protezione *on the job* riduce la probabilità dei lavoratori meno qualificati di essere licenziati ma incrementa la durata della disoccupazione per tutti i lavoratori, soprattutto i più qualificati, che generalmente fronteggiano una probabilità minore di perdere il lavoro; al contrario la protezione *on the market* incrementa la probabilità dei lavoratori meno qualificati di essere licenziati ma riduce la durata della disoccupazione per tutti i lavoratori,

⁷ Ad esempio negli Stati Uniti la percentuale di lavoratori con probabilità di licenziamento zero, prima delle riforme, era pari al 30 per cento mentre in Italia era pari al 60 per cento (C.F. MANSKI, J.D. STRAUB, *Worker perceptions of job insecurity in the mid-1990s: evidence from the survey of economic expectations*, in *Journal of Human Resources*, 2000, n. 35; L. GUIISO, T. JAPPELLI, L. PISTAFIRRI, *An empirical analysis of earnings and unemployment risk*, in *CSEF Working Paper*, Università di Salerno, 1998, n. 8).

soprattutto i più qualificati, che generalmente fronteggiano una probabilità minore di perdere il lavoro. Quindi la protezione *on the job* migliora la posizione relativa dei lavoratori meno qualificati e peggiora quella dei lavoratori più qualificati, mentre la protezione *on the market* ottiene l'effetto opposto: non è dunque un gioco a somma zero, ci sono vincitori e vinti.

I due diversi assetti istituzionali del mercato del lavoro non implicano solo differenze nella frequenza e durata della disoccupazione, e quindi nelle categorie di lavoratori che vedono migliorare la propria posizione relativa, ma anche differenze nelle componenti del costo della disoccupazione che vengono alleviate. Infatti i trasferimenti sociali quali il sussidio di disoccupazione, utilizzati nella protezione *on the market*, compensano (almeno in parte) le perdite pecuniarie derivanti dal licenziamento, ma non sono progettati per compensare le perdite non pecuniarie;⁸ mentre la protezione del posto di lavoro dai licenziamenti, utilizzata nella protezione *on the job*, così come gli interventi anticiclici attuati dai Governi per prevenire e/o contrastare gli shock e quindi il loro impatto sul mercato del lavoro e sull'occupazione, possono compensare anche i costi non pecuniarci riducendo il numero degli episodi di licenziamento durante la vita lavorativa di ciascuno.

3.3. I costi non pecuniarci della flessibilità e l'economia comportamentale: l'adattamento edonico

Come abbiamo visto la teoria tradizionale descrive adeguatamente i costi pecuniarci della flessibilità, mentre ignora molti dei costi non pecuniarci. Per studiare questi ultimi e determinare il costo complessivo della precarietà e della disoccupazione appaiono di particolare utilità alcuni modelli dell'economia comportamentale⁹, nati per spiegare analiticamente alcuni fenomeni specifici e correlati tra loro studiati dalla psicologia economica: l'*adattamento edonico*, l'*avversione alla perdita*, l'*effetto dotazione*, la *preferenza per lo status quo*.

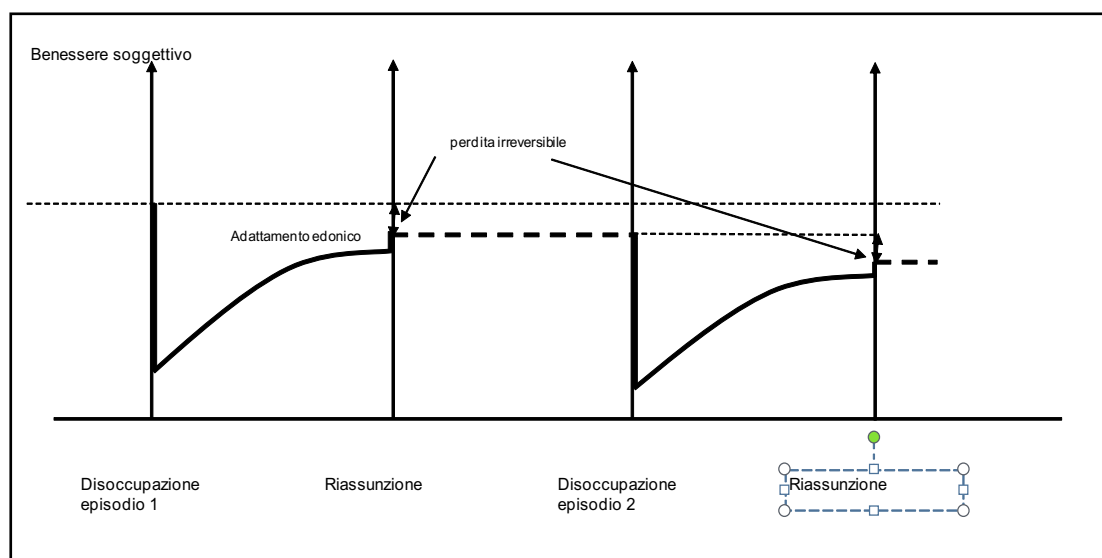
⁸ È importante rimarcare come ciò non implichi che nessun ammontare monetario sarebbe in grado di compensare un soggetto dalla perdita del posto di lavoro; significa solo che se la disoccupazione genera una perdita di benessere maggiore rispetto alla perdita di reddito, il sussidio di disoccupazione dovrebbe essere maggiore rispetto alla perdita di reddito per compensare gli effetti del licenziamento.

⁹ L'economia comportamentale è una branca della teoria economica che pone in discussione l'approccio neoclassico, ritenendo che i soggetti non compiano sempre scelte atte a massimizzare la loro utilità personale. Questo approccio inizia a diffondersi alla fine degli anni settanta del secolo scorso, principalmente grazie al lavoro del premio nobel Daniel Kahneman e del suo collega Amos Tversky. A differenza dell'approccio tradizionale, la *behavioral economics* non si basa su un solo principio (la massimizzazione dell'utilità) per ricavare tutti i diversi comportamenti dei soggetti economici ma riconosce invece una molteplicità di determinanti, ognuna delle quali adatta a spiegare i diversi comportamenti nelle diverse, specifiche circostanze. Una simile flessibilità permette agli studiosi di giungere più vicini ai comportamenti reali dei soggetti rispetto a quanto riesca a fare la teoria tradizionale, sebbene al costo di una maggiore difficoltà nella costruzione di un approccio teorico unitario.

L'*adattamento edonico* è un fenomeno ben documentato associato ai cambiamenti negli stati psicologici degli individui che può aiutare a capire perché i lavoratori possano preferire episodi di disoccupazione più lunghi in cambio di una loro minore frequenza, ossia perché sia preferibile l'intervento pubblico in funzione anticiclica invece del non intervento, e la protezione *on the job* rispetto a quella *on the market*. La figura 1 descrive l'evoluzione del benessere di un lavoratore in presenza di adattamento edonico, considerando costante il reddito da salario nei periodi di occupazione. Dopo il primo episodio di disoccupazione, il benessere soggettivo crolla drammaticamente; quindi, il benessere lentamente cresce grazie al processo di adattamento, ma non torna mai al livello originario, anche se il lavoratore ottiene un nuovo impiego.

Figura 1

Evoluzione nel tempo del benessere di un lavoratore in presenza di adattamento edonico (a salario costante quando occupato).



Il punto di partenza generale dell'analisi dell'adattamento edonico, non riferito quindi specificamente al mercato del lavoro, è la constatazione, supportata da ampia evidenza empirica e sperimentale, che il benessere individuale misurato in termini di gradi di felicità o soddisfazione sia influenzato dagli accadimenti positivi e negativi della vita, ma poi nel tempo tenda a tornare al suo livello iniziale o "a regime". Questo fenomeno è noto appunto come *adattamento edonico*, e può essere proficuamente utilizzato anche per dar conto dell'impatto che gli episodi di disoccupazione hanno sul benessere degli individui: gli studi sulla felicità giungono infatti alla conclusione che la

perdita dell'occupazione sia uno degli eventi peggiori che possono occorrere nel corso della vita. Clark e Oswald, e Di Tella, MacCulloch e Oswald¹⁰ mostrano inoltre che le componenti non pecuniarie della perdita di benessere derivanti dalla disoccupazione possono essere maggiori rispetto a quelle pecuniarie e che l'impatto negativo della disoccupazione è maggiore tra coloro che hanno perso le loro occupazioni recentemente.

L'elemento cruciale che caratterizza l'adattamento edonico in caso di disoccupazione è la sua apparente incompletezza: l'evidenza empirica sembra infatti confermare che l'adattamento edonico operi anche nel caso della disoccupazione, ma che il recupero del livello iniziale di benessere soggettivo sia incompleto. Il benessere di un lavoratore si ridurrà infatti drammaticamente dopo il primo episodio di disoccupazione; successivamente, crescerà lentamente grazie all'adattamento edonico, ma non raggiungerà mai più il livello originario, anche se il soggetto otterrà una nuova occupazione. Ogni successivo episodio di disoccupazione, inoltre, ridurrà il *set-point*, il benessere massimo al quale il lavoratore riesce a tornare grazie all'adattamento. Il processo è cumulativo, anche se la perdita irreversibile di benessere è progressivamente minore dopo ogni episodio di disoccupazione a causa dell'adattamento di lungo periodo. In sostanza, il livello base di soddisfazione verso la quale il soggetto ritorna dopo uno shock occupazionale si modifica definitivamente proprio in conseguenza dello shock, nel caso in questione riducendosi; e questo accadrebbe anche qualora l'episodio di disoccupazione fosse di breve durata.

Il mancato recupero del livello iniziale di benessere è generalmente considerato una conseguenza della circostanza che i soggetti riescono ad adattarsi più facilmente a uno shock pecuniario (la perdita del salario) piuttosto che agli effetti non pecuniarie dei cambiamenti di status (da occupato a disoccupato, in questo caso). I costi non pecuniarie della disoccupazione non possono quindi mai essere trascurati. E se, come l'evidenza empirica suggerisce, il costo fisso non pecuniario degli episodi di disoccupazione è più importante, nel determinare il benessere, rispetto al costo variabile pecuniario di una relativamente più lunga disoccupazione, il sussidio che sarebbe necessario erogare al fine di compensare i soggetti per la perdita di benessere causata dalla disoccupazione è molto

¹⁰ A.E. CLARK, A.J. OSWALD, *Happiness and Unemployment*, in *Economic Journal*, 1994, n. 104, pp. 648-659; R. DI TELLA, R. MACCULLOCH, A. OSWALD, *The Macroeconomics of Happiness*, in *Review of Economics and Statistics*, 2003, vol. 4, n. 85, pp. 809-827.

elevato e, secondo molti autori¹¹, richiederebbe un tasso di sostituzione, ossia un rapporto tra sussidio e ultimo salario, molto maggiore di uno!

In conclusione, l'approccio dell'adattamento edonico suggerisce che l'impatto negativo sul benessere individuale di numerosi, brevi episodi di disoccupazione è maggiore (peggiore) rispetto all'impatto sul benessere di pochi, lunghi episodi di disoccupazione. Inoltre, il costo che sarebbe necessario sostenere per compensare i lavoratori della perdita occupazionale sarebbe molto elevato, poiché un sussidio adeguato, teoricamente, potrebbe essere molto superiore all'ultimo salario; e anche l'ottenimento di un nuovo posto di lavoro dopo un periodo di licenziamento (ad esempio se avessero successo politiche del tipo "il rigore che fa crescere") potrebbe compensare il lavoratore dell'esperienza del licenziamento solo se il salario fosse sensibilmente più alto rispetto a quello perso. A ciò si aggiunga una conseguenza non secondaria, che il lavoratore allontanato dal posto di lavoro vede ridursi motivazioni e invecchiare le proprie competenze. È quindi razionale, tanto per i soggetti quanto per il Governo, preferire tassi di ingresso nella disoccupazione più bassi piuttosto che tassi di uscita dalla disoccupazione più alti, è cioè razionale richiedere politiche di tutela dell'occupazione o interventi anticiclici *ben temperati*.

3.4. L'avversione alla perdita, la preferenza per lo status quo e l'effetto di dotazione

L'*adattamento edonico* non è l'unico principio che permette di giustificare politiche attive di tutela dell'occupazione. Numerosi studi si sono ad esempio focalizzati sulla *preferenza per lo status quo* e sull'*effetto dotazione*, due concetti strettamente connessi tra loro e legati all'idea che i soggetti siano molto più sensibili a una perdita rispetto a quanto lo siano rispetto a un guadagno della stessa dimensione, il che rende il licenziamento un evento che ha un costo molto alto e difficilmente compensabile: le stesse conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente con riferimento all'*adattamento edonico*.

La *preferenza per lo status quo* è stata originariamente descritta da Samuelson e Zeckhauser¹², i quali hanno rilevato una forte preferenza degli individui per lo *status quo*, o per quello che

¹¹ Ad es. L. WINKELMANN, R. WINKELMANN, *Why Are Unemployed so Unhappy? Evidence from Panel Data*, in *Economica*, 1998, vol. 257, n. 65; R. DI TELLA, R. MACCULLOCH, A. OSWALD, *The Macroeconomics of Happiness*, cit.; B. FREY, A. STUTZER, *What can Economists Learn from Happiness Research?*, in *Journal of Economic Literature*, June 2002, vol. XL.

¹² W. SAMUELSON, R. ZECKHAUSER, *Status Quo Bias in Decision Making*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1998, vol. 1, n. 1.

ritenevano fosse lo *status quo*¹³. Un principio simile, l'*effetto dotazione*, è stato verificato empiricamente, soprattutto ricorrendo a numerosi esperimenti¹⁴. L'*effetto dotazione* può essere descritto come «la circostanza che i soggetti spesso richiedono molto di più per rinunciare a un oggetto che già possiedono rispetto a quanto pagherebbero per acquistare lo stesso oggetto»¹⁵. Quando un oggetto diventa parte della “dotazione” di un soggetto (e qui è il legame con la preferenza per lo *status quo*), il soggetto tende a sopravvalutarne il valore.

Sia la *preferenza per lo status quo* sia l'*effetto dotazione* possono essere spiegati con il concetto (e il *framework* teorico) della *avversione alla perdita*. L'*avversione alla perdita* ha il vantaggio di essere teoricamente fondata sulla *prospect theory* di Kahneman e Tversky¹⁶. Secondo Kahneman, Knetsch and Thaler: «una conclusione centrale dello studio sulle scelte in condizioni di rischio è stata che [...] i cambiamenti che peggiorano le cose (ossia le perdite) pesano di più rispetto ai miglioramenti e ai guadagni»¹⁷.

Anche su queste basi si può giustificare l'intervento pubblico sul mercato del lavoro e le politiche anticicliche: il costo psicologico di frequenti licenziamenti, con la conseguente perdita del livello di benessere precedente, in un mercato non regolato, può essere maggiore rispetto al costo di una maggiore attesa per un nuovo lavoro in un mercato regolato. E la percezione della perdita è presumibilmente influenzata dalla preoccupazione che la nuova occupazione possa essere peggiore della precedente.

L'*avversione alla perdita* può anche spiegare perché politiche basate sul “rigore” come prezzo da pagare oggi in cambio di una maggior crescita e di un maggior reddito in futuro possano essere rifiutate. In presenza di *avversione alla perdita* infatti, le aspettative positive di guadagni derivanti dalla futura (eventuale) crescita e dal futuro (eventuale) maggior reddito possono essere più che

¹³ D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1991, vol. 1, n. 5, pp. 197-198.

¹⁴ Si vedano ad es. J. KNETSCH, J. SINDEN, *Willingness to Pay and Compensation Demanded: Experimental Evidence of an Unexpected Disparity in Measures of Value*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1984, vol. 3, n. 99; J. KNETSCH, *The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves*, in *American Economic Review*, 1989, vol. 5, n. 79; D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R. THALER, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, in *Journal of Political Economy*, 1990, n. 98.

¹⁵ D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1991, vol. 1, n. 5, p. 194.

¹⁶ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 1979, n. 47.

¹⁷ D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, cit., p. 199.

compensate dalle aspettative negative assegnate anche a piccole probabilità di riduzione del reddito o ulteriore disoccupazione.

3.5. Le determinanti ultime dell'adattamento edonico e dell'avversione alla perdita

L'*avversione alla perdita* e l'*adattamento edonico* sono concetti importanti e generali, ma la loro specifica rilevanza varia da Paese a Paese, perché essi dipendono da elementi come il livello di qualificazione della forza lavoro, il livello di istruzione, la cultura, la religione, ecc. A parità di altre condizioni, un ruolo cruciale nella domanda di protezione è svolto dal livello di formazione e istruzione dei lavoratori: lavoratori più istruiti e formati avranno infatti meno bisogno di, e domanderanno meno, protezione sul posto di lavoro e politiche anticicliche rispetto a lavoratori meno istruiti e formati¹⁸. Non è così sorprendente che i Paesi con forza lavoro meno formata e istruita, tipicamente quelli del Sud Europa, abbiano problemi molto maggiori nel ridurre le tutele sul mercato del lavoro o nell'abbracciare politiche "rigoriste"; mentre i Paesi con una forza lavoro più formata e istruita, tipicamente quelli del Nord Europa, avranno una attitudine più favorevole nei confronti di tali politiche¹⁹.

È importante inoltre rimarcare come la maggiore o minore domanda di politiche anticicliche (o, al contrario, di politiche rigoriste) dei diversi Paesi non dipenda da una semplice attitudine dei lavoratori, non possa cioè essere la conseguenza di un errore di valutazione nei confronti di tali politiche. Al contrario essa è la conseguenza della consapevolezza, da parte dei lavoratori, del maggiore (o minore) danno psicologico che deriverebbe loro da queste politiche in funzione del diverso livello di formazione e istruzione che li caratterizza. In altri termini, lavoratori poco formati, consci di subire un maggior costo non monetario dagli episodi di disoccupazione, saranno favorevoli a politiche economiche anticicliche ma, soprattutto, avranno effettivamente maggiore necessità di queste ultime; viceversa lavoratori più istruiti e formati, consci di subire un danno psicologico ridotto non solo propenderanno per le politiche del rigore ma, soprattutto, potranno effettivamente sopportarle.

¹⁸ F. FERRANTE, *Employment protection legislation and redistribution*, in *Quaderno ISE*, Roma, n. 132, 2004; F. D'ORLANDO, F. FERRANTE, G. RUIU, *Culturally-based beliefs and labour market institutions*, in *The Journal of Socio Economics*, 2011, vol. 2, n. 40; F. D'ORLANDO, F. FERRANTE, *Demand for job protection. Some clues from Behavioral Economics*, in *The Journal of Socio Economics*, January 2009, vol. 1, n. 38.

¹⁹ Ad esempio, nel 2102, la quota di occupati in possesso, al più, dell'istruzione obbligatoria era pari al 20,2% nell'Europa a 27 paesi, al 33,9% in Italia, al 36,7% in Spagna, al 13,1% in Germania e al 17,5% nel Regno Unito.

4. Sintesi e conclusioni

I cambiamenti nei modelli di regolazione sociale intervenuti nel corso degli ultimi trent'anni hanno prodotto un maggiore grado di precarietà, effettiva o percepita, dei soggetti più deboli, soprattutto dei lavoratori meno qualificati, redistribuendo su questi ultimi il rischio dell'attività economica. La Grande Recessione del 2007 non è altro che il frutto avvelenato di questi cambiamenti di regime regolatorio. La pandemia ha costretto tutti i governi a ritornare a una visione del ruolo di uno Stato interventista. Paradossalmente, quegli stessi attori che in passato ne hanno fortemente criticato i limiti, pur esistenti, ora lamentano un'azione non sufficiente.

La storia recente ha evidenziato i limiti della tesi che ha legittimato la deregolamentazione, cioè l'idea che il costo di un'elevata flessibilità verrebbe ripagato, nel tempo, dai benefici della crescita. Questa tesi non è più vera, se lo è mai stata. Soprattutto, non è vera per coloro che sostengono il costo più alto della flessibilità, perché più deboli. Per loro, l'espressione flessibilità si declina sempre di più in *precarietà esistenziale*.

A fronte di questo risultato, l'arretramento dello Stato come regolatore ha indubbiamente migliorato la posizione relativa e assoluta delle fasce più agiate della popolazione, accentuando la disegualianza, fino a riportarla, in alcuni Paesi, ai livelli della I rivoluzione industriale. Contrariamente a quanto previsto dalla teoria economica, la deregolamentazione ha poi ridotto la mobilità sociale in tutti i Paesi, in particolare nel *Paese delle opportunità*, gli Stati Uniti. Tra le cause principali di questo esito vi è il fatto che la mobilità passa soprattutto attraverso un adeguato accesso alle opportunità educative che sono sempre più legate alle condizioni socioeconomiche delle famiglie.

L'asimmetria nella distribuzione di costi e benefici della flessibilità tra individui e gruppi sociali che si è venuta a determinare, oltre ad essere iniqua, non è socialmente sostenibile e rischia di mettere in discussione il patto su cui si reggono le democrazie occidentali. Segni di ciò sono i fenomeni di populismo e razzismo, la crescente intolleranza e il successo dei movimenti politici di rottura, soprattutto in Europa. Come si è visto, l'economia comportamentale offre indicazioni utili a decifrare i termini delle questioni in gioco. Se sono valide le conclusioni qui proposte sugli effetti sul benessere individuale della precarietà occupazionale, che da essa traggono spunto, in alcune circostanze e in alcuni Paesi il costo della rinuncia a politiche di regolazione dei mercati è particolarmente elevato; inoltre, esso produce un impatto fortemente regressivo poiché l'incidenza dei costi non pecuniari della disoccupazione, collegati ai mutamenti di status, cresce al ridursi del reddito e

del livello di istruzione degli individui interessati. Ciò apre la strada, da un lato, a strumenti di tutela dell'occupazione di tipo *on the job*, dall'altro lato a politiche di intervento che contrastino le recessioni e, comunque, riducano il loro impatto sul mercato del lavoro. In particolare, si può ritenere che *prevenire* le crisi e gli episodi di disoccupazione, impedendo agli shock economici di avere un impatto sull'occupazione, generi esiti aggregati migliori rispetto a *curare* la disoccupazione, *dopo* che si è verificata. Ciò vale, evidentemente, soprattutto per i Paesi con forza lavoro meno qualificata e/o meno formata. Un approccio di questo tipo richiederebbe, evidentemente, un adeguato grado di coordinamento delle politiche fiscali su scala europea e un diverso statuto della BCE che ne legittimi esplicitamente l'intervento, come accade negli USA, anche per combattere la disoccupazione.

Come abbiamo più volte rimarcato, non si vuole qui sostenere che regolare i mercati e abbracciare politiche più interventiste non abbia dei costi e che, in particolare, la rigidità nei rapporti di lavoro sia un bene in assoluto. In un mondo ideale, senza costi legati all'incertezza e alla necessità di adattarsi, sarebbe la flessibilità ad essere un bene *senza se e senza ma*. È evidente, infatti, che un eccesso di protezione dei lavoratori genera comportamenti opportunistici e che lo spostamento del lavoro dai settori tradizionali in contrazione a quelli innovativi in crescita è un fenomeno fisiologico e positivo. Il punto è che occorre prevedere meccanismi per governare questi processi, meccanismi capaci di minimizzare i disagi che ne derivano soprattutto per i soggetti più deboli, che sono anche quelli che sempre meno godono dei benefici del cambiamento. D'altro canto, la deregolamentazione congiunta del mercato del lavoro e dei mercati finanziari ha trasferito i comportamenti opportunistici in questi ultimi con esiti, come si è visto, ben più costosi per il sistema economico mondiale e per i singoli Paesi.

In assenza di un cambio di rotta, la questione della *precarietà esistenziale* assumerà sempre maggiore rilievo in virtù dell'accorciamento progressivo del ciclo di vita delle tecnologie, dell'avanzare del processo di globalizzazione e dell'allungamento dell'aspettativa di vita delle persone.

FRANCESCO FERRANTE, FABIO D'ORLANDO
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

Bibliografia

R. BALDWIN, *Globalisation: the great unbundling(s)*, in *Economic Council of Finland*, Ufficio del Primo Ministro, 2006 ([http://appli8.hec.fr/map/files/globalisationthegreatunbundling\(s\).pdf](http://appli8.hec.fr/map/files/globalisationthegreatunbundling(s).pdf)).

T. BOERI, P. GARIBALDI, *Two Tier Reforms of Employment Protection: a Honeymoon Effect?*, mimeo, 2005.

T. BOERI, R. PEROTTI, *Less pensions, more welfare*, 2002 (www.iue.it/Personal/Perotti/papers).

A.E. CLARK, A.J. OSWALD, *Happiness and Unemployment*, in *Economic Journal*, 1994, vol. 424, n. 104, pp. 648-659.

A.E. CLARK, Y. GEORGELLIS, P. SANFEY, *Scarring: the Psychological Impact of Past Unemployment Experience*, in *Economica*, 2001, n. 68, pp. 221-241.

A.E. CLARK, Y. GEORGELLIS, R.E. LUCAS, E. DIENER, *Unemployment Alters the Set-Point for Life Satisfaction*, in *Psychological Science*, 2004, vol. 1, n. 15, pp. 8-13.

E.A. CLARK, F. POSTEL VINAY, *Job Security and Job Protection*, in *CEP Discussion Paper*, 2005, n. 678.

R. DI TELLA, R. MACCULLOCH, A. OSWALD, *The Macroeconomics of Happiness*, in *Review of Economics and Statistics*, 2003, vol. 4, n. 85, pp. 809-827.

R. DI TELLA, R. MACCULLOCH, A. OSWALD, *Preferences over Inflation and Unemployment: Evidence from Surveys of Happiness*, in *American Economic Review*, 2001, vol. 1, n. 91, pp. 335-341.

F. D'ORLANDO, F. FERRANTE, G. RUIU, *Culturally-based beliefs and labour market institutions*, in *The Journal of Socio Economics*, 2011, vol. 2, n. 40, pp. 150-162.

F. D'ORLANDO, F. FERRANTE, *Demand for job protection. Some clues from Behavioral Economics*, in *The Journal of Socio Economics*, January 2009, vol. 1, n. 38.

F. D'ORLANDO, F. FERRANTE, *Why Do Similar Countries Have Different Labour Market Regulations?*, ne *La Comunità Internazionale*, 2008, vol. LXII, n.1.

F. FERRANTE, F. D'ORLANDO, *Modelli di regolazione sociale e precarietà esistenziale*, in A. OLIVERIO (a cura di), *Rischi, paure e ricerca di certezze nella società contemporanea*, Soveria Mannelli, 2015.

F. D'ORLANDO, F. FERRANTE, *Macroeconomic priorities revisited: the behavioral foundations of stabilization policies*, in *Cambridge Journal of Economics*, September 2018, vol. 42, 5, pp. 1255-1275.

F. FERRANTE, *Employment protection legislation and redistribution*, in *Quaderno ISE*, Roma, 2004, n. 132.

B. FREY, A. STUTZER, *What can Economists Learn from Happiness Research?*, in *Journal of Economic Literature*, June 2002, vol. XL, pp. 402-435.

L. GUISO, T. JAPPELLI, L. PISTAFIRRI, *An empirical analysis of earnings and unemployment risk*, in *CSEF Working Paper*, Università di Salerno, 1998, n.8.

D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica*, 1979, n. 47, pp. 263-291.

D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R. THALER, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, in *Journal of Political Economy*, 1990, n. 98, pp. 1325-1348.

D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1991, vol. 1, n. 5, pp. 193-206.

J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Cambridge, 1973.

J. KNETSCH, J. SINDEN, *Willingness to Pay and Compensation Demanded: Experimental Evidence of an Unexpected Disparity in Measures of Value*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1984, vol. 3, n. 99, pp. 507-521.

J. KNETSCH, *The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves*, in *American Economic Review*, 1989, vol. 5, n. 79, pp. 1277-1284.

C.F. MANSKI, J.D. STRAUB, *Worker perceptions of job insecurity in the mid-1990s: evidence from the survey of economic expectations*, in *Journal of Human Resources*, 2000, n. 35, pp. 447-480.

R. MARIMON, F. ZILIBOTTI, *Unemployment versus Mismatch of Talent: Reconsidering Unemployment Benefits*, in *Economic Journal*, 1999, vol. 455, n. 109, pp. 266-291.

OECD, *Employment Outlook*, Paris, 2004.

OECD, *Employment Outlook*, Paris, 1999.

OECD, *Divided we Stand: Why Inequality Keeps Rising*, Paris, 2012 (<http://www.oecd.org/social/soc/dividedwestandwhyinequalitykeepsrising.htm>).

T. PIKETTY, *Capital in the Twenty-First Century*, Boston, 2014.

M. RABIN, *A perspective on psychology and economics*, in *European Economics Review*, 2002, n. 46, pp. 657-685.

W. SAMUELSON, R. ZECKHAUSER, *Status Quo Bias in Decision Making*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1988, vol. 1, n. 1, pp. 7-59.

A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1991, vol. 4, n. 106, pp. 1039-1061.

L. WINKELMANN, R. WINKELMANN, *Why Are Unemployed so Unhappy? Evidence from Panel Data*, in *Economica*, 1998, vol. 257, n. 65, pp. 1-15.

LA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE MEDICA OGGI: DA EROI AD INQUISITI

Ricordo i tempi romantici quando, da giovanissimo adolescente che neanche sognava di fare il medico, leggevo con commossa passione i libri di Cronin. *La valigetta del dottore*, in essa l'autore riprende il suo fondamentale motivo poetico: quello dell'uomo davanti ai sentimenti elementari della vita e della morte, della malattia e della sofferenza. Una carrellata di pittoreschi personaggi della provincia scozzese passa attraverso l'infermeria del dottor Finlay. Personaggi che sconfiggono la sua ansia di guarirli o che gli concedono la gioia del trionfo. In un susseguirsi di romantiche emozioni; episodi che ora toccano il cuore, ora inducono al sorriso, ora ci comunicano il brivido della tragedia. Ricordo ancora con quanta commozione seguivo, nella nostra neonata televisione in bianco e nero, gli episodi de *La Cittadella*, in cui il giovane e idealista medico scozzese, Andrew Manson, trova il primo impiego in una cittadina mineraria in una valle del Galles del Sud. Attraverso l'esperienza pratica e l'aiuto di un chirurgo locale si rende ben presto conto dell'arretratezza dell'insegnamento universitario in medicina, della falsità di molte convinzioni che aveva maturato durante gli anni di studio (tra cui l'inutilità di molte medicine e il loro abuso nelle prescrizioni mediche), della diffidenza della popolazione nei confronti delle nuove cure e dell'ignoranza degli stessi medici riguardo ai nuovi ritrovati. L'epoca del romanzo era la fine degli anni Trenta e quella dello sceneggiato televisivo, con un memorabile Alberto Lupò nella parte di Andrew Manson, era la prima metà degli anni Sessanta. Sono oramai passati più di quarant'anni da che esercito la professione di Medico e cosa è cambiato da allora? Per quello che riguarda le considerazioni fatte dal giovane dott. Manson sull'inutilità di molti medicinali e sul loro abuso nelle prescrizioni mediche, così come sull'inadeguatezza dell'insegnamento universitario, ben poco... ed eravamo allora negli anni Trenta.

Cosa è cambiato invece nella gestione dei mezzi di comunicazione e nell'immaginario della gente? Son costretto a dire che è mutato molto, se non tutto.

Cominciamo dai *Media*: ricordo che la allora nascente RAI-TV svolgeva con estrema efficacia un ruolo pedagogico e andragogico. Questo non era solo rappresentato dalla famosa serie *Non è mai troppo tardi* con il mitico maestro Manzi, che negli anni sessanta dagli schermi Rai insegnò a leggere e scrivere a milioni di italiani adulti analfabeti, ma anche dal modo in cui la RAI coltivava i buoni sentimenti, cercava di idealizzare tutte le figure che svolgevano il loro ruolo al servizio degli altri, che fossero professionisti, piuttosto che artigiani o semplici manovali. Una vocazione

seriamente posta in dubbio dagli sviluppi successivi del sistema televisivo, che costrinsero la Rai a competere con le tv private. Molto è cambiato dagli anni Sessanta, ma i dati Auditel non consentono a nessuno di negare seriamente il persistente legame del pubblico con le reti Rai. Tutti, però, avvertono la necessità di ridefinire la missione del servizio pubblico, in un ambiente comunicativo sempre più cross-mediale. Al contrario l'atteggiamento attuale dei *Media* è costantemente quello della ricerca dello scoop, dello scandalo, dell'errore. Questa è una cosa giusta, se finalizzata soprattutto al modo e alle maniere per correggerci, ma molto meno se usata con lo scopo di individuare la colpa, al fine di perseguire una rivalse, soprattutto sotto il profilo economico.

D'altra parte, la "buona Sanità" non fa notizia, è, sacrosantamente la norma, ma la "malasanità", anche se non verificata o provata, viene subito sbattuta in prima pagina. In un suo famoso aforisma il filosofo cinese Laozi (IV secolo a.C.) diceva: «fa più rumore un albero che cade che un'intera foresta che cresce». Dico tutto questo non certo per giustificare o coprire chi sbaglia per *colpa* (negligenza, imprudenza, imperizia), ma solo per giustificare il vistoso cambio antropologico che abbiamo osservato negli ultimi decenni.

Eccoci, quindi, a parlare dell'immaginario della gente, del sentire dei pazienti. La vistosa medicalizzazione della popolazione cui abbiamo assistito negli ultimi decenni, che è fondamentalmente spesso indotta più da motivazioni commerciali che non di salute pubblica, ha creato l'attuale paradosso che è sotto i nostri occhi. Vi è sempre maggiore fiducia nei mezzi e nella potenza tecnofarmacologica della medicina moderna, a questo fa da contrappasso proporzionalmente la sempre maggiore sfiducia nell'operato dei medici. È, quindi, maturata la convinzione che non si muoia più principalmente per colpa della malattia ma solo per colpa dei Medici.

In Italia i *Media* utilizzano il termine "malasanità" per indicare fenomeni molto diversi tra loro: l'errore medico, le cure o pratiche superflue, inutili e dannose, la cattiva gestione della sanità pubblica e la corruzione, la speculazione e i furti. Anche nel nostro paese tuttavia è difficile quantificare i dati delle morti dovute a *malpractice* – cioè all'imperizia dei medici – o alla disorganizzazione degli ospedali.

In un vecchio rapporto (2004) l'Associazione degli anestesisti e dei rianimatori parlava di 14mila morti all'anno. Assinform (2004), una rivista specializzata del settore, parlava invece di 50mila morti all'anno. Dati che poi erano stati ripresi dall'Associazione italiana di oncologia medica (2006) e che avevano trovato ampia eco nei media dell'epoca (*Sanità, gli errori dei medici*

provocano 90 morti al giorno, ne La Repubblica; Medicina: per “errori”, 90 morti al giorno, ne Il Corriere della Sera).

Anche le istituzioni brancolano nel buio. La commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori medici e le cause dei disavanzi sanitari (2008-2013) aveva fornito numeri ancora diversi.

Il ministero della salute fornisce ancora altri dati. Il sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità (SIMES) riporta che dal 2005 al 2012 i casi di malpractice sarebbero quasi 2000.

Sono le compagnie assicurative però a fornirci degli elementi di discussione a partire dal dato dei sinistri. Secondo l'Associazione nazionale fra imprese assicuratrici (ANIA) tra il 1996 e il 2006 si è passati da 17mila segnalazioni di casi di *malpractice*, non necessariamente letali, a 28mila nel 2006. Dati interessanti, non solo per tutelare la salute dei cittadini e migliorare i servizi.

Per il Sistema sanitario nazionale le implicazioni finanziarie sono rilevanti. Nell'ultimo decennio, infatti, il numero di pazienti italiani che si sono rivolti alla giustizia per ottenere risarcimenti contro gli errori medici è in forte aumento.

Il rapporto annuale della compagnia di assicurazione Marsh su Medical Malpractice in Italia dice che nel periodo 2004-2014 il costo totale dei sinistri medici è stato di più di un miliardo e quattrocento milioni di euro, con un aumento di novantamila euro del costo medio per sinistro dall'inizio del periodo considerato.

Aumentano quindi il numero delle cause e i costi degli errori medici, con conseguenze non trascurabili.

In primo luogo per la giustizia civile, che non riesce a smaltire in tempi accettabili tutto il lavoro, e le pronunce della magistratura hanno contribuito a peggiorare la situazione, dilatando continuamente i contorni delle pratiche censurabili, assoggettandole a un obbligo sempre più gravoso di risarcimento.

In secondo luogo per le assicurazioni, che aumentano i loro premi per la responsabilità professionale del medico, tanto che molte compagnie assicuratrici hanno deciso di lasciar perder questo settore di business.

In terzo luogo, infine, per i medici stessi che adottano comportamenti difensivi per ridurre il rischio di contenziosi con la giustizia.

Da qui il vistoso fiorire della “medicina difensiva” che ha rappresentato e rappresenta un enorme aggravio della spesa sanitaria, senza alcun effettivo miglioramento della salute pubblica ma

con un esponenziale aumento degli incidentalomi (sempre sfavorevoli) e dei fenomeni di serendipità (non sempre favorevoli).

Dobbiamo allora decidere se, dal punto di vista economico, per rendere sostenibile la Sanità pubblica, dobbiamo sbagliare di meno o attuare una difesa preventiva con più saggezza.

Certamente la ricerca della saggezza dovrebbe essere il compito del “buon dottore”, di colui che cerca di operare bene secondo l’arte medica, perché questa è la vera difesa del proprio procedere.

Noi uomini siamo abituati a giudicare il nostro operato sulla base del risultato ma, specie in ambito sanitario, non sempre un operato buono e corretto porta a risultati positivi. Così è sempre, quando ci si trova di fronte a eventi biologici o ai fenomeni naturali. La legge Gelli ha indotto molti timori e non è auspicabile che essa possa esasperare ulteriormente la medicina difensiva, scegliendo di fare tutto a tutti.

Le linee guida vanno certamente seguite, ma sappiamo bene che esse non sono dei rigidi protocolli ma degli schemi orientativi che costituiscono l’asse portante del corretto procedere nell’ambito dei processi diagnostico-terapeutici. Non sempre, però, possono essere adattate a tutte le nostre situazioni cliniche, specie per i pazienti della Medicina Interna che, per la loro complessità, la loro fragilità, le loro polipatologie e politerapie, la loro età sono fuori da ogni evidenza e per i quali non abbiamo nessun preciso schema di riferimento. Il paziente della medicina Interna, infatti, spesso non rientra tra i criteri di inclusione dei grandi Trial clinici, che sono la base su cui si fonda la cosiddetta “Medicina Basata sulle Evidenze” (EBM). Anzi, spesso, hanno tutti i criteri di esclusione dei grandi trial: età avanzata, poli patologia, politerapia, deficit dei principali organi emuntori (rene, fegato), elevato rischio emorragico, ecc. Il comportamento medico, a seconda dello specifico contesto in cui si trova il paziente, può deviare da quelle che sono le indicazioni dettate dalle linee guida. Queste, infatti, indicano certamente come trattare quella patologia... ma non come curare quel paziente specifico. Importante, invece, è indicare perché ci si discosta dalle linee guida.

La FADOI è stata tra le prime società scientifiche a essere accreditata a partecipare alla piattaforma delle linee guida del Sistema Sanitario Nazionale e siamo tutti fiduciosi che in un prossimo futuro si possa avere, grazie al lavoro coordinato delle società scientifiche, dei riferimenti più precisi per i nostri pazienti complessi.

Nel frattempo, non mi stancherò di ripetere ciò che costantemente dico ogni volta che sono chiamato a discutere su quest’argomento:

- Agire sempre secondo scienza e coscienza.

- Scrivere sempre in cartella ciò che si fa, perché ciò che non è scritto non è fatto.
- Scrivere sempre perché non si è fatto ciò che secondo linea guida di patologia si sarebbe dovuto fare, in quanto ciò che non è scritto perché non fatto, non è pensato.
- Sappiate comunicare bene ed efficacemente con il paziente e con i familiari, perché una buona comunicazione riesce a chiarire ogni incomprensione e spesso risolve preventivamente i contenziosi medico legali.

Infatti, una delle concause principali delle denunce, piuttosto che gli errori nelle diagnosi e nelle terapie, è la scarsa comunicazione medico/personale sanitario e medico con paziente/familiari, che impedisce una piena comprensione tra le varie figure ed esaspera la conflittualità, una comunicazione non chiara che spesso il paziente percepisce come “staccata e distante”, dal punto di vista umano, dal suo problema.

Purtroppo, questo è stato ciò che inevitabilmente si è realizzato durante la pandemia di Covid-19. Quasi certamente, infatti, durante la fase emergenziale della pandemia, quando l'afflusso massiccio ai PS, la difficoltà di reperire posti letto per tutti, la mancanza di conoscenze in merito alle terapie più appropriate costituivano la quotidianità, l'analisi delle cartelle cliniche mostrerà inevitabilmente delle lacune. In questa fase di isolamento, tra l'altro, la comunicazione è stata praticamente assente, la maggioranza dei pazienti sono deceduti da soli. Per questi motivi saranno molti i medici e gli operatori sanitari che verranno iscritti nel registro degli indagati. Forse non si arriverà alle responsabilità penali, ma certamente in ambito civile si potrebbe aprire il campo ad una miriade di pratiche risarcitorie. Avendo vissuto la vicenda dal di dentro, posso ben comprendere la fatica e l'amarezza dei tanti familiari che hanno visto i loro cari strappati alla vita in maniera repentina ed in circostanze molto dolorose, quali la impossibilità della vicinanza e perfino la mancanza di un dignitoso estremo saluto.

Probabilmente, il rapporto medico paziente, da auspicabile relazione fiduciaria, sempre più si trasformerà in prestazione, nella quale il medico potrebbe essere più portato a privilegiare la sua tutela, anche a scapito delle reali necessità del paziente e della sostenibilità del Sistema Sanitario Nazionale.

Inoltre, essendo ormai la maggior parte delle aziende sanitarie in auto-assicurazione, la moltitudine di risarcimenti si potrebbe tradurre in un massiccio esborso di fondi da parte delle ASL, con conseguente riduzione delle disponibilità economiche per erogare prestazioni e servizi e garantire un adeguato turn-over delle attrezzature, specie le più sofisticate. Infine, nell'ambito di una

giustizia che annaspa sempre di più in lungaggini processuali, questa plethora di cause potrebbe ulteriormente appesantire e rallentare il corso di tanti altri processi, sicuramente più comprensibili rispetto a quelli di cui stiamo discutendo. Insomma, in un mondo imperfetto, in presenza di eventi eccezionali ed imprevedibili, piuttosto che chiederci perché questi fenomeni avvengano sempre più spesso e magari sentirci tutti un po' responsabili, preferiamo ancora una volta colpevolizzare qualcuno, che ha forse l'unica colpa di essersi messo direttamente in gioco a servizio degli altri, senza riserve e senza mai tirarsi indietro.

ANDREA FONTANELLA
Presidente Fondazione FADOI
Direttore del Dipartimento di Medicina e Pronto Soccorso
Ospedale Buon Consiglio Fatebenefratelli

L'IMPATTO DELLA PANDEMIA COVID-19 SULL'EFFICIENZA DEI MERCATI AZIONARI

1. Introduzione - 2. Modello e metodologia di stima - 2.1. Regolarità puntuale - 2.2. Moto Browniano multifrazionario - 2.3. Stima della regolarità puntuale di un mBm - 3. Analisi empirica - 3.1. Dati ed analisi preliminare - 3.2. Analisi dei risultati - 4. Conclusioni

1. Introduzione

Come è ampiamente noto, i modelli classici per descrivere le dinamiche finanziarie non riescono, nella maggior parte dei casi, a cogliere e modellare i complessi meccanismi che sono alla base degli improvvisi e sensibili crolli di prezzo che si verificano con una frequenza superiore rispetto a quella prevista dalla teoria standard. La debolezza dei modelli matematici tradizionali risiede, principalmente, nell'assunzione che i prezzi correnti scontino pienamente le informazioni passate, trascurando in tal modo la possibilità del verificarsi di eventi estremi, considerati semplicemente "anomalie" di mercato. Per corroborare tali evidenze, è sufficiente menzionare solo alcuni dei principali e recenti crolli che hanno pesantemente influenzato i mercati azionari a livello globale, quali ad esempio quelli conseguenti gli attacchi terroristici del 2001, la crisi dei mutui subprime del 2008 con il fallimento di numerose ed importanti istituzioni finanziarie ed, in ultimo, la crisi collegata alla pandemia da Covid-19. Ciascuno dei precedenti casi ha scosso i mercati finanziari, provocando esplosioni di volatilità che si sono propagate, con effetto domino, nei mercati azionari internazionali.

I picchi di volatilità insieme a sensibili cadute dei prezzi sono chiari sintomi del cambio repentino della struttura del mercato, nel senso che la distribuzione delle strategie di trading tra i diversi orizzonti temporali non è più in grado di bilanciare l'eccesso di posizioni corte aperte dai trader su uno o più orizzonti di investimento (Bianchi et al. (2020)). Questo meccanismo è in parte imputabile a comportamenti irrazionali che durante le crisi tendono a prevalere sul processo decisionale puramente razionale con enfasi tanto più forte quanto più le notizie acquisite dai mercati sono destabilizzanti. In queste circostanze, i mercati deviano dall'equilibrio, il che significa che il loro comportamento non può essere descritto dai modelli classici basati sull'ipotesi di semimartingalità del processo dei prezzi, perché le ipotesi che supportano la teoria dell'efficienza informativa, Fama (1970), sono temporaneamente violate. La teoria standard afferma che tali inefficienze sono istantaneamente eliminate dai mercati

finanziari attraverso arbitraggi, e l'efficienza è ripristinata non appena le nuove informazioni vengono incorporate nei prezzi. Alla luce del meccanismo appena descritto, è spontaneo chiedersi se esiste un livello di volatilità compatibile con la stabilità. In altre parole, la volatilità può essere espressa in termini di scostamento da un valore che può essere considerato "tipico" di un mercato efficiente? È chiaro che una risposta positiva a questa domanda potrebbe aiutare a valutare per quanto tempo lo shock finanziario può potenzialmente durare e quindi potrebbe fornire indicazioni utili sia agli operatori di mercato che alle istituzioni regolatrici.

Ad oggi, un'ampia letteratura si è concentrata sulla modellazione della volatilità con particolare riferimento al fenomeno della "volatility clustering", ossia la tendenza della volatilità a clusterizzarsi nel tempo. Sin dal lavoro pionieristico di Mandelbrot (1963) sono stati proposti molti modelli con l'obiettivo di modellare la volatilità della dinamica del prezzo: le distribuzioni α -stabili (Rachev e Mittnik (1993); Samorodnitsky e Taqqu (1994); Rachev e Mittnik (2000), Reussa et al. (2016)), il cui principale svantaggio è quello di essere modelli a varianza infinita; la famiglia dei processi ARCH-GARCH (Engle (1982); Bollerslev (1986); in particolare Alexander (2001) o Franco e Zakoian (2019) per una rassegna completa), i cui residui sono comunque ancora caratterizzati da code spesse nelle distribuzioni e dipendenza nella loro dinamica, chiari sintomi che la volatilità non è completamente catturata dal modello; i modelli a volatilità stocastica (Hull e White (1990), Heston (1993), Dupire (1994)), la cui idea principale è che la volatilità segua un processo diffusivo. Anche se i modelli a volatilità stocastica possono essere adatti alla modellazione di dinamiche che prevedono shock improvvisi, oppure nel descrivere distribuzioni con code spesse o, in generale, altre forme di non linearità, tali modelli rimangono difficili da stimare e prevedere.

Nonostante i diversi approcci seguiti dalle famiglie dei modelli sopra citati, il loro filo conduttore è che nessuno di essi crea un collegamento esplicito tra la volatilità e l'efficienza del mercato. Finora, tutti i modelli hanno considerato la volatilità come una misura relativa; questo significa che solo le sue variazioni vengono utilizzate per monitorare il livello di stress (cioè di allontanamento dall'efficienza) che il flusso di informazioni inietta nei mercati. Quindi, la volatilità è valutata alta o bassa solo rispetto al suo valore precedente, ma manca una chiara corrispondenza tra l'efficienza del mercato e una misura assoluta della volatilità.

Motivati da questo limite intrinseco degli attuali modelli di volatilità e dal requisito, segnalato da Engle e Patton (2001), che un modello di volatilità appropriato debba essere in grado di descrivere sia dinamiche di rientro verso la media (chiamate di *mean-reverting*) che fenomeni caratterizzati da persistenza, in questo lavoro:

a. stimiamo la regolarità puntuale di sei serie di indici azionari prima e dopo l'esplosione di volatilità riguardante il periodo del Covid-19 mediante lo stimatore $\widehat{H}(t)$. In particolare, assumiamo che la loro dinamica segua un moto Browniano multifrazionario. Il vantaggio di questo approccio è duplice: da un lato $\widehat{H}(t)$ è una misura equivalente di volatilità omogenea rispetto a diversi mercati finanziari; d'altra parte, tale misura esprime direttamente l'intensità e la direzione dell'inefficienza della serie rispetto al benchmark di efficienza rappresentato dal caso di semimartingalità;

b. analizziamo le diverse reazioni dei mercati agli shock in termini di allontanamento dall'efficienza nonché di ritorno al livello di efficienza pre-crisi;

c. analizziamo le correlazioni incrociate della serie di $H(t)$, in due intervalli di tempo: uno e due mesi prima e dopo l'esplosione di volatilità.

L'articolo è organizzato come segue: nella Sezione 2 richiamiamo la nozione di regolarità puntuale, la definizione e le principali proprietà del moto Browniano multifrazionario e il metodo che verrà utilizzato nelle applicazioni per stimare gli esponenti puntuali di regolarità degli indici borsistici; nella Sezione 3 sviluppiamo l'applicazione; mentre la Sezione 4 conclude.

2. Modello e metodologia di stima

Al fine di raggiungere gli obiettivi a. - c. prefissati nell'introduzione, dobbiamo prima introdurre brevemente alcuni concetti che verranno utilizzati nel seguito. Questi sono: la nozione di regolarità puntuale di un processo stocastico (Sezione 2.1); le proprietà principali del moto Browniano multifrazionario, che è il modello che assumeremo per la dinamica dei prezzi delle azioni (Sezione 2.2); e, infine, come stimare la regolarità puntuale di una sequenza di prezzi (Sezione 2.3).

2.1. Regolarità puntuale

Dato il processo stocastico $X(t, \omega)$ con traiettorie continue q.c. e non differenziabili su \mathbb{R} la regolarità locale di Hölder della traiettoria $t \rightarrow X(t, \omega)$ rispetto a qualche punto fissato t può essere misurata tramite l'esponente puntuale di Hölder, definito come

$$\alpha_X(t, \omega) = \sup \left\{ \alpha \geq 0 : \limsup_{h \rightarrow 0} \frac{|X(t+h, \omega) - X(t, \omega)|}{|h|^\alpha} = 0 \right\}. \quad (1)$$

La relazione (1) si presta alla seguente interpretazione geometrica: la funzione X ha esponente α in t_0 se, per ogni $\varepsilon > 0$, esiste un intorno di t_0 , $I(t_0)$, tale che, per $t \in I(t_0)$, il grafico di X sia incluso nell'involuppo definito da $t \rightarrow X(t_0) - c|t - t_0|^{\alpha-\varepsilon}$ e $t \rightarrow X(t_0) + c|t - t_0|^{\alpha+\varepsilon}$ (si veda Lévy Véhel e Barrière (2008)).

Se $X(t, \omega)$ è un processo Gaussiano, in virtù della legge zero-uno, esiste una quantità non aleatoria $\alpha_X(t)$ tale che $\mathbb{P}(\alpha_X(t) = \alpha_X(t, \omega)) = 1$ (Ayache (2013)). Inoltre, quando $X(t, \omega)$ è un moto Browniano, $\alpha_X = \frac{1}{2}$; valori diversi da $\frac{1}{2}$ descrivono processi non markoviani, molto lisci, quando $\alpha_X \in (\frac{1}{2}, 1)$, o molto frastagliati, quando $\alpha_X \in (0, \frac{1}{2})$, e quindi tali da non soddisfare la proprietà martingala. Questo vale sia per le martingale Browniane che per quelle *well-behaved* non Browniane. Per queste ultime, il risultato deriva dall'osservazione che se Z_t è una differenza martingala rispetto a \mathcal{F}_t tale che: (a) $n^{-1} \sum_{t=1}^n \mathbb{E}(Z_t^2 | \mathcal{F}_{t-1}) \xrightarrow{P} v$ con v costante positiva e (b) $n^{-1} \sum_{t=1}^n \mathbb{E}(Z_t^2 \chi_{|Z_t| > \varepsilon \sqrt{n}} | \mathcal{F}_{t-1}) \xrightarrow{P} 0$ per ogni $\varepsilon > 0$, allora $\sqrt{n} \bar{Z}_n \xrightarrow{d} \mathcal{N}(0, v)$ (qui χ denota la funzione indicatrice e \bar{Z}_n la media di Z). Utilizzando la convergenza alla legge normale, la dimostrazione relativa al caso Browniano si applica alle martingale *well-behaved* non Browniane, vedere ad es. Revuz e Yor (1999). In particolare, si può dimostrare che la variazione quadratica del processo è zero, se $\alpha_X > \frac{1}{2}$ e infinita, se $\alpha_X < \frac{1}{2}$.

2.2. Moto Browniano multifrazionario

È noto che il moto Browniano frazionario (fBm o $B_H(t)$) (Kolmogorov (1940), Mandelbrot e Van Ness (1968)) è forse uno dei principali esempi di processo stocastico il cui esponente puntuale di Hölder è costante lungo i suoi cammini e controllato dal parametro $H \in (0, 1)$. Infatti, in ogni punto, $\alpha_{B_H}(t, \omega) = H$ quasi certamente (quando $H = \frac{1}{2}$, un fBm si riduce al moto Browniano). Il fatto che H sia costante lungo i percorsi di un fBm costituisce il maggiore inconveniente nel modellare quei fenomeni del mondo reale la cui regolarità puntuale cambia, anche bruscamente, da punto a punto (come accade, ad esempio, per le serie temporali finanziarie). Ciò ha portato a generalizzare l'fBm nel moto Browniano multifrazionario (mBm), un processo gaussiano il cui esponente di Hölder puntuale può essere calibrato in ogni punto (Pétiier e Lévy Véhel (1995); Benassi et al. (1997)). L'estensione si ottiene sostituendo il parametro costante H con una funzione di regolarità $H(t)$, soggetta ad alcune condizioni tecniche¹. Indicata con \mathbb{W} la misura Browniana reale, una rappresentazione a media mobile non anticipativa del mBm è

$$B_{H(t)}(t) = \int_{-\infty}^0 \left[(t-u)^{H(t)-\frac{1}{2}} - (-u)^{H(t)-\frac{1}{2}} \right] \mathbb{W}(du) + \int_0^t \left[(t-u)^{H(t)-\frac{1}{2}} \right] \mathbb{W}(du) \quad (2)$$

Come per l'fBm, anche per un mBm, la regolarità puntuale in t è uguale al valore del suo parametro funzionale in t , cioè $\alpha_{B_{H(t)}}(t, \omega) = H(t)$ quasi certamente (Ayache (2013)). Ciò significa che $H(t)$ è strettamente collegato alla deviazione standard allo stesso tempo t . La Figura 1 esplicita questa relazione: una legge esponenziale della forma $\sigma(t) = ae^{bH(t)}$ può essere stabilita tra la deviazione standard (volatilità storica) σ e la parametro funzionale del mBm, entrambi riferiti al tempo t .

Così, sotto l'ipotesi che i mercati finanziari seguano una dinamica che può essere modellata attraverso un mBm, il nostro lavoro sfrutta questa relazione per caratterizzare il comportamento di una serie temporale finanziaria. Di conseguenza, un problema centrale è

¹ $H: (0, \infty) \rightarrow (0,1)$ è una funzione Hölderiana di ordine β , cioè tale che su ogni intervallo compatto $T \subset \mathbb{R}$, per tutti $t, s \in T$, $|H(t) - H(s)| \leq c|t - s|^\beta$, con $c > 0$ e $\beta > \max_{t \in T} H(t)$.

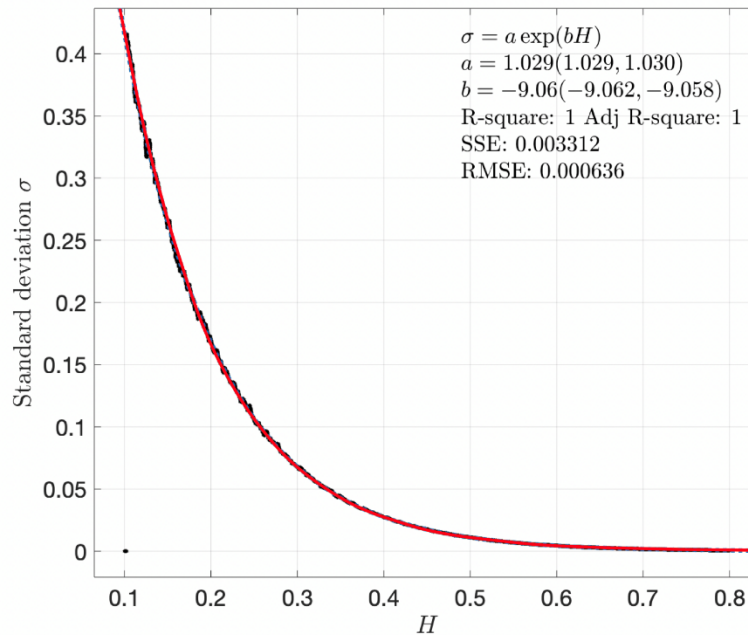


Figura 1: Relazione tra la deviazione standard stimata e l'esponente di Hölder. La deviazione standard $\sigma(t)$ è stata stimata su una finestra mobile di 30 dati lungo il percorso di un mBm con parametro funzionale $H(t)$ assegnato. I valori di $H(t)$ sono stati mediati nella stessa finestra per rendere possibile il confronto. La Figura mostra la media di 100 simulazioni di lunghezza 8.192 (punti) e la curva che li adatta meglio (linea rossa). I due grafici sono praticamente indistinguibili poiché si tratta di una corrispondenza quasi perfetta, come rivelato dai parametri di adattamento nella legenda (i valori tra parentesi sono i coefficienti della curva di adattamento ai limiti del 95%).

come stimare $H(t)$ da una serie temporale di prezzi (che assumiamo si comportino come un mBm). A tal fine, risulta utile la seguente proprietà del mBm: ad ogni istante t_0 il processo è localmente asintoticamente auto-simile² con parametro $H(t_0)$. Infatti, ponendo $Y(t_0, \varepsilon u) = B_{H(t_0+\varepsilon u)}(t_0 + \varepsilon u) - B_{H(t_0)}(t_0)$, si può dimostrare che

$$\lim_{\varepsilon \rightarrow 0^+} \varepsilon^{-H(t_0)} Y(t_0, \varepsilon u) \stackrel{d}{=} B_{H(t_0)}(u) \quad (3)$$

² Ricordiamo che il processo stocastico $\{X(t), t \in T\}$ si dice auto-simile con parametro H se per qualsiasi $a > 0$ $\{X(at) \stackrel{d}{=} a^H X(t)\}$, dove l'uguaglianza vale per le distribuzioni a dimensione finita del processo (si veda, ad esempio, Embrechts e Maejima (2002)).

dove $\stackrel{d}{=}$ denota l'uguaglianza in distribuzione e $u \in \mathbb{R}$. La relazione (3) afferma che in qualsiasi punto t esiste un fBm con parametro $H(t_0)$ tangente all'mBm o, equivalentemente, in un intorno di t l'mBm si comporta come un fBm di parametro $H(t_0)$.

Poiché $B_{H(t_0)}(u) \sim \mathcal{N}(0, u^{2H(t_0)})$, l'incremento (infinitesimale) dell'mBm al tempo t_0 - normalizzato con $\varepsilon^{H(t_0)}$ - si distribuisce con media 0 e varianza $u^{2H(t_0)}$ ($u \in \mathbb{R}$, $\varepsilon \rightarrow 0^+$). Questa proprietà può essere sfruttata per costruire uno stimatore di $H(t)$ e, quindi, di $\alpha_{BH(t)}(t)$.

2.3. Stima della regolarità puntuale di un mBm

In letteratura sono stati proposti diversi metodi per stimare $H(t)$ basati su adattamenti degli stimatori asintotici disponibili per l'fBm, (vedere, ad esempio, Lux e Segnon (2018), Garcin (2017)). Generalmente coinvolgono statistiche di variazione (in particolare, variazioni del secondo ordine). Una descrizione dettagliata di questi stimatori va oltre lo scopo di questo lavoro e può essere trovata in diversi riferimenti (si veda, ad esempio, Istas e Lang (1997), Kent e Wood (1997), Benassi et al. (2000), Coeurjolly (2001), Coeurjolly (2005), Bianchi (2005), Bianchi et al. (2013), Pianese et al. (2018), Frezza (2018)). Per questo motivo, nel seguito, non entreremo nei dettagli della procedura di stima, ma utilizzeremo semplicemente lo stimatore proposto da Pianese et al. (2018). Combinando uno stimatore non distorto con grande varianza introdotto da Istas e Lang (1997) e Benassi et al. (1998) con uno stimatore a bassa varianza, ma distorto, dedotto in Bianchi et al. (2013), gli autori dello studio ottengono lo stimatore a finestra mobile non distorto e a bassa varianza $\hat{H}_{v,q,n}(t, a)$; v indica la dimensione della finestra mobile, q è il ritardo, n è la dimensione del campione e a è un filtro che agisce per rendere la sequenza localmente stazionaria e per indebolire la dipendenza tra i dati.

$\hat{H}_{v,q,n}(t, a)$ è non distorto e normalmente distribuito, e la sua varianza è nota in forma chiusa quando $H(t) = \frac{1}{2}$, cioè quando è valida la condizione di martingala. Gli estremi dell'intervallo di confidenza rispetto a $\frac{1}{2}$ possono quindi essere calcolati come segue:

$$\Phi(z) := \Phi_{\hat{H}_{v,q,n}(t,a)|H(t)=\frac{1}{2}}(z) = \frac{1}{\sigma\sqrt{2\pi}} \int_{-\infty}^z e^{-\frac{(x-\frac{1}{2})^2}{2\sigma^2}} dx \quad (4)$$

dove $\sigma = \left(\frac{\sqrt{\pi} \Gamma(\frac{2k+1}{2}) - \Gamma^2(\frac{k+1}{2})}{vk^2 \log^2(n-1) \Gamma^2(\frac{k+1}{2})} \right)^{1/2}$. Pertanto, a un dato livello di confidenza α , se $H(t)$ appartiene all'intervallo $E^\alpha := \left[\Phi^{-1}\left(\frac{\alpha}{2}\right), \Phi^{-1}\left(1 - \frac{\alpha}{2}\right) \right]$ tale valore non devia in modo significativo da $\frac{1}{2}$. Allo stesso modo, indicato con X il processo del prezzo logaritmico, l'efficienza non può essere rifiutata a $(1 - \alpha)\%$ a condizione che $\hat{H}_{v,q,n}(t, a) \in E^\alpha$. $\hat{H}_{v,q,n}(t, a) < \Phi^{-1}\left(\frac{\alpha}{2}\right)$ significa che il mercato sta attraversando una fase di inefficienza "negativa", mentre $\hat{H}_{v,q,n}(t, a) > \Phi^{-1}\left(1 - \frac{\alpha}{2}\right)$ indica che si sta verificando un'inefficienza "positiva". La Tabella 1 riassume come caratterizzare il comportamento di una serie temporale finanziaria a seconda del valore di $H(t)$.

Tabella 1: Interpretazione finanziaria di $H(t)$

$H(t)$	Effetto stocastico	Opinione investitori	Effetto sul mercato
$> \Phi^{-1}\left(1 - \frac{\alpha}{2}\right)$	Persistenza Bassa varianza	Le informazioni future confermano le posizioni aperte	Bassa volatilità/Underreaction Eccesso di fiducia/Inefficienza positiva
$\in E^\alpha$	Indipendenza Martingalità	Le informazioni passate sono totalmente scontate dai prezzi	Efficienza (al livello $(1 - \alpha)\%$)
$< \Phi^{-1}\left(\frac{\alpha}{2}\right)$	Antipersistenza Alta varianza	Le informazioni future contraddicono le posizioni aperte	Alta volatilità/Overreaction Inefficienza negativa

3. Analisi empirica

3.1. Dati ed analisi preliminare

La metodologia illustrata nella sezione precedente può essere utilizzata per analizzare gli effetti della pandemia da Covid-19 sui mercati finanziari. Il nostro lavoro ha considerato sei indici azionari internazionali: il Dow Jones Industrial Average (DJIA) e lo Standard & Poor's 500 (S&P500) per il mercato Statunitense, l'Euro Stoxx 50 (SX5E) ed il Footsie 100 (FTSE) per il mercato Europeo ed, infine, l'Hang Seng (HSI) ed il Nikkei 225 (N225) per il mercato Asiatico. I dati processati sono quelli resi disponibili dall'“Oxford-Man Institute's realized library”, versione 0.3 Gerd (2017). Preliminarmente, dopo aver calcolato le variazioni logaritmiche di ogni singolo indice, abbiamo stimato l'esponente puntuale di Hölder mediante l'algoritmo precedentemente discusso ed abbiamo notato come tale misura, per ogni singolo indice, abbia raggiunto livelli paragonabili, addirittura, a quelli registrati nella grande crisi globale del 2008-2009. In particolare, il DJIA e lo S&P500 hanno fatto registrare il 23 Marzo 2020 valori di \hat{H} pari rispettivamente a 0,296 e 0,261 mentre l'Euro Stoxx 50 ed il Footsie 100 hanno raggiunto valori soglia, rispettivamente il 13 Marzo ed il 18 Marzo, pari a 0,333 e 0,320. Queste esplosioni di volatilità nel mercato Statunitense ed Europeo testimoniano come i due siano fortemente correlati. Tutt'altro comportamento è stato riscontrato nel mercato Asiatico; in particolar modo, l'Hang Seng ed il Nikkei 225 non hanno evidenziato un crollo al ribasso dell'esponente di Hölder come quelli raggiunti dagli altri indici e si sono attestati, rispettivamente, sui valori di 0,440 e 0,368 nei giorni del 13 e 23 Marzo. Inoltre, gli indici Asiatici, dopo essere usciti dall'efficienza hanno fatto subito rientro in tale regione, evidenziando un comportamento totalmente diverso dagli altri indici per i quali si configura ancora inefficienza.

3.2. Analisi dei risultati

L'analisi evidenzia uno schema ben preciso che accomuna tutti gli indici, seppur a diversi livelli, e che descrive la dinamica prima e dopo il crollo. In particolare, il numero di giorni (D_{ex}) tra l'uscita

dall'efficienza \hat{H}_{ex} , cioè quando $\hat{H}_{v,q,n}(t, a) < \Phi^{-1}\left(\frac{\alpha}{2}\right)$, ed il raggiungimento della soglia minima dell'esponente di Hölder, (\hat{H}_{min}) è più breve rispetto a quello (D_{re}) che intercorre tra il raggiungimento del picco ed il rientro nella fase di efficienza \hat{H}_{re}^* . Questo risultato è corroborato anche dai valori, riportati nella Tabella 2, assunti dai seguenti indicatori: $CI = \frac{\hat{H}_{min} - \hat{H}_{ex}}{D_{ex}}$ e $EI = \frac{\hat{H}_{re} - \hat{H}_{min}}{D_{re}}$. Il primo fornisce la velocità con cui viene raggiunto il crollo una volta che l'indice inizia a manifestare inefficienza (fase down), ed il secondo sintetizza la velocità per tornare all'efficienza dopo il crollo (fase up).

Tabella 2: Indice del crash/Indice dell'efficienza

Index	D_{ex}	\hat{H}_{ex}	CI^\dagger	D_{re}^*	\hat{H}_{re}^*	EI^\dagger
DJIA	27	0,476	-6,7	43	0,445	3,5
FTSE	25	0,472	-6,1	46	0,420	2,2
HSI	6	0,472	-5,3	15*	0,468	1,9
N225	20	0,471	-5,1	27*	0,470	3,8
S&P500	31	0,493	-7,5	44	0,435	4,0
SX5E	20	0,465	-6,6	47*	0,426	2,0

$^\dagger \times 10^{-3}$

La Figura 2 riporta la dinamica delle stime dell'esponente di Hölder per tutti gli indici in esame, prima e dopo il crollo; il picco più basso è contrassegnato con ascissa zero. Apparentemente, sia la tempistica che l'entità dei crolli nei diversi mercati potrebbero indurre la conclusione – che sembra confermare i risultati di Capelle-Blancard e Desroziers (2020) – che la pandemia da Covid-19 ha innescato solo una crisi momentanea nei mercati finanziari internazionali, con un'apparente piccola influenza di fattori specifici per paese sulle risposte dei mercati azionari. In realtà, se si guarda alla Figura 2, questo non è esattamente il caso, poiché si possono distinguere almeno due principali diverse reazioni del mercato Statunitense/Europeo e di quello Asiatico:

- per il mercato Statunitense e quello Europeo, dopo un repentino recupero di efficienza durato circa un mese per lo più a partire dal 23 marzo e caratterizzato da dinamiche convesse della regolarità puntuale, il cambio di concavità per la maggior parte degli indici mostra un appiattimento dell'esponente di regolarità puntuale sotto la soglia inferiore di efficienza. Secondo il nostro

modello, ciò indica che la volatilità è ancora troppo elevata per essere compatibile con l'efficienza del mercato. È interessante notare che l'appiattimento è più pronunciato per gli indici europei e per il DJIA, mentre è meno evidente per lo Standard & Poor's 500. Seguendo la cronologia della crisi da Covid-19, questo comportamento può essere spiegato con l'effetto congiunto di un'immediata ripresa dei rendimenti nel primo mese dopo la flessione, seguita da una mancanza di fiducia dei mercati rispetto all'ipotesi di una rapida ripresa dell'economia mondiale. Questa interpretazione può trovare supporto nell'aumento degli annunci che hanno previsto una piena ripresa dell'economia mondiale solo nel lungo periodo. Ad esempio, il 14 aprile, il Fondo Monetario Internazionale (FMI) ha riferito che il Covid-19 avrebbe probabilmente avuto un grave impatto sull'attività economica portando ad una recessione definita del "Great Lockdown" (IMF (April 2020)). Il FMI ha previsto una contrazione del 3% dell'economia globale, ipotizzando per le economie avanzate un'entrata in recessione ed una contrazione dell'economia del 6, 1% nel 2020. Per la Cina e l'India è stata prevista una crescita, rispettivamente, dell'1,2 % e dell'1,9 %, tassi tra i più bassi degli ultimi decenni.

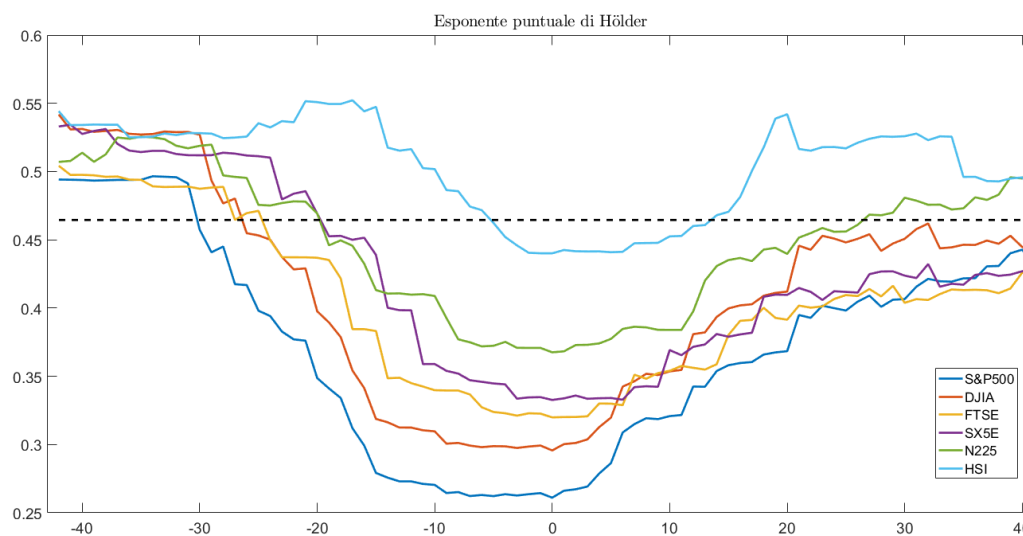


Figura 2: Dinamica della regolarità puntuale del processo dei prezzi prima e dopo il crollo nel periodo del Covid-19. Il tempo 0 è la data delle principali flessioni registrate: si noti che dopo un recupero immediato, la regolarità puntuale della maggior parte degli indici Europei e Statunitensi si è appiattita al di sotto della soglia inferiore di efficienza (linea nera tratteggiata), ciò indica il permanere di una dinamica antipersistente che caratterizza i mercati finanziari degli Stati Uniti e dell'Europa.

- Per quanto attiene al mercato Asiatico, stranamente, nonostante l'esplosione dell'epidemia da Covid-19 possa essere rintracciata in Asia, la pandemia sembra aver avuto un impatto su questi mercati solo a causa del contagio innescato dagli altri mercati. Infatti, non solo gli esponenti di regolarità puntuali riferiti agli indici Hang Seng e Nikkei 225 hanno raggiunto minimi che sono più grandi di quelli del mercato Statunitense e di quello Europeo, ma, ancora più importante, dopo lo shock, questi mercati sono tornati bruscamente sui livelli di efficienza pre-crisi, con valori di $\hat{H}(t)$ appartenenti all'intervallo di efficienza, come se l'impatto della pandemia fosse stato totalmente scontato.

È noto che durante le crisi i mercati azionari sono più correlati del solito tra di loro, si veda in tal senso il lavoro di Liu et al. (2020) e i riferimenti ivi contenuti. Il fenomeno può essere studiato anche dal punto di vista della regolarità puntuale.

Tabella 3: Matrice delle correlazioni incrociate

	1 mese prima dell'esplosione di volatilità					
	2 mesi prima dell'esplosione di volatilità					
	DJIA	FTSE	HSI	N225	S&P500	SX5E
DJIA	-	0,97	0,93	0,92	1,00	0,98
	-	0,96	-0,56	0,94	0,98	0,98
FTSE	0,98	-	0,95	0,93	0,98	1,00
	0,95	-	-0,93	0,78	0,98	0,94
HSI	0,93	0,96	-	0,98	0,96	0,95
	-0,61	-0,75	-	-0,62	-0,74	-0,63
N225	0,92	0,94	0,96	-	0,91	0,90
	0,94	0,89	-0,60	-	0,94	0,86
S&P500	1,00	0,96	0,92	0,91	-	0,98
	0,98	0,97	-0,61	0,93	-	0,97
SX5E	0,99	1,00	0,95	0,94	0,99	-
	0,96	0,89	-0,63	0,49	0,93	-

	1 mese dopo dell'esplosione di volatilità					
	2 mesi dopo dell'esplosione di volatilità					

	DJIA	FTSE	HSI	N225	S&P500	SX5E
DJIA	-	0.98	0.92	0.95	1.00	0.97
	-	0.35	-0.26	0.48	0.53	0.38
FTSE	0.98	-	0.92	0.94	0.97	0.99
	0.74	-	-0.40	0.74	0.84	0.92
HSI	0.83	0.80	-	0.74	0.84	0.92
	-0.40	-0.43	-	-0.66	-0.54	-0.28
N225	0.95	0.96	0.88	-	0.93	0.90
	0.48	0.72	-0.74	-	0.93	0.62
S&P500	1.00	0.97	0.92	0.93	-	0.97
	0.53	0.82	-0.68	0.94	-	0.63
SX5E	0.98	0.99	0.92	0.86	0.98	-
	0.82	0.91	-0.28	0.69	0.80	-

La Tabella 3 riporta le matrici di correlazione incrociata tra le sequenze degli esponenti di Hölder stimate rispettivamente un mese e due mesi (seconda riga in grassetto) prima e dopo i crolli. Si noti che tali matrici non sono simmetriche perché la correlazione dell'indice di borsa I_1 con l'indice di borsa I_2 è calcolata rispetto alla data del crash di I_1 , che ovviamente può essere diversa dalla data del crash di I_2 . Le matrici confermano lo schema già osservato dalle dinamiche individuali di $\hat{H}(t)$: prima del crollo le correlazioni tra gli esponenti puntuali stimati sono generalmente superiori a quelle osservate dopo il crollo, sia ad un mese che a due mesi. Tuttavia, alcune differenze meritano di essere notate: le correlazioni a un mese dal crollo continuano ad essere decisamente alte, mentre diminuiscono drasticamente (fino a valori negativi per l'HSI) nell'orizzonte di due mesi. Questo è attribuibile ai diversi comportamenti, discussi in precedenza, in relazione al cambiamento di concavità nella curva di regolarità puntuale che si verifica circa un mese dopo il crollo.

4. Conclusioni

In questo articolo abbiamo analizzato gli effetti della pandemia da Covid-19 sull'efficienza del mercato azionario utilizzando l'esponente di regolarità puntuale come misura della volatilità. Sotto l'ipotesi parsimoniosa che la dinamica di sei indici azionari internazionali, rappresentativi dei principali

mercati mondiali, possa essere modellata con un moto Browniano multifrazionario, l'esponente di regolarità al tempo t esprime direttamente il grado di efficienza del mercato allo stesso tempo t . I risultati suggeriscono che a seguito della pandemia solo i mercati Asiatici hanno recuperato la piena efficienza, mentre il mercato Europeo e quello Statunitense - dopo un primo rimbalzo - non sono ancora tornati al livello di efficienza pre-crisi. Inoltre, l'inefficienza che caratterizza tali mercati è di tipo negativo, ovvero origina livelli di volatilità moderatamente elevati. La risposta allo shock innescato dalla pandemia da Covid-19 è sostanzialmente diversa da quella osservata nell'ultima crisi finanziaria globale del 2007-2009. Ciò può essere imputato alla diversa natura degli interventi intrapresi dalle istituzioni politiche oltre che finanziarie e dal fatto che nella crisi innescata dal Covid-19 predomina ancora una forte incertezza sulle prospettive future.

MASSIMILIANO FREZZA
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

SERGIO BIANCHI
Sapienza Università di Roma
Tandon School of Engineering, New York University

AUGUSTO PIANESE
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

Bibliografia

- C. ALEXANDER, *Market models, a guide to financial data analysis*, Chichester, 2001.
- A. AYACHE, *Continuous Gaussian Multifractional Processes with Random Pointwise Hölder Regularity*, in *Journal of Theoretical Probability*, 2013, n. 26, pp. 72-93.
- A. BENASSI, A.S. JAFFARD, D. ROUX, *Elliptic Gaussian non-random processes*, in *Revista Mathematica Iberoamericana*, 1997, n. 13, pp. 19-89.
- A. BENASSI, S. COHEN, J. ISTAS, *Identifying the multifractional function of a gaussian process*, in *Statistics and Probability Letters*, 1998, n. 39, pp. 337-345.

- A. BENASSI, P. BERTRAND, S. COHEN, J. ISTAS, *Identification of the Hurst Index of a Step Fractional Brownian Motion*, in *Statistical Inference for Stochastic Processes*, 2000, 3, 1-2, pp. 101-111.
- S. BIANCHI, *Pathwise Identification of the Memory Function of the Multifractional Brownian Motion with Application to Finance*, in *International Journal of Theoretical and Applied Finance*, 2005, n. 8, pp. 255-281.
- S. BIANCHI, A. PANTANELLA, A. PIANESE, *Modeling stock prices by multifractional Brownian motion: an improved estimation of the pointwise regularity*, in *Quantitative Finance*, 2013, n. 13, pp. 1317-1330.
- S. BIANCHI, M. FREZZA, *Fractal stock markets: International evidence of dynamical (in)efficiency*, in *Chaos: An Interdisciplinary Journal of Nonlinear Science*, 2017, n. 27, pp. 71-102.
- S. BIANCHI, A. PIANESE, M. FREZZA, *A distribution-based method to gauge market liquidity through scale invariance between investment horizons*, in *Applied Stochastic Models in Business and Industry*, 2020, pp. 1-16.
- T. BOLLERSLEV, *Generalized autoregressive conditional heteroskedasticity*, in *Journal of Econometrics*, 1986, n. 31, pp. 307-327.
- G. CAPELLE-BLANCARD, A. DESROZIERS, *The stock market is not the economy? Insights from the Covid-19 crisis*, in *Covid Economics: Vetted and Real-Time Papers*, CEPR, 2020.
- Z. CHEN, R.T. DAIGLER, *Persistence of volatility in futures markets*, in *Future Markets*, 2006, n. 26, pp. 571-594.
- J.F. COEURJOLLY, *Estimating the parameters of a fractional Brownian motion by discrete variations of its Sample Paths*, in *Statistical Inference for Stochastic Processes*, 2001, 4, 2, pp. 199-227.
- J.F. COEURJOLLY, *Identification of multifractional Brownian motion*, in *Bernoulli*, 2005, 11, 6, pp. 987-1008.
- B. DUPIRE, *Pricing with a smile*, in *Risk*, 1994, n. 7, pp. 18-20.
- P. EMBRECHTS, M. MAEJIMA, *Selfsimilar Processes*, in *Princeton Series in Applied Mathematics*, Princeton University Press, 2002.
- R.F. ENGLE, *Autoregressive conditional heteroscedasticity with estimates of the variance of United Kingdom inflation*, in *Econometrica*, 1982, n. 50, pp. 987-1007.

- R.F. ENGLE, A.J. PATTON, *What good is a volatility model?*, in *Quantitative Finance*, 2001, n. 1, pp. 237-245.
- F. FAMA, *Efficient capital markets: A review of theory and empirical work*, in *Journal of Finance*, 1970, n. 25, pp. 383-417.
- J.P. FOUQUE, G. PAPANICOLAOU, K.R. SIRCAR, *Mean-reverting stochastic volatility*, in *International Journal of Theoretical and Applied Finance*, 2000, n. 3, pp. 101-142.
- J.P. FOUQUE, M.J. LORIG, *A Fast Mean-Reverting Correction to Heston's Stochastic Volatility Model*, in *SIAM Journal of Financial Mathematics*, 2011, n. 2, pp. 221-254.
- C. FRANCO, J.M. ZAKOIAN, *GARCH Models: Structure, Statistical Inference and Financial Applications*, 2nd Edition, New Jersey, 2019.
- M. FREZZA, *A fractal-based approach for modeling stock price variations*, in *Chaos: An Interdisciplinary Journal of Nonlinear Science*, 2018, n. 28, pp. 91-102.
- M. GARCIN, *Estimation of time-dependent hurst exponents with variational smoothing and application to forecasting foreign exchange rates*, in *Physica A: Statistical Mechanics and its Applications*, 2017, n. 483 Supplement C, pp. 462-479.
- H. GERD, A. LUNDE, N. SHEPHARD, K. SHEPPARD, *Oxford-Man Institute's realized library*, University of Oxford, 2009.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *World Economic Outlook*, April 2020.
- J.T. KENT, A.T.A. WOOD, *Estimating the fractal dimension of a locally selfsimilar Gaussian process using increments*, in *Journal of the Royal Statistical Society. Series B*, 1997, n. 59, 3, pp. 679-700.
- A.N. KOLMOGOROV, *Wienersche Spiralen und einige andere interessante Kurven im Hilbertschen Raum*, in *C.R. (Doklady) Acad. Sci. USSR (NS)*, 1940, n. 26, pp. 115-118.
- S.L. HESTON, *A closed-form solution for options with stochastic volatility, with application to bond and currency options*, in *Review of Financial Study*, 1993, n. 6, pp. 327-343.
- J. HULL, A. WHITE, *Pricing interest-rate derivative securities*, in *Review of Financial Study*, 1990, n. 3, pp. 573-592.
- J. ISTAS, G. LANG, *Variations quadratiques et estimation de l'exposant de Hölder local d'un processus gaussien*, in *Annales de l'Institut Henri Poincaré*, 1997, n. 33, pp. 407-436.

- J. LÉVY VÉHEL, O. BARRIÈRE, *Local Hölder regularity-based modeling of RR intervals*, in *Proceedings 21th IEEE International Symposium on Computer-Based Medical Systems*, 2008, pp. 75-80.
- H.Y. LIU, A. MANZOOR, C.Y. WANG, L. ZHANG, Z. MANZOOR, *The Covid-19 Outbreak and Affected Countries Stock Markets Response*, in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2020, n. 17, pp. 2800 ss.
- T. LUX, M. SEGNON, *Multifractal Models in Finance: Their Origin, Properties and Applications*, in *The Oxford Handbook of Computational Economics and Finance*, Oxford, 2018.
- B. MALKIEL, R. SHILLER, *Does Covid-19 Prove the Stock Market Is Inefficient?*, in *Pairagraph*, 4 May 2020.
- B. MANDELBROT, *The variation of certain speculative prices*, in *Journal of Business*, 1963, n. 36, pp. 392-417.
- B. MANDELBROT, J.W. VAN NESS, *Fractional Brownian motion, fractional noise and application*, in *SIAM Review*, 1968, n. 10, pp. 422-437.
- D. NELSON, *Conditional heteroskedasticity in asset returns: a new approach*, in *Econometrica*, 1991, n. 59, pp. 349-370.
- A.J. PATTON, K. SHEPPARD, *Good Volatility, Bad Volatility: Signed Jumps and The Persistence of Volatility*, in *Review of Economics and Statistics*, 2015, n. 97, pp. 683-697.
- R.S. PÉLTIER, J. LÉVY VÉHEL, *Multifractional Brownian Motion: Definition and Preliminary Results*, in *Research Report RR-2645 INRIA*, 1995, pp. 1-39.
- A. PIANESE, S. BIANCHI, A.M. PALAZZO, *Fast and unbiased estimator of the time-dependent Hurst exponent*, in *Chaos: An Interdisciplinary Journal of Nonlinear Science*, 2018, n. 28, pp. 31-102.
- S.T. RACHEV, S. MITTNIK, *Modeling asset returns with alternative stable distribution*, in *Econometric Review*, 1993, n. 12, pp. 261-330.
- S.T. RACHEV, S. MITTNIK, *Stable Paretian Models in Finance*, New York, 2000.
- A. REUSSA, P. OLIVARES, S. SECOC, R. ZAGSTA, *Risk Management and Portfolio Selection Using α -Stable Regime Switching Models* in *Applied Mathematical Sciences*, 2016, n. 10, 12, pp. 549-582.
- D. REVUZ, M. YOR, *Continuous Martingales and Brownian Motion*, Heidelberg, 3rd Edition, 1999.
- G. SAMORODNITSKY, M.S. TAQQU, *Stable Non-Gaussian Random Processes: Stochastic Models with Infinite Variance*, New York, 1994.

L'IMPATTO DELL'EMERGENZA COVID-19 SULL'ECONOMICITÀ DELLE AZIENDE E I RIFLESSI IN TEMA DI CONTINUITÀ AZIENDALE

1. Il contesto della crisi da Covid-19 e le misure adottate dall'esecutivo - 2. L'impatto sull'economia delle aziende: aspetti definatori della crisi aziendale da Covid-19 - 3. La redazione del bilancio di esercizio per le aziende impattate dal Covid-19: implicazioni in tema continuità aziendale - 4. Provvisorie riflessioni conclusive e future prospettive di analisi

1. Il contesto della crisi da Covid-19 e le misure adottate dall'esecutivo

L'11 marzo scorso, l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha ufficialmente dichiarato l'infezione da Covid-19, pandemia. Il passaggio formale dalla definizione di epidemia a quella di pandemia non si identifica banalmente in una transazione letterale, ma integra rilevanti ripercussioni sul piano pratico: il monito lanciato dal Direttore generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, Tedros Adhanom Ghebreyesus a Ginevra è, infatti, un avvertimento d'allerta a tutti i Paesi del mondo in ordine al fatto che la crisi epidemiologica, che in quella data stava dispiegando i suoi tragici effetti in Italia, si sarebbe brevemente estesa in tutti i continenti trascinando con sé incombenti ripercussioni, non solo su variabili di matrice sanitaria.

Su questo presupposto, l'esecutivo italiano è stato il primo a muoversi a livello europeo, bloccando, sin da gennaio, i voli diretti da e per la Cina. In seguito, dalla notizia dei primi contagi nel nord del Paese, la strategia governativa è stata quella di adottare misure gradualmente più restrittive mediante lo strumento del decreto legge e dell'inedito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, seguendo le direttive dell'Istituto Superiore di Sanità, gradualmente limitando gli spostamenti dei cittadini e disponendo la chiusura delle prime attività economiche, sino ad arrivare al definitivo *lockdown*, con la previsione della estensione della chiusura a tutte le aziende non collegate a servizi essenziali o beni di prima necessità e con la conseguente impossibilità, per coloro che non operano in tali settori, di muoversi all'interno del proprio comune di residenza se non per comprovate ragioni d'urgenza, di necessità o di salute.

Come naturale conseguenza del pressoché totale immobilizzo delle attività economiche, la Commissione europea ha pubblicamente riconosciuto come il Covid-19 da una parte rappresentasse una grave emergenza sanitaria per i cittadini dell'Unione europea ma come esso, dall'altra, potesse essere origine di un grave shock macroeconomico.

Le misure di contenimento adottate nei paesi colpiti dall'epidemia da Covid-19, infatti, se per un verso si dimostrano efficaci nell'arrestare la diffusione del contagio, per l'altro stanno causando uno shock di natura reale, che investe contemporaneamente l'offerta (chiusura di attività e interruzione dei canali di approvvigionamento di materie prime o di beni intermedi) e la domanda (caduta dei consumi, riduzione dei redditi, rinvio dei piani di investimento, calo delle esportazioni)¹.

L'epidemia di Covid-19 e la successiva chiusura di numerose attività commerciali e produttive, sta causando un forte calo dei flussi di cassa in entrata delle imprese, specialmente nei settori dove la prossimità fisica tra lavoratori o con la clientela è inevitabile.

Se, tradizionalmente, una inattesa variazione della distribuzione temporale dei flussi di cassa ha come conseguenza un naturale aumento dell'esposizione debitoria, l'attuale shock alla liquidità delle attività economiche porta con sé significative perdite sotto forma di ricavi, che in futuro potranno essere solo in parte recuperate e che si traducono nel rischio di incremento del *leverage* anche nel medio termine. È chiaro che la ripresa delle attività economiche e la capacità di scongiurare pessimistici scenari dipenderà in maniera fondamentale da come le misure intraprese dai governi e dalle altre autorità determineranno l'allocazione delle perdite tra i differenti attori economici (imprese, banche, famiglie, governi e banche centrali) nonché dalla distribuzione temporale di tali perdite².

Numerosi sono stati gli interventi ad oggi varati dai governi nazionali, tutti volti a mitigare l'impatto della crisi economica su aziende, famiglie e banche. Alcune misure prevedono uno spostamento diretto delle perdite dal settore privato al bilancio dello Stato, (fenomeno che, in qualche modo, dovrà essere mitigato dallo strumento del *Recovery Fund*): trasferimenti diretti verso famiglie e imprese, estensione della platea di beneficiari della cassa integrazione guadagni, innalzamento dei sussidi di disoccupazione. Altre misure, quali il rilascio di garanzie pubbliche sui prestiti e le moratorie fiscali e creditizie, non alleggeriscono le perdite subite da alcuni settori, ma mi-

¹ Il FMI prevede una contrazione del PIL mondiale del 3 per cento nel 2020. Ipotizzando che l'emergenza sanitaria cessi nella seconda metà dell'anno e che le misure anticrisi varate in tutto il mondo risultino efficaci, il FMI prefigura una crescita globale del 5,8 per cento nel 2021. In uno scenario più avverso, contraddistinto da un prolungamento della pandemia nella seconda parte del 2020, da un peggioramento delle condizioni finanziarie e da interruzioni delle catene di approvvigionamento globali, il PIL mondiale si ridurrebbe di un ulteriore 3 per cento nel 2020 rispetto allo scenario di base. Cfr. FMI, *World Economic Outlook*, aprile 2020.

² G. GOBBI, F. PALAZZO, A. SEGURA, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post Covid-19 e le loro implicazioni di medio termine*, in www.bancaditalia.it, aprile 2020.

rano invece ad agevolare la concessione di liquidità a condizioni favorevoli da parte del sistema finanziario, così da posticipare le perdite.

In particolare, il Governo italiano ha varato quattro provvedimenti amministrativi: il decreto Cura Italia (d.l. n. 18/2020), il decreto liquidità (d.l. n. 23/2020), il decreto Rilancio (d.l. n. 34/2020) e il decreto Rilancio 2 (d.l. n. 104/2020); si tratta di provvedimenti d'urgenza emanati a breve distanza l'uno dall'altro e concatenati tra loro.

In questa sede, assumono particolare rilievo gli interventi a sostegno della liquidità del tessuto economico produttivo, fortemente potenziati dal citato d.l. n. 23/2020, che ha da un lato modificato e dall'altro implementato le misure straordinarie introdotte dal d.l. n. 18/2020, anche grazie al nuovo quadro regolatorio degli aiuti di Stato, *State Aid Temporary Framework*, della Commissione UE, nel frattempo intervenuto.

La più ingente delle misure per il sostegno alla liquidità delle imprese adottate dall'esecutivo, si configura nella previsione che SACE, società del gruppo Cassa Depositi e Prestiti specializzata nel sostegno finanziario delle imprese che intendono espandersi nel mercato globale rilasci, sino al 31 dicembre 2020, garanzie in favore di banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, per finanziamenti sotto qualsiasi forma erogati alle imprese.

I destinatari della garanzia sono le attività economiche aventi sede in Italia, diverse dalle banche e da altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito, tra cui le piccole e medie imprese come definite dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE, a condizione che non rientrino nella categoria delle imprese in difficoltà, non risultino presenti tra le esposizioni deteriorate presso il sistema bancario, si astengano dalla distribuzione di dividendi o dal riacquisto di azioni proprie nel corso del 2020 e gestiscano i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali.

I finanziamenti in parola, che possono prevedere una durata non superiore a 6 anni, con la previsione di un preammortamento di 12, 18 o 24 mesi, non potranno essere di ammontare superiore al maggiore tra il 25% del fatturato annuo 2019 della impresa ed il doppio del costo del personale.

L'importo complessivo massimo di garanzie erogabili è pari a 200 miliardi di euro, di cui almeno 30 miliardi destinati a PMI, inclusi i lavoratori autonomi e i liberi professionisti titolari di partita IVA, che abbiano pienamente utilizzato la capacità di accesso al Fondo centrale di garan-

zia. Inoltre, le commissioni bancarie devono essere limitate al recupero dei costi e il costo del finanziamento garantito deve essere inferiore a quello che si avrebbe in assenza di garanzia.

La garanzia in parola copre il 90% dell'importo del finanziamento per imprese con meno di 5.000 dipendenti in Italia e un fatturato fino a 1,5 miliardi di euro; l'80% dell'importo del finanziamento per imprese con fatturato tra 1,5 miliardi e 5 miliardi di euro o con più di 5.000 dipendenti; ed il 70% per le imprese con fatturato superiore a 5 miliardi di euro.

Con particolare riguardo alle PMI, con il d.l. 18/2020 e il successivo d.l. 23/2020 è stata ampliata in modo significativo l'operatività del Fondo Centrale di Garanzia, prevedendo, anzitutto, la gratuità della garanzia con la sospensione dell'obbligo di versamento delle previste commissioni per l'accesso al Fondo stesso, l'ammissibilità alla garanzia di operazioni di rinegoziazione del debito e l'allungamento automatico della garanzia in caso di moratoria o sospensione del finanziamento per l'emergenza coronavirus. Sempre per le PMI, la soglia massima dell'importo garantito sale a 5 milioni di euro e sono ammesse alla garanzia le imprese fino a 499 dipendenti. L'accesso al Fondo, inoltre, può essere concesso anche a beneficiari che, alla data della richiesta di garanzia, presentano esposizioni classificate dalla banca come "inadempienze probabili" o "scadute o sconfinanti deteriorate", purché la classificazione sia successiva al 31 gennaio 2020.

A riguardo, si possono individuare tre principali soglie di prestito:

- Prestiti fino a 25.000 euro, pari al 25% dei ricavi dell'impresa, garantiti al 100% dal Fondo di Garanzia per le Pmi. Nel caso di specie, l'impresa presenta alla propria banca una autocertificazione sui danni subiti dalla propria attività a causa dell'emergenza Covid-19. Non viene effettuato alcun tipo di valutazione da parte del Fondo sul soggetto beneficiario della garanzia, mentre la banca si limita alla valutazione del merito creditizio. Tali finanziamenti prevedono l'inizio del rimborso del capitale non prima di 24 mesi ed il rilascio della garanzia è automatico e gratuito; la banca può quindi erogare il finanziamento dopo la verifica formale del possesso dei requisiti, anche senza dover attendere l'esito dell'istruttoria del Fondo;

- Prestiti fino a 800.000 euro, per cui le imprese con ricavi non superiori a 3,2 milioni di euro e fino a 499 dipendenti, possono ottenere una garanzia pari al 100%, concessa al 90% dallo Stato e al 10% da un soggetto terzo, su un prestito di importo non superiore al 25% dei ricavi dell'azienda, presentando alla propria banca una autocertificazione sui danni subiti dalla propria attività a causa dell'emergenza Covid-19. Anche in tal caso l'intervento del Fondo di Garanzia

delle PMI è gratuito e, ai fini della concessione della garanzia, non è prevista alcuna valutazione del merito di credito dell'impresa;

- Prestiti oltre 800.000 euro per cui il Fondo garantisce al 90% dei prestiti oltre gli 800.000 euro, fermo restando il limite massimo di 5 milioni di euro per impresa, con modalità di accesso gratuita. In tal caso l'ammontare del prestito non può essere superiore al doppio della spesa per salari che il beneficiario ha sostenuto nel 2019 o il 25% del fatturato totale del 2019. Ai fini della concessione della garanzia, non è prevista alcuna valutazione del merito di credito dell'impresa³.

Un altro fronte su cui il Governo è intervenuto a sostegno delle attività, riguarda la moratoria straordinaria su un volume complessivo di prestiti, stimato in circa 220 miliardi di euro, cui beneficiano le micro, piccole e medie imprese *in bonis*, i professionisti e le ditte individuali, non classificate come esposizioni deteriorate.

Il decreto ha previsto il congelamento, fino al 30 settembre, delle linee di credito in conto corrente, finanziamenti per anticipi su titoli di credito, scadenze di prestiti a breve e rate di prestiti e canoni in scadenza. Su tali esposizioni è prevista una garanzia parziale gratuita del fondo PMI.

È indubbio come la concessione di garanzie pubbliche, soprattutto alle piccole e medie imprese, rappresenti un efficace strumento per incentivare le banche a concedere la liquidità necessaria a far fronte alla crisi da Covid-19. Tuttavia, la probabilità di una futura escussione di tali garanzie sarà verosimilmente molto più elevata che in condizioni normali: gli oneri per le finanze pubbliche, seppure distribuiti su più esercizi (i prestiti ammessi a garanzia possono avere una durata massima di sei anni), potranno essere significativi ed i tassi di insolvenza potrebbero anche superare *range* importanti.

Come cennato dal capo del Servizio struttura economica di via Nazionale, Fabrizio Balassone, il timore risiede nel fatto che, in taluni casi, il credito potrebbe affluire ad imprese comunque destinate a non superare la crisi.

Inoltre, una parte delle perdite subite dalle imprese sarà difficilmente recuperabile e non tutti i debiti assistiti da garanzie pubbliche saranno immediatamente ripagati al termine dell'emergenza sanitaria, aumentando quindi la leva finanziaria delle imprese, la loro vulnerabilità nonché difficoltà a rinnovare i prestiti garantiti dallo Stato e ciò potrebbe avere un effetto inverso

³ *Sostegno alla liquidità delle famiglie e delle imprese tramite il sistema bancario*, in www.mef.gov.it, aprile 2020.

rispetto a quello auspicato: le attività economiche saranno anche meno capaci di intraprendere gli investimenti necessari ad accelerare la ripresa economica⁴.

Ulteriore aspetto fondamentale, da prendere in considerazione in risposta allo shock economico generato dalla pandemia, è rappresentato dalla facile conseguenza per cui la contrazione delle attività produttive sfoci in numerose procedure fallimentari per le aziende.

Sul punto sono state previste misure idonee, quantomeno sulla carta, a salvaguardare la continuità delle imprese colpite dalla crisi. Il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 sul punto interviene su più fronti. Nello specifico, l'art. 5 differisce al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) di cui al d.lgs. 14/2019, al fine di consentire alle imprese e agli operatori di continuare a utilizzare, durante la fase emergenziale, uno strumento già noto come la legge fallimentare, intorno al quale si sono coagulati importanti orientamenti giurisprudenziali e prassi consolidate.

L'art. 6 dispone poi la sospensione sino al 31 dicembre 2020 degli obblighi di ricapitalizzazione della società in caso di perdite rilevanti del capitale sociale e della relativa causa di scioglimento della società (artt. 2446, commi 2 e 3, cod. civ.; 2447; 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, cod. civ., 2482-*ter* cod. civ.; 2484, comma 1, n. 4, cod. civ. e 2545-*duodecies* cod. civ.); è chiaro come le disposizioni siano volte a scongiurare la fattispecie per cui, a causa di perdite straordinarie derivanti dalla pandemia e dal blocco delle attività, le imprese si trovino nella condizione di dover chiedere la messa in liquidazione.

Aspetto critico sul tema della continuità aziendale è integrato dall'art. 7 del decreto liquidità, che, in origine, aveva previsto la possibilità di operare, in occasione della redazione del bilancio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuità aziendale, quando tale presupposto risultava sussistente prima del manifestarsi della crisi. Come specificato nella relazione illustrativa, tale previsione era motivata dalla necessità di neutralizzare gli effetti devianti dell'attuale crisi economica conservando ai bilanci una concreta e corretta valenza informativa anche nei confronti dei terzi, consentendo alle imprese che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale prospettiva.

La legge 17 luglio 2020, n. 77, che ha convertito, con modificazioni, il cd. decreto rilancio, innova poi la disciplina dettata in tema di valutazione della prospettiva di continuità aziendale nei

⁴ G. GOBBI, F. PALAZZO, A. SEGURA, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post Covid-19 e le loro implicazioni di medio termine*, aprile 2020, in www.bancaditalia.it.

bilanci dall'art. 7 del decreto liquidità: in base alla nuova disciplina contenuta nell'art. 38-*quater* del decreto rilancio, per come convertito:

- per i bilanci il cui esercizio chiude entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati la valutazione delle voci e della prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1, cod. civ. è effettuata non tenendo conto delle incertezze e degli effetti derivanti dai fatti successivi alla data di chiusura del bilancio stesso;

- per i bilanci riferiti ad esercizi in corso al 31 dicembre 2020 la valutazione delle voci e della prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'articolo 2423-*bis*, comma 1, n. 1), cod. civ. del codice civile può comunque essere effettuata sulla base delle risultanze dell'ultimo bilancio di esercizio chiuso entro il 23 febbraio 2020.

La disposizione precisa che, per entrambe le fattispecie, le informazioni relative al presupposto della continuità aziendale dovranno essere fornite in nota integrativa, nelle politiche contabili di cui all'articolo 2427, comma 1, n. 1, cod. civ. Restano fermi gli altri obblighi informativi da assolvere in nota integrativa e nella relazione sulla gestione, compresi quelli relativi ai rischi e alle incertezze concernenti gli eventi successivi, nonché alla capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito. Il terzo comma, conclude poi affermando che l'efficacia di dette disposizioni è limitata ai soli fini civilistici.

L'art. 8 del decreto liquidità, dispone la sospensione, dal 9 aprile al 31 dicembre 2020, della regola della postergazione del finanziamento dei soci e dei finanziamenti infragruppo effettuati in condizioni di squilibrio patrimoniale, allo scopo di favorire, nell'attuale contesto di crisi generalizzata, l'afflusso di tutte le risorse necessarie ad assicurare la sopravvivenza dell'impresa.

L'art. 9 proroga di sei mesi i termini di esecuzione delle procedure di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti pendenti. La legge di conversione ha poi opportunamente esteso tale proroga anche agli accordi di composizione della crisi e ai piani del consumatore omologati. La stessa norma, ancora, prevede la possibilità di deposito di un piano di risanamento *ex art. 67, comma 3, lett. d)*, della legge finanziaria a seguito del deposito di ricorso per concordato con riserva, attraverso un atto di rinuncia alla Procedura da parte del debitore.

Ultima previsione rilevante sul tema, è rappresentata dalla improcedibilità dei ricorsi per la dichiarazione di fallimento e delle altre procedure basate sullo stato di insolvenza (liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria), depositati tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020. Detta improcedibilità, tuttavia, non trova applicazione nel caso in cui il ricorso sia

presentato dall'imprenditore in proprio, quando l'insolvenza non è conseguenza dell'epidemia da Covid-19 o quando, in caso di ricorso presentato dal PM, l'insolvenza risulta da un procedimento penale a carico dell'imprenditore.

È chiaro come la *ratio* della previsione in parola, trovi fondamento nel fatto che, nell'attuale situazione di crisi economica conclamata, l'apertura di nuove procedure che generate da fattori straordinari ed esogeni all'attività d'impresa, darebbero luogo a liquidazioni inefficienti con dispersione del patrimonio produttivo e vantaggi irrisori per i creditori, nonché a un rimarchevole incremento del carico pendente sugli uffici giudiziari

2. L'impatto sull'economia delle aziende: aspetti definatori della crisi aziendale da Covid-19

Non è facile fare riferimento ad una definizione di crisi aziendale generalmente condivisa. La dottrina e la prassi si sono, infatti, sempre preoccupate di analizzare le cause e le conseguenze dello stato di crisi, piuttosto che di darne una definizione. In economia aziendale lo stato di crisi viene abitualmente analizzato sotto il profilo genetico, nella convinzione che la crisi sia la risultante di un processo che si diparte da proprie cause e che si appalesa in manifestazioni economiche e/o finanziarie. La menzionata fase delle cause, spesso accompagnata da deboli segnali di avvisaglia, rappresenta il punto di partenza per l'implementazione di azioni di analisi e di intervento volte al ri-orientamento dei processi aziendali.

Ciò premesso, pare potersi affermare che lo stadio di crisi aziendale risulta essere successivo ad uno squilibrio prima economico e poi finanziario dell'impresa. La ricerca delle cause della crisi rappresenta anche un esercizio funzionale allo svolgimento di una tassonomia della crisi, consentendo di effettuare le seguenti distinzioni⁵:

- crisi finanziarie: la crisi ha natura finanziaria quando è dovuta al fatto che l'impresa non ha, né riesce a procurarsi, mezzi finanziari adeguati – per quantità e qualità – alle esigenze di una gestione che, altrimenti, sarebbe economicamente equilibrata;

- crisi economiche: la crisi ha natura economica quando è dovuta a fatti più complessi rispetto ad una pura e semplice carenza qualitativa e quantitativa di mezzi finanziari a disposizione o comunque accessibili all'impresa;

⁵ P. CAPALDO, *Crisi d'impresa e suo risanamento*, Roma, 1977, p. 316.

• crisi economico-finanziarie: in questo caso la crisi d'impresa assume talora caratteri che non consentono di ricondurla compiutamente né ad una crisi di tipo finanziario né economico. È questo il caso, piuttosto frequente, in cui lo squilibrio economico dell'esercizio è imputabile essenzialmente allo squilibrio della struttura finanziaria (oneri finanziari), spesso sbilanciata verso investimenti non economicamente produttivi.

Una ulteriore chiarissima dottrina⁶ definisce due – distinguibili ma sovrapponibili – approcci di analisi delle cause della crisi d'impresa:

- l'approccio soggettivo, che individua le cause risalenti agli uomini, siano essi il management o la proprietà;
- l'approccio oggettivo, che si focalizza su aspetti che sfuggono al dominio degli uomini d'impresa.

Va da sé che non sia sempre distinguibile il confine tra responsabilità del management e della proprietà e fattori puramente esogeni: la crisi d'impresa è un fenomeno complesso e tendenzialmente scaturito dalla coazione di diversi fattori, oggettivi e soggettivi. Ciò posto, in un'ottica quanto più possibile obiettiva, la dottrina menzionata individua cinque tipologie di crisi, tra di loro non necessariamente alternative:

- crisi da inefficienza;
- crisi da sovraccapacità-rigidità;
- crisi da decadimento dei prodotti;
- crisi da carenza di programmazione;
- crisi da squilibrio finanziario.

Sebbene le classificazioni fin qui esposte non siano sufficienti ad esaurire lo spettro delle possibili crisi aziendali, esse rappresentano un tentativo – si ritiene riuscito – di offrire un quadro di raccordo tra insorgenza della crisi e ricerca delle cause. Una appropriata e tempestiva individuazione delle cause della crisi aumenta, infatti, le possibilità di riuscita degli interventi.

Le tassonomie presentate favoriscono una sistematizzazione della crisi da Covid-19, la quale necessita, tuttavia, alcune importanti premesse:

1. la possibilità di intervenire sui fenomeni di crisi aziendale è – in condizioni normali – legata alla capacità del management e alla qualità degli strumenti di programmazione e

⁶ L. GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986.

controllo implementati; è di tutta evidenza che la pandemia e le relative conseguenze economiche non rappresentano un evento prevedibile, stimabile o congetturabile: in questo senso la crisi da Covid-19 ha la peculiarità di non potere essere attribuita a fattori soggettivi;

2. in genere le crisi aziendali si sviluppano seguendo una sorta di ciclo di vita. Gli squilibri economici/inefficienze sfociano in perdite economiche che, in mancanza di azioni appropriate, sono destinate ad integrare una situazione di insolvenza/dissesto. La crisi da Covid-19 non è, invece, connotata da una gradualità essendo il frutto di una situazione improvvisa, nonché *ope legis* imposta;

3. le restrizioni opportunamente previste dall'esecutivo in piena emergenza non hanno interdetto tutte le attività economiche; molte aziende, operanti in settori essenziali o aventi una operatività non dannosa per la diffusione del virus, hanno continuato a svolgere regolarmente – ancorché con modalità modificate – la propria attività, finanche registrando significativi aumenti del fatturato⁷.

Emergono quindi alcuni importanti aspetti per la definizione della crisi da Covid-19: la oggettività, la non prevedibilità, la non gradualità e l'impatto differenziato a seconda dell'*industry*.

Tralasciando la disamina degli impatti positivi o neutri che il *lockdown* ha avuto su talune *industries*, pare opportuno concentrarsi sulle ricadute economico-finanziarie che hanno interessato la restante parte delle imprese.

L'esercizio di distinzione tra crisi economica e crisi finanziaria potrebbe, in questo caso, risultare inefficace, dal momento che la dinamica finanziaria innestata dall'ammacco dei ricavi ha certamente provocato situazioni di sostanziale insolvenza, soprattutto per quelle aziende fortemente indebitate.

Come già significato, il governo è intervenuto garantendo opportune immissioni di liquidità, prestando garanzie mediante il gruppo Cassa Depositi e Prestiti (CDP) e depotenziando, in tal guisa, i problemi di liquidità legati alla mancata realizzazione dei ricavi caratteristici. Pur non discutendo l'opportunità di tale manovra, sembrerebbero configurarsi alcune problematiche, compendiabili, a titolo non esaustivo, nel seguente modo:

1. tale immissione di liquidità, anche a titolo di finanziamento del circolante, avente un modesto livello di valutazione del merito creditizio, può rischiare di aggravare l'esposizione fi-

⁷ Sul punto, secondo lo studio effettuato da Mediobanca, a livello di multinazionali industriali si sarebbe registrata una variazione positiva (2020 su 2019) del 9,6% per la GDO, del 5,6% per l'elettronico e del 17,6% per il Web Software (<http://www.mbres.it/publications/impatto-del-covid-19-sul-primo-semester-2020>).

nanziaria di aziende già precedentemente disequilibrate. La liquidità offerta potrebbe tradursi in una sola temporanea panacea rispetto a preesistenti problemi di equilibrio economico-finanziario;

2. l'inefficace utilizzo di tali risorse, soprattutto se svolto in un'ottica di breve periodo, rischia di non concretizzarsi in investimenti in grado di ricondurre la gestione ad una marginalità di equilibrio;

3. la consistente esposizione assunta dal gruppo CDP, in caso di significative problematiche di rientro da parte delle aziende finanziate, potrebbe integrare una dinamica di slittamento dell'indebitamento d'impresa in capo al Ministero delle Finanze⁸.

Laddove sul terzo punto si dovrà attendere, speranzosi e ottimisti, di conoscere l'impatto della manovra sul patrimonio del gruppo CDP, sui primi due punti sono però consentite alcune considerazioni in tema di efficienza degli interventi normativi in condizioni di crisi. Si fa in particolare riferimento ad alcuni contributi⁹ che si ritengono calzanti alle circostanze che hanno condotto l'esecutivo a garantire liquidità alle imprese.

In tema di efficienza delle procedure concorsuali, alcuni studiosi hanno individuato tre *concerns* che una normativa sulla crisi d'impresa dovrebbe mirare a soddisfare¹⁰:

1. assicurare (o comunque protendere verso) il più redditizio impiego post procedurale degli assets;

2. evitare che le imprese in equilibrio possano essere indotte ad assumere atteggiamenti irresponsabilmente inefficienti da un punto di vista economico;

3. realizzare i due scopi precedenti nella maniera meno onerosa possibile.

Mentre la salvaguardia della continuità gestionale delle aziende è stata garantita mediante l'erogazione di liquidità, soddisfacendo in questo caso il primo *concern*, la situazione di contigenza potrebbe avere favorito azzardi morali, non rispondendo quindi al secondo *concern*.

Sebbene sul terzo punto sia necessario rimandare il giudizio a quando si potranno confrontare i costi e i benefici degli interventi normativi, si registrano, al momento, diverse rimostranze in

⁸ Sebbene il Gruppo Cassa Depositi e prestiti si configuri come una Società per Azioni, circa l'83% del capitale è detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

⁹ Sul punto si vedano J. BIGUS, *Bankruptcy law, asset substitution problem, and creditor conflicts*, in *Review of Law and Economics*, 22, 2, 2002, pp. 109-132; R. BLAZY, B. CHOPARD, *Ex post efficiency of bankruptcy procedures: A general normative framework*, in *International Review of Law and Economics*, 24, 4, 2004, pp. 447-471; F. CORNELLI, L. FELLI, *Ex-ante efficiency of bankruptcy procedures*, in *European Economic Review*, 41, 3, 1997, pp. 475-485; R.K. RASMUSSEN, D.A. SKEEL, *The Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, vol. 3, 1995, pp. 85-115.

¹⁰ R.K. RASMUSSEN, D.A. SKEEL, *Economic Analysis of Corporate Bankruptcy Law*, in *American Bankruptcy Institute Law Review*, 3, 1995, p. 85.

punto di tempestività, sia per quanto concerne l'operato delle banche¹¹, sia per quanto attiene l'attivazione degli ammortizzatori sociali¹².

3. La redazione del bilancio di esercizio per le aziende impattate dal Covid-19: implicazioni in tema continuità aziendale

Come noto, la redazione del bilancio di esercizio, per le società che applicano il modello civilistico italiano, sottostà ad un modello di tipo induttivo, in cui il legislatore detta i principi generali di redazione e i criteri particolari di valutazione¹³.

Tra i principi generali di valutazione il principio della continuità aziendale, cd. *going concern*, di cui all'art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1¹⁴, cod. civ. riveste una particolare importanza; esso viene anche definito "protoprincipio", giacché, in assenza di continuità aziendale, non è più possibile parlare di bilancio ordinario di esercizio.

Molte delle poste che compongono il bilancio – prime fra tutte le attività immateriali (es. l'avviamento) – soggiacciono, infatti, alla sussistenza di condizioni di sopravvivenza dell'impresa e cioè alla possibilità, come nel caso delle attività immateriali, di contribuire alla produzione di valore prospettico¹⁵. La continuità aziendale non può essere meramente presunta, ma deve essere accertata dal Consiglio di Amministrazione (ovvero da equivalente organo preposto alla redazione del bilancio) e dal Collegio Sindacale. Tuttavia, il Codice civile non definisce un processo in grado di accertare la sussistenza del presupposto di continuità. In questo senso, interviene il principio di revisione ISA Italia n. 570 che fornisce utili definizioni ed indicazioni procedurali¹⁶.

¹¹ Cfr. *Bankitalia bacchetta le banche: basta ritardi sui prestiti alle imprese*, in www.ilsole24ore.com.

¹² Cfr. *Dal sito in tilt ai ritardi sulla cassa integrazione ai furbetti del bonus Iva: i passi falsi dell'Inps a guida Tridico*, in www.ilsole24ore.com.

¹³ Sul punto si vedano G. ZANDA, *Il bilancio delle Società. Lineamenti teorici e modelli di redazione*, Torino, 2007; M. LACCHINI, *I principi generali di valutazione nella IV Direttiva C.E.E. e nello schema di legge di recepimento*, nn. 3 e 4, 1989.

¹⁴ Cfr. art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1: «la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività».

¹⁵ Sul punto si veda G. ZANDA, M. LACCHINI, E. LAGHI, *Conferimenti aziendali ed eventuale iscrivibilità in bilancio dell'avviamento e dei beni immateriali: una nota critica*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale*, nn. 9 e 10, Roma, 1995.

¹⁶ In particolare, con riferimento alla definizione del presupposto della continuità aziendale: «In base al presupposto della continuità aziendale, il bilancio è redatto assumendo che l'impresa operi e continui ad operare nel prevedibile futuro come un'entità in funzionamento. I bilanci redatti per scopi di carattere generale sono predisposti utilizzando il presupposto della continuità aziendale, a meno che la direzione intenda liquidare l'impresa o interrompere l'attività o non abbia alternative realistiche a tali scelte. I bilanci redatti per scopi specifici possono o meno essere predisposti in conformità ad un quadro normativo sull'informazione finanziaria per il quale il presupposto della continuità aziendale sia pertinente (per esempio, il presupposto della continuità aziendale non è pertinente per alcuni bi-

In altre parole, in caso di accertata assenza di continuità aziendale vengono meno i presupposti alla base della natura di diverse poste di bilancio, imponendo una diversa ottica valutativa basata, per le attività, sui presumibili valori di realizzo, e, per le passività, sui presumibili valori di estinzione; tale ottica integra tipicamente la redazione dei bilanci di liquidazione ed è anche nota come *liquidation concern*¹⁷.

Nel complesso, i riferimenti normativi ed interpretativi riferibili al tema della continuità aziendale possono essere come di seguito riepilogati:

- art. 2423 cod. civ.;
- OIC n. 11 paragrafi 21-24;
- IAS 1 (rilevante per le società che applicano i principi contabili internazionali);
- ISA Italia n. 570;
- Documento Banca d'Italia, Consob e Isvap n. 2 del 6 febbraio 2009.

Restando in una prospettiva contabile civilistica, l'OIC n. 11, al paragrafo 22, precisa che la direzione aziendale, in sede di preparazione del bilancio di esercizio, debba effettuare una valutazione in ordine alla capacità dell'azienda «di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio».

In assenza di alternative alla cessazione dell'attività ed in assenza di accertamento delle cause di scioglimento previste dall'art. 2484 cod. civ., la valutazione delle poste deve comunque essere svolta nella prospettiva della continuità aziendale, ma applicando i principi contabili in considerazione del limitato orizzonte temporale residuo¹⁸. In caso di accertamento, ai sensi dell'art. 2485 cod. civ., di una delle cause di scioglimento previste dall'art. 2484 cod. civ., il bilancio d'esercizio è redatto senza l'applicazione della continuità aziendale¹⁹.

Da un punto di vista operativo, il principio ISA 570 fornisce alcune indicazioni in ordine ad «eventi o circostanze che possono far sorgere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di

lanci redatti a fini fiscali in particolari ordinamenti giuridici). Quando l'utilizzo del presupposto della continuità aziendale è appropriato, le attività e le passività vengono contabilizzate in base al presupposto che l'impresa sarà in grado di realizzare le proprie attività e far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell'attività aziendale». (Cfr. ISA Italia n. 570, par. 2).

¹⁷ Sul punto si veda M. LACCHINI, *Il postulato di continuità dell'impresa (Going concern): un'analisi critica*, Roma, 3-4, 1988, pp. 96-115.

¹⁸ Cfr. OIC 11, par. 23.

¹⁹ Cfr. OIC 11, par. 24.

continuare ad operare come un'entità in funzionamento». In particolare, l'ISA 570 fornisce tre tipologie di indicatori²⁰:

- indicatori finanziari:
 - situazione di deficit patrimoniale o di capitale circolante netto negativo;
 - prestiti a scadenza fissa e prossimi alla scadenza senza che vi siano prospettive verosimili di rinnovo o di rimborso oppure eccessiva dipendenza da prestiti a breve termine per finanziare attività a lungo termine;
 - indizi di cessazione del sostegno finanziario da parte dei creditori;
 - bilanci storici o prospettici che mostrano flussi di cassa negativi;
 - principali indici economico-finanziari negativi;
 - consistenti perdite operative o significative perdite di valore delle attività utilizzate per generare i flussi di cassa;
 - difficoltà nel pagamento di dividendi arretrati o discontinuità nella distribuzione di dividendi;
 - incapacità di pagare i debiti alla scadenza;
 - incapacità di rispettare le clausole contrattuali dei prestiti;
 - cambiamento delle forme di pagamento concesse dai fornitori, dalla condizione “a credito” alla condizione “pagamento alla consegna”;
 - incapacità di ottenere finanziamenti per lo sviluppo di nuovi prodotti ovvero per altri investimenti necessari;
- indicatori gestionali:
 - intenzione della direzione di liquidare l'impresa o di cessare le attività;
 - perdita di membri della direzione con responsabilità strategiche senza una loro sostituzione;
 - perdita di mercati fondamentali, di clienti chiave, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori importanti;
 - difficoltà con il personale;
 - scarsità nell'approvvigionamento di forniture importanti;
 - comparsa di concorrenti di grande successo;
- altri indicatori:

²⁰ Cfr. ISA 570, par. A3.

- capitale ridotto al di sotto dei limiti legali o non conformità del capitale ad altre norme di legge, come i requisiti di solvibilità o liquidità per gli istituti finanziari;
- procedimenti legali o regolamentari in corso che, in caso di soccombenza, possono comportare richieste di risarcimento cui l'impresa probabilmente non è in grado di far fronte;
- modifiche di leggi o regolamenti o delle politiche governative che si presume possano influenzare negativamente l'impresa;
- eventi catastrofici contro i quali non è stata stipulata una polizza assicurativa ovvero contro i quali è stata stipulata una polizza assicurativa con massimali insufficienti.

Come è banalmente possibile osservare, l'emergenza da Covid-19 ha avuto un impatto rilevante per molteplici degli indicatori elencati; a ciò si aggiunge che, essendo l'emergenza insorta tra la fine di febbraio e l'inizio di marzo, essa va considerata come evento significativo sorto dopo la chiusura del bilancio ed in grado di compromettere la continuità aziendale²¹.

In tale contesto, il legislatore è opportunamente intervenuto prevedendo una specifica deroga alla verifica del presupposto della continuità aziendale, allo scopo di far approvare i bilanci al 31 dicembre 2019 e garantire il flusso informativo verso i portatori d'interesse. In particolare, l'art. 7 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23²² (cd. decreto liquidità) sancisce che, ai fini della redazione del bilancio di esercizio in corso al 31.12.2020, la valutazione delle voci di bilancio nella prospettiva della continuità aziendale, può comunque essere operata se risulta sussistente nel bilancio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020.

In sostanza, la norma in parola consente di operare le valutazioni di bilancio come se ci fosse continuità, anche laddove la stessa fosse in dubbio a causa dell'emergenza Covid-19. Il legislatore ha quindi offerto una sorta di sterilizzazione degli effetti della crisi economica, applicabile in ipotesi di sussistenza della continuità aziendale anteriormente al 23 febbraio 2020.

Allo scopo di favorire una corretta interpretazione della norma contenente la deroga, l'OIC è intervenuto con il documento interpretativo n. 6, «Disposizioni temporanee sui principi di re-

²¹ Vale peraltro la pena ricordare che la continuità aziendale rappresenta uno degli elementi di allerta previsti dal Codice della crisi d'impresa, la cui entrata in vigore è stata opportunamente fatta slittare.

²² Cfr. art. 7, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, ai cui sensi «Nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'articolo 2423**bis**, comma primo, n. 1), del codice civile può comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020, fatta salva la previsione di cui all'articolo 106 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18. Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati».

dazione del bilancio». Nel documento viene chiarito che la società può avvalersi della deroga se, alla data di chiusura dell'esercizio (31.12.2019), sulla base delle informazioni disponibili, essa non si trovava in alcuna delle condizioni descritte dai paragrafi 23 e 24 dell'OIC 11.

Lo scopo della norma è quindi quello di evitare che l'applicazione dei normali criteri di valutazione, nel caso di specie il principio della continuità aziendale, possa enfatizzare gli effetti negativi della pandemia. Tale volontà dell'esecutivo è, peraltro, palesata dagli artt. 5 e 6 del decreto Liquidita, rispettivamente in tema di differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi e di riduzione del capitale per perdite. Nella medesima direzione derogatoria si sono mosse anche altre istituzioni quali l'ESMA, l'EBA, la BCE, lo IASB con riferimento all'applicazione dell'IFRS 9.

Il ceto professionale ha, tuttavia, mosso diverse rimostranze in ordine alla necessità di svolgere uno sforzo interpretativo per applicare la deroga. Da un punto di vista operativo, una ragionevole interpretazione della deroga si potrebbe concretizzare in una verifica della sussistenza delle condizioni di continuità aziendale sulla base delle informazioni in possesso ad una data anteriore al 23 febbraio 2020.

4. Provvisorie riflessioni conclusive e future prospettive di analisi

Circa gli effetti economici della pandemia in Italia *ex se*, vi è già sufficiente evidenza, posto che si dispone dei dati sul decremento del Pil nel secondo trimestre e di stime ritenute sufficientemente attendibili sino al termine dell'anno; evidentemente molto diversa è la rappresentazione che è possibile fare rispetto ai singoli settori aziendali, aree territoriali e specifiche imprese anche per quanto riguarda l'aspetto finanziario, oltre che economico, della gestione.

Ovviamente, appare più incerto prospettare le ricadute di medio e lungo termine del Covid-19, dipendendo ciò, oltre che dall'andamento del contagio di per sé e dalla possibilità di nuove mirate sospensioni dell'attività, dalla reattività generale del sistema economico e dal supporto internazionale allo stesso.

Una disamina critica sulla efficacia dei provvedimenti normativi posti in essere, limitatamente alle sole imprese, si rivela invece molto più complessa e certamente non può prescindere dalla considerazione della emergenzialità del fenomeno che si è abbattuto, del tutto nuovo nelle sue caratteristiche e inatteso, con straordinaria violenza sull'Italia, che è risultato, per circostanze ancora da approfondire, il Paese subito più colpito dopo la Cina, genesi della pandemia.

La constatazione degli scarsi tempi di reazione e dell'assenza di *benchmark* internazionali di comportamento deve rendere particolarmente cauti nell'esprimere giudizi affrettati. D'altro canto, il prioritario valore della salute dei cittadini non è sempre facilmente compatibile con gli effettivi interessi dell'economia.

Tutto ciò premesso, tuttavia, non può sottacersi che i provvedimenti economici in senso stretto relativi alle imprese, sono risultati senza dubbio molto frammentari e limitati e soprattutto non hanno, ad avviso di chi scrive, tenuto conto della enorme differenza che la emergenza sanitaria ha avuto sui differenti settori di attività e su diverse aree del territorio nazionale.

A differenza di quanto accaduto per molte persone fisiche, tra cui i professionisti, che hanno avuto riconosciuto il diritto ad un contributo a fondo perduto per alcuni mesi, sebbene quasi di sussistenza, e prescindendo qui dai problemi di eventuali abusi o di difficoltà nell'effettivo percepimento, le imprese, anche quelle più duramente colpite nell'effettivo esercizio della loro attività, non hanno avuto che sparuti ed episodici interventi di ausilio non oneroso e spesso sulla base di dati puramente casuali (come nel caso del decremento di fatturato stimato solo puntualmente nei mesi di aprile 2019/2020).

Né alcuna provvidenza particolare è stata introdotta per quelle filiere produttive che, dipendendo ad esempio molto dal turismo, non hanno potuto beneficiare che in minima parte, della riapertura successiva al *lockdown*: il settore alberghiero ad esempio, con particolare riferimento ai segmenti dipendenti da una clientela *affluent* proveniente dall'estero, ipotizza realisticamente di poter lavorare su basi di continuità solamente nel 2022, stante anche le esigenze di programmazione.

In buona sostanza, quindi, la principale e concreta fattispecie di intervento astrattamente in favore delle imprese, è rappresentato dall'accesso al credito bancario garantito dal MCC/SACE.

I dati disponibili mostrano come le banche, dopo un primo comprensibile momento di difficoltà, causato dalla nuova normativa e dall'enorme afflusso di richieste, in una fase nella quale gli istituti stessi operavano perlopiù in *smart working* e con tutte le restrizioni del caso, abbiano, nel complesso, velocizzato l'analisi delle pratiche ed incrementato in maniera significativa le erogazioni, probabilmente indotte anche dal loro stesso interesse, considerata la possibilità di ristrutturare con garanzia anche i debiti precedenti non garantiti e quindi di de-rischiare significativamente il portafoglio.

Ciò senza dubbio ha comportato una immissione di liquidità nelle imprese, che tuttavia rappresenta pur sempre un debito aggiuntivo che dovrà essere rimborsato per capitale ed interessi in un orizzonte temporale non eccessivamente esteso, ad oggi sei anni.

Non vi è chi non veda che questa circostanza peggiora il *leverage* aziendale, in imprese, come la maggioranza di quelle italiane, già notoriamente sottocapitalizzate e fortemente indebitate.

Vero è che, sulla carta, la concessione di finanza garantita, dovrebbe soggiacere ad un processo di valutazione del merito creditizio, da parte della Banca che cura l'istruttoria, analogo a quello occorrente in tempi ordinari ma, la *ratio* stessa dei provvedimenti normativi e la estensione della "garantibilità" anche alle imprese in difficoltà/crisi, è del tutto probabile che abbia indotto ad un atteggiamento di maggior comprensione.

Pur cercando di mantenere un ottimismo di fondo, chi scrive crede di non sbagliare nell'ipotizzare che si registrerà un elevato tasso di sofferenza o quanto meno di significativa difficoltà nel rientro non solo in tali prestiti, ma anche nelle complessive esposizioni debitorie di molte imprese; infatti, è ragionevole pensare che, l'incremento del debito, non possa che comprimere i margini di aziende che già, bilancisticamente, presentano livelli di redditività estremamente esigui, tantomeno è dato ravvedere una fase espansiva dell'economia che porti a un rilancio di consumi e investimenti su larga scala e a un incremento degli indicatori di profittabilità aziendale, soprattutto ove si considerino le tipologie di aziende che si sono in maggioranza rivolte alla finanza garantita.

Forse sarebbe stato più realistico, anche se meno presentabile in tavoli internazionali, prevedere finanziamenti con una parte di contributo a fondo perduto o almeno senza incidenza di interessi che allo stato, per quanto ci risulta, soggiacciono a normali condizioni di mercato.

Le conseguenze del possibile innesco di un circuito vizioso di credito sono assai preoccupanti: la mancata restituzione o le problematiche di rientro delle pratiche affidate genereranno una rivalsa da parte degli istituti di credito nei confronti degli enti di garanzia, che sono integralmente o in massima parte statali (in questo caso è interessante notare la ipotesi di trasferimento di SACE da Cassa depositi e prestiti, per una quota minoritaria privata, al MEF, interamente statale); al netto del possibile contenzioso che potrebbe sorgere tra le banche e gli Enti di garanzia, invocando i secondi possibili difetti nella istruttoria, è del tutto plausibile ritenere che si avrà, in massima parte, un trasferimento di debito privato in debito pubblico, con la situazione di stock di debito e di deficit corrente dello Stato, a tutti ben noto.

Né evidentemente tutto ciò salverà una buona parte delle imprese ricorrenti dalla chiusura o dalla insolvenza.

Naturalmente si auspica che tutto questo possa essere evitato, tramite i nuovi provvedimenti che potranno essere emessi *ratione temporis* e che abbiano lo scopo di sostenere effettivamente le imprese, non tanto consentendo loro di creare nuovo debito, quanto creando le condizioni per un incremento dei ricavi e dei profitti: l'aspetto economico infatti, come insegna l'economia aziendale, deve essere sempre prioritario rispetto a quello finanziario.

Un'impresa che non sia in equilibrio economico non è opportuno che rimanga sul mercato semplicemente per una facilità di accesso al credito: essa deve essere ontologicamente in grado di operare in condizioni di economicità ed efficienza.

In questo senso, la provvista di liquidità può avere avuto la funzione di permettere di guardare un periodo difficile, ma non può supplire a carenze endemiche del modello di gestione aziendale; per questo, come già si è osservato in precedenza, molto utile sarebbe stata una differenziazione delle *industries*, per supportare meglio ed in modo mirato quelle effettivamente abbisognavoli, poiché oggettivamente più colpite dalla pandemia, evitando invece interventi *omnibus*.

La chiave interpretativa presentata in questo *paper*, è quella della continuità aziendale: l'impresa si valuta e diviene meritevole di essere supportata in relazione a tale fondamentale postulato; anche la sospensione dell'accertamento dello stesso per il periodo successivo al 23 febbraio 2020, ha poco senso di per sé, se non è accompagnata da una disamina approfondita delle possibilità di ripresa e di rilancio dell'azienda stessa, che ovviamente variano in relazione al settore, al territorio ed anche a tutte le caratteristiche economico aziendali della singola unità.

Né si è particolarmente persuasi che il differimento della entrata in vigore del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, sia di per sé un fatto positivo per le aziende: infatti tale codice prevede delle procedure compositive della crisi, anche e soprattutto extragiudiziali, che potrebbero risultare agili e particolarmente idonee all'odierno contesto, mentre invece, terminata la moratoria di declaratoria delle procedure concorsuali, le aziende si troveranno a dover fronteggiare un sistema tendenzialmente sanzionatorio, con minori possibilità di intervento.

Per certi versi, il quadro non già particolarmente brillante per le imprese, si connota di tratti di ancora maggiore difficoltà per i creditori (molti dei quali sono a loro volta imprese): è infatti indubbio che le possibilità di recupero del credito siano state maggiori prima della pandemia rispetto a debitori colpiti dalla emergenza e, in ipotesi ulteriormente indebitati; il rischio è quello di

una ulteriore propagazione della crisi lungo le catene di integrazione verticale o all'interno dei distretti produttivi.

Ovviamente, l'auspicio è che queste evenienze così negative non si rivelino e ciò, a parere di chi scrive, può accadere sostanzialmente solo con una immissione di capitali di investimento, e non di mero consumo, all'interno del Sistema Paese; in questo senso da un canto appare utile la attrazione di investimenti privati, stranieri o interni (e in tale ottica sarebbe molto positiva una fluidificazione del risparmio privato, particolarmente ingente in Italia), ma è indubbio che un ruolo sostanziale spetta allo Stato.

Altri, ben più autorevolmente, hanno opinato sulla distinzione tra debito pubblico «buono o cattivo», il primo sostanzialmente riferibile a una canalizzazione verso investimenti in grado di creare crescita e ricchezza, il secondo individuabile in contributi assistenziali che non hanno effetto propagativo sulla ricchezza; in tale ottica lo Stato, ferma restando l'esigenza di sopperire in termini di solidarietà a situazioni di effettiva estrema indigenza, dovrebbe preoccuparsi, in questa fase, prevalentemente di indirizzare il debito, reso possibile anche dai recenti accordi europei, nella prima direzione virtuosa e quindi necessariamente con una selettività degli interventi e ragionando per priorità realisticamente conseguibili.

MARCO LACCHINI, SIMONE MANFREDI,
MATTEO PALMACCIO, FLORINDA PETRECCA
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Bibliografia

J. BIGUS, *Bankruptcy law, asset substitution problem, and creditor conflicts*, in *International. Review of Law and Economics*, 2002, 22, 2, pp. 109-132.

R. BLAZY, B. CHOPARD, *Ex post efficiency of bankruptcy procedures: A general normative framework*, in *International. Review of Law and Economics*, 2004, 24, 4, pp. 447-471.

P. CAPALDO, *Crisi d'impresa e suo risanamento*, in *Banche e banchieri*, 1977, p. 316.

F. CORNELLI, L. FELLI, *Ex-ante efficiency of bankruptcy procedures*, in *European Economic Review*, 1997, 41, 3, pp. 475-485.

G. GOBBI, F. PALAZZO, A. SEGURA, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post Covid-19 e le loro implicazioni di medio termine*, aprile 2020.

L. GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986.

M. LACCHINI, *Conferimenti aziendali ed eventuale iscrivibilità in bilancio dell'avviamento e dei beni immateriali: una nota critica*, 1995, n. 9-10

M. LACCHINI, *I principi generali di valutazione nella IV Direttiva C.E.E. e nello schema di legge di recepimento*, 1989, n. 3-4.

M. LACCHINI, *Il postulato di continuità dell'impresa (Going concern): un'analisi critica*, 1988, n. 3-4.

G. ZANDA, *Il bilancio delle Società. Lineamenti teorici e modelli di redazione*, Torino, 2007.

LE BANCHE NEL FINANZIAMENTO ALLE IMPRESE NELL'ERA DEL COVID-19 FRA LA POLITICA ESPANSIVA DELLA BCE E LE MISURE DI SOSTEGNO FINANZIARIO ATTIVATE DAL GOVERNO ITALIANO

1. Premessa - 2. Le politiche monetarie espansive della BCE - 3. I provvedimenti del Governo italiano per favorire l'accesso al credito alle imprese - 4. La centralità delle banche nella crisi e nel processo di rilancio - 5. La fase imprescindibile della valutazione del merito creditizio - 6. Il rischio in prospettiva dell'incremento degli NPL

1. Premessa

La recente crisi economica provocata dalla diffusione della pandemia da Covid-19 ha prodotto impatti rilevanti sull'economia sia globale che italiana. I governi di molti Stati, per fronteggiarla e contenerla, hanno dovuto ricorrere a misure assai drastiche, quali la limitazione delle libertà personali di movimento e di interazione sociale, la sospensione della didattica in presenza nelle scuole e nelle università, la chiusura temporaneamente di molti esercizi economici ed attività produttive giudicate non essenziali, che hanno generato una recessione a livello globale senza precedenti nella storia moderna per ampiezza e diffusione, rispetto alla quale gli scenari di ripresa sono molto incerti quanto a tempistica e, soprattutto, a intensità.

I dati forniti dalle principali organizzazioni internazionali e nazionali sugli impatti economici di tale emergenza sono emblematici al riguardo.

Secondo l'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO, 2020), il commercio mondiale dei beni, che aveva sperimentato già nel 2019 un forte rallentamento rispetto al 2018, subirà nell'anno in corso un calo del 13% nel volume delle merci commercializzate in uno scenario ottimistico e del 30% in uno pessimistico.

Il Fondo Monetario Internazionale (FMI, 2020) ha aggiornato nel mese di giugno le stime di crescita per il 2020 in cui prevede una contrazione del PIL mondiale del 4,9%. Fa eccezione la Cina, che già da aprile ha cominciato a revocare il *lockdown* e per la quale si ipotizza una crescita complessiva nel 2020, anche se ferma all'1%, ai minimi dagli anni settanta. Per l'anno prossimo, le previsioni del Fondo indicano un incremento del PIL globale del 5,4%, mentre il commercio mondiale subirà un calo di quasi 12 punti percentuali. Per l'Eurozona, invece, la contrazione stimata è del 10,2% (+ 6% nel 2021), con l'Italia che rischia una flessione del 12,8% (+ 6,3% nel 2021).

L'Ocse (OECD, 2020), nell'ultimo aggiornamento del suo *Economic Outlook* di settembre, stima per l'economia mondiale una diminuzione del 4,5% nel 2020 con un rimbalzo del 5% nel 2021, mentre per l'Italia la previsione è per quest'anno di una caduta del PIL del 10,5% con una ripresa del 5,4% nel prossimo esercizio.

Per la Banca d'Italia (2020 a) nello scenario base, in cui si presuppone che la diffusione della pandemia rimanga sotto controllo a livello globale e in Italia, il PIL registrerebbe una contrazione del 9,5% con una ripresa nel prossimo biennio (4,8% nel 2021 e 2,4% nel 2022). In un secondo scenario basato su ipotesi più pessimistiche, ossia in caso di nuovi focolai epidemici, la diminuzione del PIL si attesterebbe al 13,1% e la ripresa nel prossimo biennio sarebbe più graduale (3,5% nel 2021 e 2,7% nel 2022).

Secondo gli analisti di Prometeia (2020), la contrazione del PIL italiano nell'anno corrente sarà del 10,1% con un recupero del 5,9% nel 2021, con il rapporto deficit/PIL che si attesterà a fine anno all'11% e quello debito/PIL al 159%.

L'Istat (2020) ha registrato per l'anno in corso una contrazione del PIL, rispetto ai trimestri precedenti, del 5,3% nel primo e del 12,8% nel secondo semestre, con cadute del valore aggiunto in tutti i principali comparti produttivi, seppur con pesi percentuali differenti a causa della caduta dei consumi delle famiglie e delle istituzioni e del brusco calo degli investimenti.

La crisi economica originata dall'emergenza sanitaria si presenta dunque come la peggiore dal dopoguerra. Dinanzi alla prospettiva di una flessione eccezionale dell'economia globale, le Banche Centrali ed i Governi dei paesi più avanzati hanno predisposto una serie di misure straordinarie. Nel nostro Paese, come negli altri del resto, assumono particolare rilevanza gli interventi di natura finanziaria finalizzati a sostenere i fabbisogni delle imprese e quindi la loro capacità di mantenersi competitive nell'attuale complessa congiuntura. Tali interventi chiamano in causa direttamente le banche, che sono da un lato il tramite delle politiche monetarie espansive della Banca Centrale Europea (BCE) e dall'altro destinatarie di determinate garanzie pubbliche a supporto delle imprese da finanziare. In questo contesto esse, grazie alla conseguente consistente immissione di liquidità nel sistema finanziario, hanno dovuto e debbono tuttora gestire un flusso consistente di richieste di linee di credito senza venire meno ai principi fondamentali dello *screening* e del *monitoring*, strutturalmente alla base della loro attività di intermediazione creditizia, temperando l'esigenza di sostenere le imprese e specifici settori e filiere produttive con l'obiettivo di

valutare la fattibilità tecnica dell'operazione di finanziamento e di ottimizzare e gestire il relativo profilo di rischio.

Il presente contributo si propone per l'appunto di analizzare il delicato ruolo delle banche quali soggetti erogatori di nuovo credito alle imprese nella fase dell'emergenza economica e di valutare le principali implicazioni che ne derivano sul piano gestionale.

Il lavoro è strutturato in cinque paragrafi, oltre alla presente premessa. Nel secondo viene illustrata la risposta alla crisi economica in atto da parte della Banca Centrale Europea, che ha dato prontamente vita ad un massiccio programma di acquisto di titoli ed ha introdotto misure straordinarie per espandere il valore delle attività conferibili a garanzia degli interventi di rifinanziamento, che sono stati parimenti incrementati. Il terzo si sofferma sul rilascio di garanzie pubbliche disposto dal Governo italiano per agevolare l'accesso al credito a condizioni favorevoli da parte delle imprese e sulle specificazioni tecniche delle operazioni di finanziamento definite a livello legislativo. Il quarto delinea la rilevanza della funzione di canale principale di sostegno creditizio e finanziario al comparto produttivo assegnata alle banche ed evidenzia le condizioni che debbono sussistere e le leve operative che debbono essere attivate per consentire alle medesime di svolgere con efficacia il compito. Nel quinto si richiama l'importanza dell'istruttoria di affidamento al fine di stimare correttamente il merito creditizio della controparte, evitando che l'insolvenza dell'impresa affidataria trasformi la natura del contributo statale e che la inevitabile esplosione di sofferenze che ne deriverebbe in mancanza determini ulteriori stanziamenti nel bilancio dello Stato nonché perdite per le banche stesse limitatamente alle parti non garantite, oltre che per scongiurare possibili responsabilità a loro ascrivibili quali soggetti finanziatori di imprese in stato di crisi. L'analisi si completa nel sesto paragrafo con alcune considerazioni in ordine al rischio, concreto, che nel medio-lungo termine possa determinarsi un nuovo incremento, nel portafoglio delle banche, dei crediti *non performing*.

2. Le politiche monetarie espansive della BCE

Nella seconda metà di febbraio e nella prima metà di marzo, a seguito della rapida diffusione dell'epidemia sia nel continente europeo che negli Stati Uniti e all'adozione di misure di contenimento anti-pandemiche, le tensioni sui mercati finanziari si sono accentuate notevolmente. In particolare, è aumentata l'avversione al rischio degli operatori finanziari, che ha

comportato la riallocazione dei portafogli internazionali verso le attività ritenute più sicure ed è cresciuto il fabbisogno di liquidità degli operatori. Anche i principali indici azionari globali hanno registrato in questa fase una forte contrazione, indotta anche dalla revisione al ribasso delle previsioni sulla redditività delle imprese, soprattutto nei settori ciclici (finanziario, beni di consumo, trasporto, turismo)¹, seguita però poi da un graduale recupero pur con un deciso aumento della volatilità.

Dinanzi ad un ciclo economico così negativo, sono intervenute le Banche Centrali dei principali paesi avanzati con misure straordinarie di politica monetaria (Di Giorgio, 2018) al fine di assicurare la liquidità necessaria al sistema finanziario e garantire la continuità dei flussi di credito ai settori produttivi dell'economia.

In tale contesto la Banca Centrale Europea (BCE) è stata particolarmente attenta e pronta, attivando, a partire dal mese di marzo, una serie di misure monetarie espansive con l'obiettivo di sostenere il credito a famiglie e imprese dell'area euro, garantire condizioni di equilibrio della liquidità e contrastare gli aumenti degli spread sovrani che avrebbero danneggiato la trasmissione della politica monetaria².

Il Consiglio direttivo ha innanzitutto provveduto ad ampliare gli acquisti, da parte della BCE e delle singole Banche Centrali Nazionali (BCN), di titoli pubblici e privati³ attraverso il già esistente *Expanded Asset Purchase Programme* (APP) rafforzando il programma già in atto (20 miliardi di euro mensili) con una dotazione temporanea aggiuntiva di 120 miliardi di euro per ulteriori acquisti netti di attività sino alla fine del 2020.

Favorendo lo spostamento verso il basso dei rendimenti di mercato che muovono in maniera inversa rispetto ai prezzi delle attività finanziarie, l'APP produce un miglioramento delle

¹ Tra il 21 febbraio e il 18 marzo l'indice generale della borsa italiana è sceso del 38%, in linea con le variazioni registrate nei principali paesi dell'area dell'euro; il differenziale di rendimento tra i titoli di stato decennali italiani e quelli tedeschi è rapidamente aumentato fino a raggiungere livelli infragiornalieri di 320 punti base; la volatilità ha superato i valori toccati durante la crisi finanziaria globale dei mutui subprime. Nello stesso periodo le quotazioni delle aziende di credito italiane sono scese del 44%, lievemente meno rispetto a quelle degli altri paesi dell'area dell'euro, mentre l'aumento del premio per il rischio e la diminuzione degli utili attesi hanno determinato una netta riduzione del rapporto tra il valore di mercato e quello contabile (*price to book ratio*).

² Gli interventi proposti si inseriscono in un quadro macro economico già caratterizzato da un orientamento monetario particolarmente espansivo contraddistinto dal livello eccezionalmente basso dei tassi ufficiali.

³ Più precisamente, l'acquisto riguarda: i) obbligazioni bancarie garantite (*CBPP3 - Covered Bond Purchase Programme*); ii) titoli emessi in seguito alla cartolarizzazione di prestiti bancari (*ABSPP - Asset-Backed Securities Purchase Programme*); iii) titoli emessi da governi, da agenzie pubbliche e istituzioni internazionali situate nell'area dell'euro (*PSPP - Public Sector Purchase Programme*); iv) obbligazioni di qualità elevata emesse da imprese non finanziarie (*CSPP - Corporate Sector Purchase Programme*). Gli acquisti di titoli pubblici avvengono sul mercato secondario.

condizioni di offerta del credito e stimola gli investimenti. Inoltre, la liquidità aggiuntiva spinge gli investitori a riequilibrare il proprio portafoglio verso attività finanziarie più redditizie, non direttamente interessate dagli interventi della banca centrale, trasmettendo l'impulso monetario ai diversi strumenti di finanziamento del settore privato. La riduzione dei tassi di interesse, infine, favorisce il deprezzamento del cambio, fornendo un ulteriore stimolo all'attività economica.

Sempre in ottica del cd. "*Quantitative easing pandemico*", ha poi introdotto il *Pandemic Emergency Purchase Program* (PEPP), ovvero un ulteriore programma straordinario di acquisto di attività finanziarie pubbliche e private, per almeno 750 miliardi di euro che si vanno ad aggiungere a quelli disposti in ambito APP. A giugno, in risposta alla revisione al ribasso delle prospettive di inflazione, la BCE ha deciso di espandere il PEPP incrementando la provvista iniziale di ulteriori 600 miliardi di euro, raggiungendo così un totale di 1.350 miliardi di euro. Anche l'orizzonte degli acquisti netti nell'ambito dello stesso programma, originariamente previsti almeno fino alla fine del 2020, è stato esteso almeno sino alla fine di giugno 2021 e il capitale riveniente dai titoli in scadenza verrà reinvestito almeno sino alla fine del 2022. Il PEPP, rispetto al piano APP, consente di acquistare anche titoli di stato greci e le *commercial paper* emesse da operatori privati, ossia strumenti di finanziamento a breve termine utilizzati dalle imprese per finanziare fabbisogni di capitale circolante, negoziati sui mercati internazionali e funzionalmente analoghi alle cambiali finanziarie utilizzate in Italia.

Alla fine di luglio, secondo le rilevazioni pubblicate sul sito ufficiale della BCE, gli acquisti cumulati di titoli pubblici per effetto del PEPP nei confronti dei principali paesi dell'Eurozona avevano avuto la seguente dinamica (importi in mld di euro): Germania (93,01), Italia (73,43), Francia (59,42), Spagna (46,11), Paesi Bassi (20,67), Belgio (12,85), Austria (10,05), Grecia (9,94), Portogallo (8,8).

Diversi e rilevanti sono stati anche gli interventi di finanziamento diretto ad opera della BCE per sostenere le condizioni di liquidità del sistema bancario.

È stata infatti prevista una nuova serie di operazioni di rifinanziamento a più lungo termine per l'emergenza pandemica, le cd. *Pandemic Emergency Long Term Refinancing Operations* (PELTRO). Si tratta, nello specifico, di sette operazioni di rifinanziamento aggiuntive, che avranno scadenze scaglionate tra luglio e settembre 2021, in linea con la durata delle misure di allentamento dei criteri di idoneità applicabili alle garanzie. Saranno condotte con cadenza indicativamente mensile mediante procedure d'asta a tasso fisso con piena aggiudicazione degli

importi richiesti, applicando un tasso di interesse inferiore di 25 punti base rispetto a quello medio sulle operazioni di rifinanziamento principali (attualmente pari allo 0%) nell'arco della durata di ciascuna PELTRO.

La BCE ha inoltre rivisto in senso più favorevole i termini del programma di aste per le operazioni di rifinanziamento a più lungo termine (le cd. *Targeted Longer Term Refinancing Operations*) in favore delle banche⁴ applicando un tasso di interesse pari a quello medio sui depositi presso la Banca Centrale⁵ in vigore durante l'operazione (-0,5%) e condizioni più favorevoli alle operazioni del programma TLTRO-III realizzate nel periodo compreso tra il 24 giugno 2020 e il 23 giugno 2021 (il cd. *special interest rate period*). In particolare, viene aumentato il finanziamento massimo ottenibile al 50% dello stock di prestiti idonei al 28 febbraio 2019, rimosso il limite di partecipazione alle singole aste, anticipata la possibilità di rimborso anticipato ad un anno dalla data di regolamento di ciascuna operazione e applicato un tasso di interesse ridotto di 50 punti base rispetto al tasso medio sulle operazioni di rifinanziamento principali dell'Eurosistema nel corso dello stesso periodo⁶. È stato, peraltro, innalzato fino a circa 3.000 miliardi di euro l'ammontare complessivo di fondi che le controparti possono ottenere⁷.

Per accedere ai finanziamenti erogati dalla Banca Centrale Europea le banche devono, come è noto, conferire adeguati *collateral* (Koulischer, Struyven, 2014) allo scopo di proteggere l'Eurosistema contro il rischio di perdite in caso di mancato rimborso del finanziamento erogato. È accettata in garanzia un'ampia gamma di attività, che include strumenti di debito negoziabili

⁴ I programmi in questione offrono agli enti creditizi dell'area euro finanziamenti con scadenze pluriennali diretti a migliorare il funzionamento del meccanismo di trasmissione della politica monetaria, sostenendo l'erogazione del credito bancario all'economia reale. Le TLTRO condotte fino a marzo 2017 sono state avviate in due distinti programmi: TLTRO-I, annunciato a giugno 2014 e composto da otto aste; TLTRO-II, annunciato a marzo 2016 e composto da 4 aste. In entrambi i programmi il finanziamento ottenibile da ciascuna banca è dipeso dall'ammontare dei prestiti concessi a società non finanziarie e famiglie (con esclusione di quelli per l'acquisto di abitazioni). A marzo 2019 il Consiglio direttivo della BCE ha annunciato una terza serie di operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine (TLTRO-III) da condurre con frequenza trimestrale da settembre 2019 a marzo 2021.

⁵ Il *deposit facility rate* è il tasso che la BCE corrisponde alle banche dell'area euro sui depositi che queste hanno in garanzia presso la stessa Eurotower. Anche tale tasso può fornire indicazioni importanti sulla politica monetaria in atto: un tasso negativo, per esempio, può spingere gli istituti bancari a non lasciare le risorse depositate presso la Banca Centrale, ma a impiegarle nel finanziamento alle imprese ed ai privati.

⁶ Il tasso di interesse applicato potrà variare inoltre in base al confronto fra l'ammontare dei prestiti idonei netti tra il 1.03.2020 e il 31.03.2021 (*special reference period*) e i rispettivi livelli di riferimento (*benchmark net lending*).

⁷ Nell'operazione regolata il 24 giugno, la prima alle nuove condizioni, le controparti dell'area hanno raccolto fondi per un ammontare pari a 1.308 miliardi di euro, dei quali 249 sono stati ottenuti da controparti della Banca d'Italia (Nasti, Pasqualone, 2020).

sui mercati (titoli del settore pubblico, obbligazioni societarie, obbligazioni bancarie e ABS) e attività non negoziabili (prestiti bancari)⁸. La scelta di ricorrere a un ventaglio molto ampio è legata alla eterogenea diffusione dei vari tipi di strumenti finanziari nei paesi dell'area dell'euro e, conseguentemente, alla differente composizione degli attivi di bilancio delle controparti bancarie⁹. È stato peraltro definito un insieme di regole sulla solidità finanziaria delle controparti e sul controllo dei rischi delle garanzie, tra cui figurano gli scarti di garanzia (*haircuts*) sul valore delle attività stanziare e i limiti all'utilizzo di talune attività.

Il calo dei prezzi dei titoli e i declassamenti effettuati dalle agenzie di rating per effetto della crisi economica provocata dalla pandemia da Covid-19 hanno diminuito il valore e la disponibilità delle garanzie idonee per l'Eurosistema. Tale fenomeno ha evidentemente ridotto la capacità degli istituti di credito di accedere alla liquidità della banca centrale; in assenza di interventi, le banche avrebbero potuto reagire riducendo il credito alle famiglie e alle imprese, acuendo in tal modo la gravità della crisi. Il Consiglio direttivo della BCE è pertanto intervenuto a più riprese, adottando un pacchetto di misure miranti ad accrescere la disponibilità di attività conferibili a garanzia e ad aumentare la resilienza del sistema bancario a eventuali declassamenti dei rating da parte delle agenzie.

In particolare:

- la soglia di importo minimo per i prestiti domestici al momento del conferimento in garanzia è stata ridotta a zero (dagli attuali 30 mila euro) al fine di facilitare l'accesso al credito per le società più piccole;

- il limite di concentrazione previsto per l'utilizzo a garanzia di obbligazioni bancarie *senior* non garantite (*uncovered bank bonds*, UBB) emesse da un ente creditizio o da altri soggetti con cui tale ente abbia stretti legami è aumentato dal 2,5% al 10% del valore complessivo del pool di garanzie di ciascuna controparte;

- viene applicata una riduzione generalizzata degli scarti di garanzia per tutte le attività stanziabili (titoli e prestiti);

⁸ In questo quadro si inserisce la decisione del Consiglio direttivo della BCE del dicembre 2011, con la quale è stato consentito alle BCN di accettare in garanzia i cd. prestiti bancari aggiuntivi (Additional Credit Claims, ACC) non in possesso dei requisiti di idoneità ordinari dell'Eurosistema, ma rispondenti a criteri più ampi definiti da ciascuna BCN e approvati dal Consiglio direttivo.

⁹ Il valore del collaterale stanziato dalle banche italiane e il loro rifinanziamento sono notevolmente cresciuti nel tempo. Al 20 maggio 2020 il credito di politica monetaria alle banche italiane ha raggiunto 300 miliardi di euro, a fronte di un valore delle attività conferite, al netto degli scarti di garanzia, pari a circa 400 miliardi di euro (Antilici *et al.*, 2020).

- viene “congelata” l’idoneità dei titoli finanziari alla data del 7 aprile nel caso di declassamenti di rating (fino al livello BB, ad eccezione degli ABS, per i quali la riduzione del rating è accettata fino a BB+);

- sono state introdotte, nell’ambito dei prestiti bancari aggiuntivi (*Additional Credit Claims* - ACC), una serie di novità volte ad ampliare il novero delle tipologie e delle forme tecniche accettate, fra cui rientrano ora anche i prestiti assistiti dalle garanzie introdotte dal d.l. n. 23/2020 rilasciate da SACE e dal Fondo per le PMI ed i prestiti all’interno dei portafogli di crediti alle imprese a prescindere dalla probabilità di insolvenza (PD) attribuita al debitore.

L’insieme di queste misure ha determinato un aumento del valore cauzionale delle garanzie già stanziate dalle banche italiane di 40 miliardi di euro (Antilici *et al*, 2020).

Come ulteriore misura di politica monetaria espansiva, la BCE ha mantenuto ancora molto bassi, allo scopo di stimolare gli investimenti e sostenere i consumi, i tassi di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali, sulle operazioni di rifinanziamento marginale e sui depositi presso la Banca Centrale, fissati rispettivamente allo 0,00%, allo 0,25% e al - 0,50%.

3. I provvedimenti del Governo italiano per favorire l’accesso al credito alle imprese

Numerosi e variegati sono stati gli interventi varati dal nostro Consiglio dei Ministri al fine di mitigare l’impatto della crisi economica su famiglie, imprese e banche ed affrontare il forte calo della produzione e dei consumi innescato dall’emergenza da coronavirus: trasferimenti diretti, indennizzi, contributi a fondo perduto, rafforzamento della cassa integrazione guadagni, innalzamento dei sussidi di disoccupazione, rilascio di garanzie pubbliche sui prestiti, moratorie creditizie e fiscali, riconoscimento di plurimi crediti d’imposta e di agevolazioni sul piano tributario¹⁰.

I margini di azione si sono ampliati notevolmente, grazie al nuovo quadro europeo sugli aiuti di Stato (*temporary framework*) e al riconoscimento della sussistenza delle condizioni per

¹⁰ Si sono al riguardo susseguiti i seguenti provvedimenti: il d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (cd. decreto “Cura Italia”) convertito nella legge n. 27/2020, il d.l. n. 23 dell’8 aprile 2020 (cd. decreto “Liquidità”) convertito nella legge n. 40/2020, il d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 (cd. decreto “Rilancio”) convertito nella legge 77/2020, il d.l. n. 104 del 14 agosto 2020 (cd. decreto “Agosto”), il cui *iter* di conversione in legge è pendente alla data di ultimazione del presente paper.

l'attivazione della clausola di salvaguardia generale (*general escape clause*) del Patto di stabilità e crescita¹¹.

È peraltro prevedibile che ulteriori interventi di sostegno, preferibilmente da indirizzare verso le industrie ed i settori economici oggettivamente più colpiti dalla pandemia ed evitando interventi *omnibus* e generalizzati, verranno assunti nei prossimi mesi quando saranno definiti e messi a punto i programmi di spesa e i relativi stanziamenti correlati ai rilevanti fondi deliberati in questa fase storica a livello europeo e assegnati all'Italia¹².

Oggetto di esame in questa sede sono i provvedimenti adottati a sostegno del fabbisogno finanziario di imprese e famiglie, che hanno agito nella duplice direzione di ridurre il flusso di esborsi verso il sistema bancario e di agevolare il ricorso a nuovi finanziamenti.

In primo luogo, in base all'art. 56 del decreto "Cura Italia", è stata introdotta la possibilità per le microimprese e per le PMI¹³ di ottenere da banche e intermediari finanziari un "congelamento" dei prestiti revocabili o in scadenza fino al termine del 30 settembre 2020, poi prorogato

¹¹ Il 19 marzo la Commissione Europea ha adottato un "quadro di riferimento temporaneo" per consentire agli Stati della UE di avvalersi della flessibilità prevista dalle norme sugli aiuti di Stato al fine di sostenere il sistema economico nel suo complesso. In particolare, le misure previste si articolano su cinque direttrici: i) sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive e acconti con l'istituzione di specifici programmi per concedere fino a 800.000 euro ad un'impresa che necessiti di liquidità; ii) garanzie di Stato per prestiti bancari contratti dalle imprese; iii) prestiti pubblici agevolati alle imprese per far fronte al fabbisogno immediato di capitale di esercizio e agli investimenti; iv) garanzie per le banche che veicolano gli aiuti di Stato all'economia reale; v) assicurazione del credito all'esportazione a breve termine. Inoltre, il 20 marzo la Commissione Europea ha sospeso il Patto di stabilità e crescita, mediante l'applicazione della cosiddetta *general escape clause* per l'anno in corso, al fine di assicurare agli Stati membri – a condizione che non venga compromessa la sostenibilità delle finanze pubbliche nel medio periodo – il necessario spazio di manovra fiscale, nell'ambito del proprio bilancio, per il sostenimento delle spese sanitarie necessarie ad affrontare l'emergenza epidemiologica e per contrastare gli effetti economici recessivi della diffusione del Covid-19.

¹² Si ricorda al riguardo che il Consiglio europeo ha attivato il programma *SURE* (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) con una disponibilità di 100 miliardi di euro che saranno utilizzati a completamento delle misure di cassa integrazione adottate dai vari Stati membri. La Banca Europea degli Investimenti (BEI) ha, invece, promosso l'istituzione di un fondo paneuropeo di garanzia per le piccole e medie imprese di ammontare pari a 25 miliardi di euro con l'obiettivo di mobilitare risorse fino a 200 miliardi di euro in forma di finanziamenti. Tra aprile e maggio, inoltre, è stato raggiunto un accordo in ambito europeo finalizzato a dotare il Meccanismo Europeo di Stabilità (*European Stability Mechanism, ESM*) di un'ulteriore linea di credito precauzionale rinforzata per un ammontare complessivo di 240 miliardi di euro. Il 21 luglio, i leader dei 27 Paesi della UE, sulla base delle proposte assunte dalla Commissione europea, hanno infine approvato l'istituzione di un nuovo fondo europeo temporaneo per la ricostruzione (*Next Generation EU o Recovery Fund*) con una capacità finanziaria di 750 miliardi di euro (390 a titolo di sussidi e 360 come prestiti) da raccogliere sul mercato, e il rafforzamento dei fondi di bilancio dell'Unione Europea per il periodo 2021-2027 per un ammontare di 1.074 miliardi di euro. All'Italia spetteranno in quest'ambito 80 miliardi a titolo di sovvenzioni e 120 miliardi di prestiti da destinare a programmi pensati per contrastare la crisi economica e sanitaria causata dal Covid-19.

¹³ Il d.l. n. 18/2020 fa riferimento alla definizione di PMI riportata nella raccomandazione 2003/361/CE, che include le imprese con meno di 250 addetti, di 50 milioni di euro di fatturato e 43 di totale attivo. Sono considerate imprese anche i lavoratori autonomi, le imprese familiari, le società di persone e le associazioni o altre entità che esercitano regolarmente un'attività economica.

al 31 gennaio 2021 dall'art. 65 del decreto "Agosto", e una sospensione, nello stesso periodo, dei pagamenti delle rate dei mutui (sia quota capitale sia quota interessi) e dei canoni di leasing, con la previsione di una dilazione nel piano di rimborso delle rate o dei canoni oggetto di sospensione, unitamente agli elementi accessori, secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per il creditore e il debitore. La moratoria straordinaria dei prestiti rappresenta una delle misure di sostegno alle imprese più significative tra quelle previste dal decreto, tenuto conto che, nelle fasi economiche sfavorevoli e di elevata incertezza sulla durata e sull'intensità di una recessione, le banche non solo tendono ad adottare criteri più stringenti nella concessione di nuovi finanziamenti ma revisionano anche le condizioni di quelli già concessi in passato, ad esempio abbreviandone le scadenze o diminuendone l'importo¹⁴. La norma in commento prevede anche che una quota degli importi oggetto della moratoria sia coperta dalla garanzia del Fondo Centrale per le PMI¹⁵, attraverso una sezione speciale del Fondo, la cui dotazione ammonta a circa 1,7 miliardi di euro¹⁶.

Con l'art. 57 del medesimo decreto "Cura Italia" è stato istituito presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con una dotazione iniziale di 500 milioni di euro per il 2020, un fondo permanente mirato a: (i) favorire l'erogazione di prestiti bancari, con il contributo di Cassa Depositi e Prestiti (CDP), alle imprese che per limiti dimensionali non possono ricorrere al supporto del Fondo centrale per le PMI (imprese grandi o appartenenti a specifici settori) e che hanno subito una riduzione del fatturato a causa dell'emergenza epidemiologica; (ii) consentire alla stessa Cassa Depositi e Prestiti di supportare gli istituti di credito che erogano finanziamenti tramite specifici strumenti (plafond di provvista e/o garanzie di portafoglio, anche di prima perdita). A sua volta CDP è beneficiaria di una garanzia dello Stato a prima richiesta, onerosa, esplicita, in-

¹⁴ Al 28 agosto 2020 erano pervenute alle banche italiane 2,7 milioni di richieste di moratoria per un controvalore di 301 miliardi di euro di linee di credito (Torriero, 2020).

¹⁵ Il Fondo Centrale di Garanzia (FCG) per le PMI è uno strumento istituito con legge n. 662/96 (art. 2, comma 100, lettera a) e operativo dal 2000 con lo scopo di favorire l'accesso alle fonti finanziarie delle piccole e medie imprese mediante la concessione di una garanzia pubblica che si affianca e spesso si sostituisce alle garanzie reali portate dalle imprese. Il Fondo, gestito da Banca del Mezzogiorno Mediocredito Centrale – MCC, può intervenire sia garantendo direttamente l'operazione finanziaria (garanzia diretta), sia contro garantendo/riassicurando un soggetto garante (Confidi o altro intermediario finanziario) che garantisce l'operazione in prima istanza (controgaranzia/riassicurazione). Pre-Covid, la garanzia copriva fino a un massimo dell'80% dell'importo dell'operazione finanziaria e fino ad un ammontare per beneficiario di 2,5 milioni di euro.

¹⁶ Tale forma di garanzia, che ha natura sussidiaria ed è gratuita, copre una quota pari al 33% dei seguenti importi: i) il maggiore credito utilizzato tra la data dell'entrata in vigore del decreto e il 30 settembre 2020; ii) i prestiti in scadenza che hanno beneficiato di un allungamento della durata; iii) le singole rate oggetto di sospensione.

condizionata e irrevocabile fino ad un massimo dell'80% a copertura dell'esposizione assunta verso il ceto bancario.

È con il successivo decreto “Liquidità” che il Governo italiano ha deciso di favorire la ripartenza del sistema produttivo e sostenere con maggiore incisività il fabbisogno finanziario delle imprese, estendendo notevolmente le garanzie pubbliche “a prima richiesta” rilasciabili sino alla fine dell'anno in corso. Con riguardo alle PMI e alle persone fisiche esercenti attività di impresa, arti e professioni, la manovra all'art. 13 ha fatto leva principalmente sul Fondo Centrale di Garanzia, il cui intervento di garanzia, concesso a titolo gratuito, è stato esteso anche nei confronti di soggetti segnalati in centrale rischi come “inadempienze probabili” nonché in presenza di operazioni classificate come “scadute” o “sconfidenti deteriorate” successivamente alla data del 31 gennaio 2020.

Sul fronte dei finanziamenti bancari, il decreto prevede, per effetto delle modifiche intervenute in sede di conversione in legge, le seguenti principali tipologie alle quali corrispondono differenti percentuali di copertura del Fondo, diretta ed in riassicurazione, ed una più o meno intensa attività di istruttoria da parte della banca:

1. Finanziamenti fino ad euro 30 mila (importo inizialmente previsto fino ad euro 25 mila), con copertura al 100% sia in garanzia diretta che in riassicurazione, senza alcuna valutazione del merito creditizio ma solo con una verifica formale dei requisiti di accesso. La durata è stata estesa da 72 a 120 mesi con 24 mesi di preammortamento, mentre l'importo massimo erogabile non deve essere superiore a uno dei seguenti due parametri alternativi tra loro: (i) il doppio della spesa salariale 2019 o dell'ultimo anno disponibile o, per le imprese costituite dopo il 1 gennaio 2020, dei costi salariali previsti per i primi due anni di attività; (ii) il 25% del fatturato totale 2019 come risultante dall'ultimo bilancio depositato o dall'ultima dichiarazione fiscale presentata ovvero da altra idonea documentazione, comunque nel limite sopra indicato di euro 30 mila;

2. Finanziamenti a favore delle PMI con ricavi fino ad euro 3,2 milioni, con garanzia diretta pari al 90% estendibile al 100% con intervento di un Confidi o di altro fondo autorizzato, previa valutazione del merito creditizio. La durata massima è rimasta invariata a 72 mesi con un preammortamento di 24 mesi. L'importo massimo erogabile, rimosso il limite iniziale di euro 800 mila, non deve essere anche in questo caso superiore a uno dei seguenti due parametri, alternativi tra loro, ovvero il doppio della spesa salariale 2019 o il 25% del fatturato totale 2019;

3. Finanziamenti fino ad euro 5 milioni per le PMI con un numero di dipendenti fino a 499, con copertura in garanzia diretta al 90% ovvero al 100% in riassicurazione, previa valu-

tazione del merito creditizio. Anche per tale fattispecie, la durata massima è rimasta di 72 mesi con un preammortamento di 24 mesi, mentre l'importo massimo erogabile non deve essere superiore a uno dei seguenti tre parametri alternativi tra loro: (i) il doppio della spesa salariale 2019; (ii) il 25% del fatturato 2019; (iii) il fabbisogno per costi del capitale di esercizio e per costi di investimento nei successivi 18 mesi, nel caso di piccole e medie imprese, e nei successivi 12 mesi, nel caso di imprese con numero di dipendenti fino a 499, comunque nel limite di 5 milioni di euro.

La garanzia del Fondo opera, nella misura dell'80% con la possibilità della riassicurazione nella misura del 90% da parte di un Confidi o di altro fondo di garanzia, anche per i finanziamenti che sono oggetto di operazioni di rinegoziazione e/o consolidamento, purché vi sia l'erogazione in capo al medesimo soggetto debitore di nuova finanza in misura pari ad almeno il 10% dell'importo del debito residuo del finanziamento oggetto di rinegoziazione ovvero, per i soli finanziamenti deliberati in data successiva all'entrata in vigore della legge di conversione del decreto "Liquidità", ad almeno il 25% dell'importo del residuo debito¹⁷. In tal modo, a fronte della ristrutturazione della posizione e della concessione di ulteriore credito, aspetti di particolare interesse per le imprese soprattutto nelle fasi critiche, la banca ottiene, su quasi l'intero ammontare del credito, la garanzia del Fondo che si va ad aggiungere a quelle già in suo possesso con ciò andando notevolmente a ridurre il rischio sottostante.

Al Fondo di Garanzia per le PMI per tali finalità sono assegnati 1,729 miliardi di euro per l'anno 2020.

Con riferimento invece alle imprese di grandi dimensioni e alle PMI, inclusi i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, che abbiano esaurito la propria capacità di accesso al Fondo Centrale di Garanzia, l'art. 1 del decreto "Liquidità" prevede anche la concessione di una garanzia di SACE¹⁸ in favore di banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, per finanziamenti erogati sotto qualsiasi forma alle suddette imprese.

¹⁷ Nei casi di rinegoziazione delle esposizioni preesistenti, la banca è tenuta a trasmettere al gestore del Fondo una dichiarazione che attesti la riduzione del tasso di interesse applicata sul finanziamento garantito al soggetto beneficiario per effetto della sopravvenuta concessione della garanzia.

¹⁸ SACE è una società per azioni interamente posseduta da Cassa Depositi e Prestiti specializzata, anche attraverso la sua controllata Simest, nel sostegno all'esportazione e all'internazionalizzazione delle imprese italiane attraverso un'ampia gamma di strumenti e soluzioni in ambito finanziario e assicurativo. Con un patrimonio netto consolidato al 31.12.2019 di 5,6 miliardi di euro e con oltre 21 miliardi di euro di risorse mobilitate nel 2019, è da 40 anni al fianco del tessuto produttivo nazionale e a supporto dello sviluppo economico del Paese.

La dotazione finanziaria ammonta a 200 miliardi di euro, di cui almeno 30 miliardi sono destinati al supporto delle PMI. I beneficiari di tale misura sono le imprese di qualsiasi dimensione, ad eccezione di quelle rientranti nella categoria delle imprese in difficoltà e aventi esposizioni deteriorate presso il sistema bancario (salvo quelle maturate da febbraio 2020) e alla condizione che si astengano dalla distribuzione di dividendi e dal riacquisto di azioni proprie nel corso del 2020 e gestiscano i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali. La forma di garanzia è a prima richiesta, esplicita, irrevocabile e conforme ai requisiti previsti dalla normativa di vigilanza prudenziale ai fini della mitigazione del rischio di credito e copre i nuovi finanziamenti concessi all'impresa successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, per capitale, interessi ed oneri accessori fino all'importo massimo garantito¹⁹.

L'intervento di SACE è subordinato alle seguenti condizioni:

- la garanzia è rilasciata entro il 31 dicembre 2020 per finanziamenti di durata non superiore a 6 anni, con la possibilità per le imprese di avvalersi di un preammortamento di durata fino a 36 mesi;

- l'importo del prestito assistito da garanzia non deve essere superiore al maggiore tra i il 25% del fatturato annuo dell'impresa relativo al 2019, come risultante dal bilancio ovvero dalla dichiarazione fiscale, ed il doppio dei costi del personale dell'impresa relativi al 2019, come risultanti dal bilancio ovvero da dati certificati se l'impresa non ha approvato il bilancio;

- la garanzia copre il:

▪ 90% dell'importo del finanziamento, per imprese con meno di 5.000 dipendenti in Italia e valore del fatturato fino a 1,5 miliardi di euro;

▪ 80% dell'importo del finanziamento, per imprese con valore del fatturato tra 1,5 miliardi e 5 miliardi di euro o con più di 5.000 dipendenti in Italia;

▪ 70% dell'importo del finanziamento, per imprese con valore del fatturato superiore a 5 miliardi di euro.

- le commissioni annuali dovute dalle imprese per il rilascio della garanzia sono le seguenti:

▪ per i finanziamenti di PMI, 25 punti base durante il 1° anno, 50 punti base durante il 2° e 3° anno, 100 punti base durante il 4°, 5° e 6° anno;

¹⁹ L'operatività della garanzia è estesa anche alle operazioni di leasing, factoring, confirming e anticipi contratti nonché ai prestiti obbligazionari emesse dalle imprese colpite dall'epidemia Covid-19.

▪ per i finanziamenti di imprese diverse dalle PMI, 50 punti base durante il 1° anno, 100 punti base durante il 2° e 3° anno, 200 punti base durante il 4°, 5° e 6° anno;

- il finanziamento coperto dalla garanzia deve essere destinato a sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria.

In funzione del fatturato e delle dimensioni delle imprese coinvolte, il decreto, prevede due modalità di rilascio del finanziamento garantito: la *procedura semplificata*, gestita integralmente attraverso la piattaforma online, a favore delle imprese con fatturato fino a 1,5 miliardi di euro e con meno di 5 mila dipendenti e comunque per tutti i finanziamenti inferiori ai 375 milioni di euro, nei confronti dei quali SACE si impegna ad evadere la garanzia entro 48 ore dalla richiesta della banca; la *procedura ordinaria* destinata alle grandi imprese oltre le soglie anzidette che riguarda non più di 150 grandi aziende, in base alla quale l'intervento viene ad essere deciso all'esito di un processo istruttorio strutturato e non di natura non automatica²⁰.

Al fine di monitorare l'andamento dei provvedimenti adottati dal Governo ed assicurare l'efficiente utilizzo delle misure di sostegno finanziario a imprese e famiglie, il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) ha promosso la costituzione di una Task Force comprendente, oltre al MEF, la Banca d'Italia, l'ABI, il Mediocredito Centrale, il Ministero per lo Sviluppo Economico (MISE) e la SACE.

4. La centralità delle banche nella crisi e nel processo di rilancio

Le banche, come è noto, svolgono un ruolo particolarmente significativo costituendo il canale principale di sostegno creditizio delle imprese, soprattutto se si considera che in Italia la prin-

²⁰ L'*iter* della "procedura semplificata" consta di quattro step: (i) l'impresa presenta la domanda di concessione della garanzia alla banca per il finanziamento richiesto; (ii) quest'ultima, completato il proprio processo istruttorio e deliberato positivamente il finanziamento, invia la richiesta a SACE tramite il portale Garanzia Italia; (iii) SACE, una volta verificato l'esito positivo della delibera della banca ed effettuati i controlli automatici di conformità, rilascia la garanzia pubblica; (iv) la banca procede all'erogazione del finanziamento assisto dalla garanzia. La "procedura ordinaria" prevede, oltre alla valutazione delle banche, anche un'istruttoria specifica di SACE, che è propedeutica e funzionale all'emissione di un "decreto" da parte del Ministro dell'Economia e delle Finanze, sentito il Ministero dello Sviluppo Economico. La garanzia viene rilasciata tenendo in considerazione inoltre il ruolo che l'impresa svolge in Italia rispetto ad una serie di profili quali, tra gli altri, il contributo allo sviluppo tecnologico, l'appartenenza alla rete logistica e dei rifornimenti l'incidenza su infrastrutture critiche e strategiche, l'impatto sui livelli occupazionali e del mercato del lavoro.

cipale fonte di finanziamento per le aziende è costituita dai prestiti bancari. L'orientamento bancocentrico del sistema finanziario italiano si caratterizza per i forti legami che intercorrono tra banche e imprese e per una posizione di dominanza delle banche rispetto ai mercati con la conseguenza fra l'altro che, se l'economia è in affanno, le imprese entrano in crisi generando un effetto domino che finisce per coinvolgere il sistema bancario attraverso l'aumento dei crediti *non performing*.

Nell'attuale contesto storico, le politiche monetarie espansive della Banca Centrale Europea ed il volano rappresentato dalle garanzie pubbliche rappresentano una chiara chiamata ad un ruolo di attore principale nella gestione dell'emergenza prima e del rilancio poi. Ruolo che le banche hanno esercitato non solo con l'esercizio della loro attività caratteristica ma anche, attraverso l'ABI, con la partecipazione attiva ai tavoli tecnici di definizione a livello legislativo delle misure di sostegno finanziario e di individuazione delle più efficaci soluzioni attuative, divenendo di fatto un soggetto rilevante anche ai fini sociali nel periodo dell'emergenza.

Sul fronte specifico del credito, la "delega" istituzionalmente conferita alle banche nel supporto finanziario alle imprese attraverso la variegata attività di erogazione creditizia assume in questa fase ancora maggiore rilevanza dovendo le medesime veicolare le ingenti somme rese disponibili verso aziende ritenute meritevoli di affidamento seppur temporaneamente danneggiate dall'emergenza in corso. In effetti l'ammontare delle misure attivate, tanto a livello di BCE che di governo italiano, per far ripartire l'economia italiana ha già determinato e continuerà a generare un flusso rilevante di operazioni di finanziamento che le banche debbono essere in grado di gestire. Il contributo che si richiede è particolarmente cruciale laddove la nuova finanza è da sempre la risorsa necessaria e maggiormente critica per affrontare e superare determinate situazioni di crisi.

Peraltro, i tempi e la forza della ripresa dipenderanno da diversi fattori, la cui evoluzione è allo stato difficilmente prefigurabile: la durata e l'estensione del contagio, l'evoluzione dell'economia globale, gli effetti sulla fiducia e sulle decisioni di spesa dei cittadini e di investimento delle imprese, l'efficacia delle politiche economiche e fiscali già adottate dai governi e di quelle che saranno attivate nei prossimi anni a livello non solo nazionale ma anche europeo ed internazionale, i tempi per la trasmissione al sistema economico degli impulsi delle misure di politica monetaria intraprese dalle Banche Centrali.

Agli istituti creditizi è stato dunque ed è tuttora richiesto un impegno importante sia per la "pressione" operativa cui sono state sottoposte a causa della numerosità delle richieste pervenute,

chiaramente incentivata dalle garanzie concesse dallo Stato attraverso il Mediocredito Centrale e la SACE, sia per le tematiche tecniche connesse all'oggettiva difficoltà in cui versano i principali settori produttivi. È opportuno ricordare che le banche sono da anni alle prese con piani di efficientamento aziendali e la crisi pandemica le ha colte in una fase tuttora di cambiamenti e trasformazioni sulla spinta, da un lato, dei *regulator*, che hanno favorito un significativo rafforzamento della loro struttura patrimoniale e un deciso miglioramento della qualità degli attivi di bilancio²¹, e dall'altro degli effetti e delle implicazioni della crisi dei mutui *subprime* e della recessione dell'economia reale che ne è derivata.

Sebbene la concessione di prestiti alle imprese per esigenze di liquidità costituisca una delle attività "ordinarie" delle banche e quindi rientri nella normalità fornire alle imprese credito per fabbisogni temporanei di cassa, nelle crisi protratte dell'economia e nelle congiunture avverse la concessione di credito va vista con particolare attenzione dal momento che le controparti cui è diretta possono trovarsi *ex post* in situazioni che le portano all'inadempimento degli obblighi contrattuali e, nei casi estremi, al default.

Nelle fasi di congiuntura negativa si attivano, come è intuibile, circoli viziosi pro-ciclici. Il rallentamento del ciclo economico globale riduce i margini economici e crea tensioni nella gestione finanziaria delle imprese, che, entrando in difficoltà, diminuiscono la domanda di finanziamenti per effetto del debole andamento degli investimenti e della contrazione dei livelli dell'attività produttiva e affrontano crisi di liquidità o situazioni di insolvenza con conseguenze negative sul sistema bancario, che è costretto ad operare svalutazioni sui crediti. Le banche, a loro volta, a causa dei vincoli patrimoniali e delle difficoltà di provvista sui mercati internazionali, sono costrette a ridurre gli impieghi, razionando il credito alle imprese, peggiorando le condizioni applicate sui prestiti loro erogati e non favorendo di fatto l'uscita dalla fase di contrazione dell'attività economica. Il fenomeno assume le connotazioni di un vero e proprio *credit crunch* (Panetta, Signoretti, 2010; Kapan, Minoiu, 2013; Klein, 2014), come è avvenuto nella crisi originata dal fallimento di Lehman Brothers, in cui, a partire dalla seconda metà del 2008 e per un certo numero di anni, si è assistito ad un decremento generalizzato e costante dei tassi di crescita delle erogazioni creditizie.

²¹ Il rapporto tra il capitale di qualità primaria e l'attivo ponderato per i rischi è aumentato dal 7,1% del 2007 al 13,9 del 2019. I bilanci sono stati liberati di gran parte dei crediti deteriorati, che sono diminuiti di circa i due terzi negli ultimi quattro anni (Banca d'Italia, 2020 b).

Per evitare siffatte situazioni, come è stato sottolineato, oltre alle misure di immissione di liquidità da parte della BCE è intervenuto il Governo italiano che ha istituito specifiche garanzie sui prestiti in modo da ridurre di molto e, in alcuni casi, azzerare il rischio di credito per gli istituti finanziatori. L'azione combinata di queste iniziative rappresenta un efficace strumento per incentivare le banche a concedere alle imprese le linee di credito necessarie per affrontare le problematiche generate dal Covid-19.

È chiaro però che, proprio per effetto della situazione economica venutasi a creare, la probabilità di futura insolvenza dei soggetti debitori sarà più elevata che in condizioni normali. Il meccanismo individuato consente di attuare successivi trasferimenti a favore delle banche per le perdite subite sui finanziamenti concessi in questa fase alle imprese che hanno beneficiato della garanzia statale e che non hanno proceduto al relativo rimborso. In tal modo si dà la possibilità allo Stato sia di contenere gli assorbimenti delle perdite subite dalle imprese finanziate con la garanzia pubblica, in quanto le banche vengono a svolgere per suo conto un importante ruolo di filtro nella selezione delle imprese e nella gestione di situazioni problematiche ante default, sia di distribuire su più esercizi i relativi futuri oneri per le finanze pubbliche. Del resto, i prestiti erogati a imprese beneficiarie della garanzia pubblica in caso di loro insolvenza corrispondono di fatto a sovvenzioni a fondo perduto al netto di quanto recuperabile in sede di procedure concorsuali tenuto conto anche della natura privilegiata della posizione. Dal punto di vista del costo a carico del bilancio dello Stato, la politica dei trasferimenti diretti sarebbe stata evidentemente molto più onerosa perché i prestiti concessi in questa fase dalle banche con il rapporto della garanzia pubblica saranno per la gran parte rimborsati.

Bisogna inoltre sottolineare che i nuovi finanziamenti vanno ad aumentare la leva finanziaria delle imprese, già notoriamente sottocapitalizzate e fortemente indebitate con il sistema bancario, con ciò incrementando la loro vulnerabilità in assenza di business realmente sostenibili e di margini economici adeguati.

La più generale situazione di allentamento delle attività economiche e di recessione che si profila pone in prospettiva anche problemi di recuperabilità in ordine ai finanziamenti erogati prima della crisi pandemica ad imprese, che – per effetto del peggioramento della congiuntura – potrebbero ora entrare in crisi ed avere difficoltà a rimborsarli nei prossimi anni, con l'effetto di un generalizzato aumento del rischio di credito dei portafogli bancari e con le ovvie ricadute in termini di requisiti regolamentari e di patrimonializzazione.

Per queste ragioni l'efficacia delle misure a sostegno del settore del credito promosse dal Governo italiano va posta in relazione agli interventi di natura regolamentare assunti dalle Autorità Bancarie Europee, le quali, al fine di fronteggiare l'impatto avverso della pandemia da coronavirus sulla stabilità patrimoniale delle banche, hanno prontamente adottato una serie di misure nell'ambito della vigilanza bancaria in modo da evitare, da un lato, che uno shock di assorbimento patrimoniale potesse incidere negativamente sugli impieghi bancari e, dall'altro, che la crisi incrementasse eccessivamente il rischio: di credito in capo agli istituti bancari. Si tratta di un quadro molto articolato e composito di pronunciamenti e provvedimenti che BCE, EBA, Esma, Fondazione IFRS, Commissione europea e Parlamento europeo (Camelia, Resti, 2020) hanno proposto, a più riprese a partire dai primi di marzo, su questioni rilevanti quali i vincoli sul capitale, il passaggio delle esposizioni creditizie a default, il piano degli accantonamenti, gli impatti sugli NPL, l'ambito di applicazione del principio contabile IFRS 19. Nell'ottica di limitare l'impatto prociclico della crisi, vanno lette le seguenti principali "aree di *flexibility*":

- la flessibilità per operare al di sotto del livello di capitale definito dal Pillar II ("P2R" e "P2G"), del buffer di conservazione del capitale ("CCB") e di quello inerente il *liquidity coverage ratio* ("LCR");

- un favorevole orientamento verso un allentamento della riserva di capitale anticiclica ("CCyB") da parte delle Autorità nazionali;

- la flessibilità nell'utilizzo parziale di strumenti di capitale che non si qualificano come *Common Equity Tier 1* per soddisfare i requisiti di Pillar II e colmare le necessità di capitale (tale misura è rivolta alle sole banche *significant*);

- il rinvio degli *stress test* previsti per il 2020 per la riduzione dello *stock* dei crediti deteriorati, con *endorsement* favorevole dell'EBA;

- un elevato grado di flessibilità per quanto riguarda il trattamento dei crediti deteriorati ("NPL") sia in termini di classificazione in UTP ("*Unlikely To Pay*") sia in termini di copertura patrimoniale e di accantonamento a conto economico;

- una maggiore flessibilità nella valutazione del rischio e nella riclassificazione contabile dei crediti indotta dalle moratorie, pubbliche e private, e dalle altre forme di supporto adottate in risposta alla crisi pandemica²².

²² Si rinvia per ulteriori analisi sulla tematica al paragrafo 6.

Di rilievo anche altre disposizioni riguardanti la conservazione del capitale delle banche necessario per assorbire le perdite e sostenere l'economia in questa fase di incertezza con la generale e diffusa raccomandazione agli istituti di credito di astenersi dal pagare dividendi e dall'effettuare riacquisti di azioni proprie, nonché di adottare un approccio prudente e lungimirante con riferimento alle politiche relative alla remunerazione variabile del management, che parimenti possono avere un impatto significativo sulla base patrimoniale delle banche.

Nell'attuale contesto, per le banche si pone anche un altro tema di fondo, ovvero la riduzione dei margini di profitto sull'attività di erogazione creditoria per effetto di una prolungata fase di riduzione dei tassi di interesse. Tale evidenza, unitamente alle complessità che in prospettiva si paventano in ordine all'incremento del rischio di credito e alla gestione di una massa accresciuta di crediti deteriorati, induce a riflettere sull'opportunità di rivedere i modelli di business in ordine alle relazioni con il mondo delle imprese²³. Quest'ultime, a causa dell'aumento dei finanziamenti bancari contratti durante l'emergenza pandemica, pur in una fase di basso costo del debito, hanno, dal canto loro, il problema di riportare la leva finanziaria entro il perimetro della sostenibilità e di ricercare in prospettiva sostanziali iniezioni di *equity*.

Le due tendenze in atto possono convergere nel momento in cui le banche, mantenendo il proprio core business sull'attività di *lending*, valutino con più convinzione e maggiore decisione di integrare la propria gamma di offerta con soluzioni finanziarie e prodotti diversi dal credito bancario.

In effetti, per favorire la ripresa economica, le banche, oltre che espandere l'attività creditizia nei confronti delle imprese in difficoltà, potranno e dovranno promuovere anche forme di finanza di mercato (Baravelli, 2020), tenuto conto che l'attuale immissione di liquidità rappresenta pur sempre un debito aggiuntivo, che dovrà essere rimborsato in un orizzonte temporale non eccessivamente esteso e che non risolve il cronico problema della sottocapitalizzazione delle nostre aziende.

Entrano allora in gioco le competenze di finanza straordinaria nella prospettiva delle attività di *advisory* e di assistenza finanziaria alle Pmi *in bonis* con strategie di crescita e diversificazione. I servizi di *corporate finance*, quali l'assistenza per accedere all'emissione di bond e alla quotazione

²³ Chiaramente, nella ricerca di ricavi aggiuntivi per contenere gli effetti negativi della riduzione del margine di interesse, sono anche altri gli ambiti di intervento interessati. Si pensi ad esempio, lato produzione, all'ulteriore sviluppo dei servizi di investimento e dei servizi di pagamento digitali e, lato organizzazione, alla necessità di una riduzione dei costi da perseguire attraverso l'adozione di modelli organizzativi più snelli, l'accelerazione sul fronte dei canali on line e una più ampia digitalizzazione dei processi.

sul mercato azionario ovvero per favorire la capitalizzazione delle imprese attraverso operazioni di aggregazione e l'ingresso nel capitale di operatori di *private equity*, debbono far parte in modo permanente del portafoglio di offerta di una banca moderna e competitiva andando a rafforzare la parte commissionale del conto economico. Tali attività, che richiedono skill e approcci specialistici, servono del resto per consolidare modelli di business complementari all'attività creditizia tradizionale e al contempo sono indispensabili in un'economia che deve proteggersi e rilanciarsi, promuovendo l'aumento dimensionale delle imprese e i loro processi di innovazione (Minnetti, 2011).

5. La fase imprescindibile della valutazione del merito creditizio

Per le banche la valutazione del merito creditizio delle imprese affidatarie rappresenta uno dei momenti decisivi nella politica dei prestiti, mirando in generale a verificare, da un lato, la loro capacità di rimborso, e, dall'altro, la compatibilità fra le richieste di affidamento e le scelte complessive della banca in relazione alla dimensione e alla composizione del suo portafoglio prestiti. Mediante l'istruttoria di credito, le banche conducono indagini e analisi sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, su base sia storica che futura, delle aziende, idonee a fornire una serie di elementi di valutazione sul soggetto richiedente, in modo da strutturare un intervento che sia in linea con il rischio dell'operazione e al contempo sostenibile per l'impresa (Caselli, Gatti 2003; De Laurentis, 2019).

L'attività istruttoria non viene necessariamente effettuata allo stesso modo fra le diverse banche e può variare all'interno della stessa banca, a seconda delle caratteristiche della clientela o la tipologia di operazioni²⁴, anche se un certo "percorso" e taluni modelli quantitativi sono ormai universalmente acquisiti (Ruozi, 2020). La valutazione non si esaurisce nell'analisi della situazione economico-finanziaria del prestatore, ma tiene sempre in considerazione anche altri aspetti chiave come il profilo antiriciclaggio e il profilo antimafia della società e dei suoi esponenti, la cui analisi puntuale assume particolare significato nei finanziamenti a pioggia di 25/30 mila euro concessi

²⁴ In proposito, si può notare che le procedure per l'istruttoria fidi e la loro applicazione riflettono sia circostanze interne alla banca (dimensione aziendale e ampiezza della rete sportelli, complessiva struttura organizzativa, qualità e grado di preparazione dei quadri aziendali), sia circostanze collegate alle imprese richiedenti credito (attività economica svolta, dimensioni e struttura organizzativa, precedenti rapporti di fido con la banca e intensità del lavoro svolto), sia infine circostanze connesse al tipo di credito richiesto (a breve o a medio e lungo termine, garantito o non garantito, etc.).

nell'attuale fase storica e supportati dalla garanzia del Fondo Centrale di Garanzia al fine di evitare erogazioni a soggetti collegati o vicini ad ambienti criminali.

Si tratta di una fase necessaria connaturata all'attività propria delle banche e per questo irrinunciabile. In tutte le banche le dipendenze istruiscono e deliberano direttamente sulle domande di fido che rientrano nella propria autonomia e inoltrano agli organi gerarchicamente superiori le proposte per le domande eccedenti tale autonomia.

La presenza di garanzie pubbliche, seppur possa in qualche caso aver indotto ad un atteggiamento maggiormente benevolo, non modifica il quadro in modo sostanziale per i motivi di seguito esposti.

In primo luogo, il default delle imprese beneficiarie di finanziamenti ai sensi dei decreti "Cura Italia" e "Liquidità" determinerà la rivalsa da parte degli istituti di credito nei confronti degli enti di garanzia, che sono integralmente o in massima parte statali, ovvero il Mediocredito Centrale e la SACE, che potrebbero al limite contestare possibili difetti in sede di istruttoria e negare ex post il proprio intervento "riparatore". Le modalità dell'escussione non sono ancora ben chiare, ma è da ritenere che il riconoscimento non sarà "automatico" ma passi, a sua volta, per un articolato ed approfondito accertamento.

Occorre poi tenere in debito conto che una quota pur residuale del credito è non garantita con l'effetto che il rischio su tale parte rimane a carico della banca.

Vi è infine da considerare che il ruolo del finanziatore in siffatte situazioni è particolarmente delicato, poiché - nel caso l'azienda non riesca a superare la crisi in cui si trova e si avvii al fallimento - la banca potrebbe ricorrere in alcuni rischi specifici (Minnetti, 2020), quali la responsabilità penale per il concorso nei reati fallimentari nei casi di finanziamenti di dimensioni rilevanti e di eventuale ingerenza nella condizione aziendale²⁵ e la responsabilità civile per il danno cagionato a terzi della concessione abusiva di credito all'impresa insolvente. In particolare, quest'ultima fattispecie deriva dalla violazione delle regole sul merito creditizio e sulla sana e prudente gestione dell'attività e dall'affidamento nell'impresa in crisi e nella sua solvibilità che la concessione di credito può ingenerare negli altri stakeholder, che potrebbero essere indotti in errore. Più nello specifico, la banca può incorrere in concessione abusiva del credito finanziando una impresa insolvente con la consapevolezza, o la colpevole ignoranza, del dissesto di detta impresa, col risultato di pro-

²⁵ Si pensi all'obbligo, inserito in alcuni contratti di finanziamento, del debitore di consultare la banca prima di compiere determinati atti di gestione e all'intervento di quest'ultima nella governance aziendale, anch'esso talvolta previsto.

crastinare l'emersione dello stato di insolvenza e l'apertura di una procedura concorsuale. L'illiceità dell'operazione viene individuata nel fatto che, a causa di una imprudente attività della banca, ci sono un'impresa che prolunga la sua permanenza sul mercato, occultando il suo stato di insolvenza, ed operatori terzi che, facendo affidamento su tale condizione di operatività, continuano ad interagire con essa²⁶.

Da qui l'importanza di effettuare, specialmente per le operazioni di importo più rilevante, un'analisi ampia ed approfondita dell'impresa richiedente il finanziamento che ha il suo focus principale nell'esame del piano industriale o del piano economico-finanziario che supporta la richiesta e che rappresenta il momento di massima rappresentazione e sintesi della realtà aziendale oggetto di esame.

Nel documento devono essere esposte tutte le informazioni di cui l'impresa è in possesso in ordine al suo stato economico, patrimoniale e finanziario. La trasparenza, infatti, è uno degli elementi centrali per poter dialogare con l'intermediario finanziario. Inoltre, è d'obbligo che le informazioni veicolate siano attuali, assolutamente affidabili e di qualità²⁷.

Dal piano deve emergere sia la situazione attuale sia la situazione prospettica. Pertanto, il set informativo da presentare alle banche consiste nel fornire, da un lato, gli elementi per una "fotografia" dello status quo, quali: i dati contabili e le informazioni storiche, la situazione patrimoniale alla data più recente possibile; gli elementi di riferimento sull'andamento pregresso dei rapporti con il sistema bancario; l'evidenza di eventuali contenziosi pendenti. Dall'altro, occorre presentare le evidenze quantitative del piano, ovvero i flussi economici e finanziari previsionali e l'assetto patrimoniale prospettico atteso, e quindi le modalità di raggiungimento dell'equilibrio economico, patrimoniale e finanziario, di eventuale recupero delle marginalità e di ritorno dell'utile nei casi di aziende in situazioni di partenza problematiche, del regolare pagamento degli impegni futuri e del soddisfacimento di quelli pregressi²⁸. Di particolare rilievo è anche l'indicazione dei tempi sia di

²⁶ La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'evidenziare il principio di auto-responsabilità cui deve uniformarsi la condotta di ogni operatore e che sarebbe violato in caso di agire negligente e noncurante delle insidie insite nelle operazioni economiche e nelle relazioni commerciali, con la conseguenza che può affermarsi la responsabilità della banca, a cui si imputa il fatto illecito fonte di pregiudizio, solo se l'affidamento che il danneggiato (imprenditore tratto in inganno) riponga nella condotta altrui sia immune da colpa.

²⁷ Si tratta di un punto estremamente delicato dal momento che le banche spesso lamentano che la documentazione predisposta è insufficiente per inquadrare la situazione reale dell'impresa e le sue effettive prospettive di crescita e sviluppo ovvero di recupero.

²⁸ Per dare la necessaria robustezza al piano, si rende necessario procedere, particolarmente in questa fase problematica, anche con le analisi di sensitività (cd. *stress test*) tramite le quali l'azienda ipotizza scenari alternativi rispetto a quelli considerati come assunzioni di base, al fine di verificare l'impatto delle diverse ipotesi (sia di natura indu-

esecuzione delle azioni programmate sia di progressivo miglioramento e di mantenimento/raggiungimento dei principali parametri di riferimento.

La stessa BCE (2020) con specifica nota rivolta alle istituzioni bancarie significative ha evidenziato come nell'offrire supporto a imprese economicamente sostenibili in difficoltà si debbano fornire "soluzioni o supporto in maniera efficiente e tempestiva", interagendo altresì con le stesse in modo proattivo prima che giungano a scadenza le misure di moratoria adottate. La migliore e più efficace valutazione del merito creditizio dovrebbe giovare, oltre che degli ordinari strumenti, anche di nuove modalità tecniche che colgano gli aspetti peculiari del diverso contesto economico, quali lo studio delle dinamiche attese nel medio-lungo termine del settore e del microsette di appartenenza, l'analisi della filiera produttiva e del contesto di *supply chain* in cui si colloca l'impresa debitrice e, soprattutto, la valutazione della sua capacità di resistenza al periodo della crisi e di successivo ritorno in tempi rapidi a generare flussi di cassa e business e quindi della sua resilienza. Tutto ciò appare necessario per individuare il profilo dei "debitori sostenibili" specificamente richiamato dalla BCE.

All'esito della complessiva analisi, si tratta per la banca di determinare:

- l'importo del fabbisogno finanziario da finanziare;
- la forma tecnica più adeguata;
- il costo del nuovo finanziamento, che, unitamente a quello sullo stock di debito esistente, incide in via diretta sulla gestione economica;
- i tempi della generazione di cassa al servizio del debito e quindi la scadenza, anche se per le fattispecie previste dal decreto "Liquidità" la durata minima è stabilita per legge;
- le eventuali garanzie ulteriori necessarie;
- i parametri rilevanti ai fini del successivo monitoraggio.

Una volta che il credito è stato valutato e concesso, fa capo infatti alla banca una duplice, specifica, esigenza: (i) quella di procedere a una revisione periodica, generalmente su base annua, del credito concesso allo scopo di mantenere sotto controllo i processi di cambiamento che possono aver eventualmente caratterizzato l'impresa affidata e che possono portare a una modifica del suo profilo di rischio e quindi all'assunzione di decisioni circa il rapporto creditizio in essere; (ii) quella di monitorare in via continuativa l'impresa affidata attraverso l'esame del suo comporta-

mentale che finanziaria) – alcune delle quali particolarmente negative (il cd. *worst case scenario*) – sui prospettati risultati e, se del caso, prevedere meccanismi di aggiustamento e comportamenti alternativi per garantire il raggiungimento degli obiettivi desiderati.

mento finanziario, delle dinamiche nell'utilizzo del credito e in generale degli andamenti del rapporto, al fine di cogliere quanto prima possibile i sintomi di tensioni finanziarie o di difficoltà gestionali, consentendo così alla banca l'assunzione di tempestive decisioni a tutela dei propri interessi. Sarà, quindi, necessario rafforzare i presidi di monitoraggio, cercando di cogliere le anomalie creditizie strutturali, ovvero già in essere e non strettamente correlate all'emergenza Covid, dalle anomalie contingenti e cioè Covid-related.

Sarà, inoltre, necessario rafforzare i modelli di *early warning* attraverso l'inclusione di dati alternativi da affiancare alle informazioni tradizionali per anticipare ulteriormente gli effetti degli scenari di deterioramento. In tal senso i modelli in questione devono diventare più *risk sensitive*, anche a seguito della mutata domanda di finanziamento delle imprese e dell'incremento di linee di credito a medio e lungo termine, sviluppando indicatori *forward-looking* che considerino l'andamento del debitore nel lungo periodo ed ampliando le basi informative in modo da identificare i segnali di crisi in modo proattivo. Un pacchetto informativo solido da aggiornare con cadenza regolare e un adeguato sistema di allerta precoce saranno di ausilio per assumere corrette decisioni sul portafoglio dal punto di vista sia strategico che operativo.

Ex post assume altresì rilievo la verifica del rispetto dei *covenant*, e cioè i vincoli all'azione della società finanziata sotto il profilo gestorio, finanziario e delle politiche di investimento, eventualmente inseriti nel contratto con lo scopo di tener sotto controllo la capacità di rimborso dell'impresa e di facilitare il monitoring del rischio di credito sottostante all'operazione. A parte quelli di natura informativo-reportistica e quelli di tipo operativo che impongono all'impresa di astenersi dal compimento di operazioni che alterino la struttura finanziaria, quali investimenti diversi da quelli previsti nel piano, assunzione di nuovo debito, distribuzione di dividendi, sono i *covenant* finanziari quelli sui quali si concentra l'attenzione delle banche finanziatrici per riscontrare il progressivo raggiungimento e il mantenimento di posizioni di equilibrio economico e finanziario, ovvero, in caso contrario, per attivare in modo più tempestivo gli eventuali interventi correttivi.

Secondo l'indagine sul credito bancario nell'area dell'euro di Banca d'Italia, nel secondo trimestre del 2020, come era prevedibile, la domanda di prestiti da parte delle imprese è aumentata significativamente a causa delle esigenze di liquidità connesse con l'emergenza pandemica. In concreto, le banche hanno adottato prassi eterogenee durante l'*iter* istruttorio a seconda della tipologia di finanziamento da erogare. Se per i finanziamenti al di sotto dei 30.000 euro l'attività di

istruttoria è stata, per espressa previsione legislativa, focalizzata essenzialmente su aspetti formali, con riferimento ai finanziamenti di importo superiore il processo ha seguito le modalità e i tempi standard.

Sono peraltro emerse, in una prima fase, criticità e ritardi con riguardo agli aspetti organizzativi e alla complessità delle procedure previste per la concessione delle garanzie pubbliche che hanno di fatto allungato i tempi necessari per l'erogazione dei finanziamenti²⁹. Sicuramente hanno pesato le difficoltà operative connesse alla gestione di un elevato numero di richieste.

Altre cause sono addebitabili alla complessità del processo e al numero di attori coinvolti. Molti istituti di credito hanno fatto ricorso per la verifica della documentazione a supporto delle domande di finanziamento e per l'inoltro delle richieste al Fondo Centrale di Garanzia a *servicer* esterni, che, a loro volta, hanno riscontrato le stesse problematiche delle banche (organico insufficiente; presenza di domande incomplete o inesatte; necessità di adeguare i sistemi informatici per l'invio massivo di domande al portale specificatamente attivato), accumulando arretrati e non riuscendo a rispettare gli standard di servizio stabiliti.

I tempi sono stati condizionati anche dalla graduale entrata a regime della piattaforma online del Mediocredito Centrale per l'inserimento delle pratiche e dalla messa a punto della modulistica standard. È opportuno, inoltre, ricordare che il *backlog* delle domande si è registrato nel periodo di picco della pandemia, durante il quale la quota di filiali chiuse e quella di personale operante in modalità delocalizzata o in *smart working* sono state molto elevate.

Alla data del 10 settembre, sulla base di quanto riportato nei siti ufficiali delle due istituzioni interessate, le domande inviate al FCG ammontano complessivamente a 1.060.032 per un importo complessivo di oltre 78,7 miliardi di euro, delle quali per operazioni fino a 30 mila euro (interamente garantite) 876.048 istanze per un ammontare richiesto di 17,3 miliardi di euro. Attraverso il programma "Garanzia Italia" di SACE, sono state invece concesse garanzie per 13 miliardi di euro su oltre 400 richieste ricevute.

Il numero degli interventi e gli ammontari sono destinati ad aumentare ancora considerato che i finanziamenti di importo più rilevante non sono stati ancora erogati in attesa che si svolgano e si completino le istruttorie tecniche da parte degli istituti finanziatori.

²⁹ Sul punto, la stessa Banca d'Italia ha prodotto alcune raccomandazioni sollecitando le banche ad intensificare gli sforzi per ridurre al minimo i disagi per la clientela nell'accesso ai provvedimenti a supporto dei fabbisogni finanziari emanati dal Governo.

6. Il rischio in prospettiva dell'incremento degli NPL

Nonostante la dimensione eccezionale delle politiche fiscali e monetarie adottate dai vari governi e dalle banche centrali, il danno all'economia reale sarà rilevante, specialmente in Italia, che è l'unico paese tra quelli avanzati a non essere riuscito a tornare sui livelli di crescita precedenti a quelli della crisi del 2008 e dove permangono le fragilità derivanti da un sistema produttivo costituito prevalentemente da piccole e medie imprese fortemente dipendenti dai finanziamenti bancari.

Per questa ragione le banche, tenendo fede al proprio fondamentale ruolo di perno del sistema finanziario, dovranno sostenere la ripresa economica, sapendo distinguere tra fenomeni puramente temporanei, destinati a riassorbirsi in breve tempo, e fenomeni di natura più duratura, che richiederanno azioni di gestione e riclassificazione.

Durante le fasi di una recessione economica sono i sistemi finanziari cd. *banked oriented*, in cui prevalgono intermediari la cui attività è fortemente incentrata sul *lending*, a mostrare maggiori segnali di sofferenza. Le evidenze empiriche dimostrano che, per le banche, quanto più rilevante è l'attività creditizia più alta è la sensibilità della redditività alle variazioni del PIL. Infatti, durante le fasi negative del ciclo economico, l'*impairment* attuato sul portafoglio prestiti è più reattivo rispetto alle svalutazioni attuate sul portafoglio titoli (Bonaccorsi di Patti, Palazzo, 2018).

Lo shock macroeconomico derivante dalla pandemia genererà certamente un aumento del tasso di deterioramento dei prestiti. Secondo una stima di Banca d'Italia (2020 c), per ogni riduzione del PIL di un punto percentuale – mantenendo le altre variabili costanti – il flusso di nuovi crediti deteriorati, valutato in rapporto al totale dei prestiti *in bonis*, tende ad aumentare di 2 decimi di punto per le imprese e di 1 per le famiglie. Queste valutazioni non includono gli effetti dei provvedimenti legislativi sulle moratorie, sulle garanzie pubbliche ai finanziamenti e sugli interventi a sostegno dei redditi delle famiglie. Finché saranno in vigore, tali misure avranno l'effetto di contenere, anche in modo significativo, le insolvenze. Nel più lungo periodo le ricadute della pandemia sulla qualità del credito dipenderanno dalla durata della recessione, dalla rapidità della ripresa e dalla portata degli interventi pubblici di sostegno.

A marzo 2020 la consistenza aggregata dei prestiti concessi dalle banche italiane ad imprese e famiglie era pari a 1.690 miliardi di euro, mentre alla fine del 2019 i crediti deteriorati al netto

delle rettifiche di valore ammontavano a 70 miliardi di euro (147 al lordo delle svalutazioni) con un'incidenza sullo stock totale (comprensivo però anche dei prestiti verso banche e istituzioni finanziarie) del 3,3% (6,7% al lordo delle rettifiche) (Banca d'Italia, 2020 b). Negli ultimi anni la minore rischiosità media dei prestiti ha beneficiato della ripresa, pur moderata, della congiuntura economica, di un livello basso dei tassi di interesse e di una migliore capacità selettiva delle banche nella concessione dei finanziamenti. Sulla riduzione della consistenza degli NPL hanno inciso notevolmente le operazioni di cessione, che sono state molto rilevanti dal punto di vista degli ammontari³⁰ in risposta alle sollecitazioni della autorità di vigilanza, con ciò contribuendo molto a migliorare gli attivi di bilancio.

In particolare, secondo uno studio sui bilanci bancari per il periodo 2009-2018 di KPMG (2019), il *NPL ratio lordo*, dato dal rapporto tra i crediti deteriorati lordi e il totale dei crediti lordi, è cresciuto ininterrottamente dal 9,2% dal 2009 al 18,9% del 2014 per poi ridimensionarsi fino al 10% del 2018. Il valore, come emerge dalla Relazione Annuale 2019 di Banca d'Italia, è ulteriormente sceso al 6,7% alla fine dello scorso esercizio. Posto che nelle rilevazioni ufficiali il dato posto a denominatore include anche i finanziamenti a controparti istituzionali, quali banche e altri intermediari finanziari, per i quali è poco realistico ipotizzare un default e i crediti alle famiglie, il valore del NPL ratio relativo ai soli prestiti verso le imprese andrebbe rettificato in aumento.

L'ammontare delle garanzie pubbliche concesse dal Mediocredito Centrale e dalla SACE al 10 settembre risulta essere di 91,7 miliardi di euro, dei quali 78,7 miliardi garantiti dal solo Fondo Centrale di Garanzia.

L'ulteriore assegnazione di risorse finanziarie disposta dal decreto "Rilancio" ha portato la dotazione complessiva di tale Fondo a 7 miliardi di euro, che corrisponde all'incirca ad un 8,9% dei finanziamenti erogati nel presupposto delle garanzie da esso concesse. Ciò dovrebbe consentire a priori una copertura significativa sui nuovi flussi di credito. Ovviamente, se il tasso di insolvenza effettivo dovesse rivelarsi in corso d'opera superiore a questa percentuale, il Governo potrà succes-

³⁰ La crescita dei volumi ha portato il mercato italiano degli NPL ad essere il più sviluppato nel panorama europeo. Attualmente operano in esso stabilmente diversi player, quali fondi comuni, banche, intermediari ex 106 Tub, sia italiani che stranieri, ed ultimamente anche le società di gestione del risparmio tramite fondi di investimento alternativo. A partire dal 2018, oggetto di cessione sul mercato, oltre che le posizioni in sofferenza, sono anche portafogli di *Unlikely to Pay*. Un impulso allo sviluppo del mercato lo ha fornito anche il meccanismo della Garanzia sulla Cartolarizzazione delle Sofferenze (GACS), e più precisamente le garanzie statali sul rimborso delle *note senior*, che ha supportato il 43% del volume delle transazioni nel 2018 e il 27% nel 2019 (Banca Ifis, 2020).

sivamente intervenire con nuovi stanziamenti utilizzando quota parte delle consistenti risorse liberate nell'attuale fase storica a livello europeo e destinate all'Italia.

È tuttavia prevedibile che, laddove permangano le attuali condizioni di incertezza e la congiuntura negativa si prolunghi, si registri un incremento delle crisi aziendali e si verifichi una situazione di incapacità per le imprese di rispettare gli obblighi di rimborso anche dei finanziamenti pre-Covid per i quali non opera la garanzia pubblica³¹. Si consideri poi che, ad eccezione dei crediti fino a 30 mila euro per definizione interamente garantiti, sulle altre tipologie di finanziamento la garanzia pubblica non copre l'intero importo con la conseguenza che in caso di default dell'impresa debitrice le banche verrebbero a subire perdite dirette in misura pari alla parte non garantita. In siffatta situazione gli osservatori concordano sul ritenere probabile nel medio-lungo periodo un nuovo deterioramento del complessivo portafoglio prestiti delle banche e una conseguente ricrescita del tasso di incidenza degli NPL.

Nel prossimo futuro, le banche dovranno dunque considerare il prospettarsi di questi scenari di inasprimento del quadro macroeconomico di riferimento nella valutazione delle proprie esposizioni in essere e nell'evoluzione dei propri modelli di revisione del rischio e saranno chiamate inevitabilmente a monitorare e a rivedere il merito creditizio delle controparti che hanno subito delle perdite economiche e finanziarie in conseguenza della crisi, dovendo peraltro comprendere, attraverso un più adeguato set di strumenti di analisi, se il peggioramento ha natura temporanea o strutturale e quale sia la dinamica attesa dell'impresa nel lungo periodo.

L'attenzione delle autorità regolatorie su tali tematiche è stata da subito, come già sottolineato, molto elevata per preservare le banche da fenomeni eccessivamente prociclici: da un lato, la tempestività delle azioni di correzione è volta a preservare la solidità del proprio patrimonio e la qualità degli attivi, di cui vi sarà assoluta necessità per sostenere la ripresa; dall'altro occorre, in questa fase iniziale, evitare misure eccessivamente rigorose che potrebbero limitare troppo la concessione di credito alle imprese in un periodo storico in cui ne hanno un particolare bisogno.

I processi più direttamente impattati dal nuovo contesto sono la classificazione delle esposizioni ai fini contabili tra *Stage* 1, 2 e 3 e prudenziali e la stima delle perdite attese.

Con particolare riferimento alla classificazione delle esposizioni creditizie, un aumento delle posizioni classificate in *Stage* 2 (ovvero quelle caratterizzate da oltre 30 giorni di ritardo nei pa-

³¹ Fanno eccezione, come in precedenza segnalato, quei crediti per i quali si è proceduto da un lato con una rinegoziazione delle condizioni e dall'altro con un'ulteriore erogazione nei limiti minimi indicati dalla normativa.

gamenti) e in default ha come effetto immediato l'aumento del rischio di credito che le banche devono rilevare in bilancio. In particolare, nell'attuale contesto normativo, per i crediti concessi da aprile 2019 il passaggio a credito deteriorato comporta l'avvio di un'automatica svalutazione della posizione, che è molto onerosa da un punto di vista economico secondo quanto stabilito dal cd. *calendar provisioning*³².

In questo quadro le misure di moratoria concesse in relazione alla crisi pandemica, poiché finalizzate a mitigare rischi di natura sistemica e pur qualificandosi come forme di concessione, non devono essere automaticamente classificate come misure "forbearance" sia ai fini della classificazione dei crediti che ne beneficiano che ai fini IFRS9 (e quindi di migrazione tra gli Stage) sia per la classificazione prudenziale delle posizioni tra i crediti *non performing*. In sostanza, le banche sono chiamate a valutare il merito di credito dei debitori che beneficiano della moratoria ed eventualmente a riclassificare i debitori che presentano un concreto deterioramento del merito creditizio.

Su tali profili è intervenuta anche l'ABI, che ha sottolineato l'importanza di sospendere il regime di accantonamenti automatici dal *calendar provisioning* e di ritardare l'introduzione della nuova definizione di default, già adottata da molte delle principali banche e destinata ad avere applicazione generale dal 2021³³.

Con riferimento, invece, alla stima delle perdite attese, le rettifiche di valore sulle esposizioni creditizie sono determinate sulla base della quantificazione della *Expected Credit Loss* (ECL) con un orizzonte temporale a 12 mesi per le posizioni *performing* classificate in Stage 1 e pari alla vita residua del credito per quelle in Stage 2 ed in Stage 3. La recente crisi avrà degli impatti sui parametri che la identificano: i tassi di *default*, di norma osservati a 12 mesi, potrebbero subire un significativo aumento per l'elevato numero di finanziamenti che subiranno ritardi nei pagamenti

³² Con tale misura è stato previsto dalla BCE, con le linee guida per le banche sui crediti deteriorati emanate a marzo 2017 ed integrate a marzo 2018, l'obbligo per tutte le banche di effettuare sulle esposizioni deteriorate rettifiche contabili del valore del credito quantitativamente definite, o corrispondenti deduzioni dal capitale computabile a fini di vigilanza, a prescindere dalle effettive prospettive di recupero. Gli istituti avranno tre anni di tempo per la copertura integrale dei prestiti non garantiti (*unsecured*), nove per quelli assistiti da garanzia immobiliare e sette per crediti con ogni altro tipo di collaterale (*secured*).

³³ Le disposizioni attualmente vigenti prevedono l'automatica classificazione in default delle imprese che presentano arretrati di pagamento rilevanti per oltre 90 giorni consecutivi sulle esposizioni che esse hanno nei confronti della propria banca. Con le nuove regole, dettate dalla Commissione Europea con il Regolamento delegato (UE) n. 171 del 19.10.2017, si specifica che per arretrato rilevante si intende un ammontare superiore a 500 euro (relativo a uno o più finanziamenti) che rappresenti più dell'1% del totale delle esposizioni dell'impresa verso la banca. Per le persone fisiche e le piccole e medie imprese con esposizioni nei confronti della stessa banca di ammontare complessivamente inferiore a 1 milione di euro, l'importo dei 500 euro è ridotto a 100 euro.

(oltre 90 giorni); le *forward looking information*, e cioè gli scenari macroeconomici plausibili con cui aggiustare i valori di PD e LGD, incorporeranno inevitabilmente un peggioramento rispetto alle precedenti previsioni di scenario economico; il *cure rate* e il *recovery rate* saranno anch'essi influenzati dagli effetti della crisi e dovranno tener conto della cronica inefficienza del sistema giudiziario italiano, ulteriormente acuita dal rallentamento dell'attività ordinaria durante il lockdown e nella successiva ripresa con gli uffici in modalità *smart working*, e del permanere di condizioni di contrazione del mercato immobiliare.

Per evitare imprecisioni nella stima delle *ECL* sarà quindi importante guardare all'intera vita residua del prestito dando sufficiente peso agli scenari di lungo termine basati sull'ipotesi di ritorno alla normalità, definire e pianificare con attenzione gli interventi di aggiornamento di natura metodologica sui parametri rilevanti e condurre una serie di analisi di *sensitivity* utili ad orientare l'attività creditizia sulla base di evidenze *risk driven*.

A prescindere dalle riclassificazioni e dalle misure in tema di accantonamenti patrimoniali volte a contabilizzare correttamente il valore dei prestiti in portafoglio, si può, con buona probabilità, ipotizzare che le strategie di *deleveraging* e *derisking* che hanno caratterizzato la gestione delle nostre banche negli anni più recenti continueranno e si manterranno le attuali tendenze nelle operazioni di cessione degli NPL, in modo anche da rispettare i piani per lo smaltimento delle esposizioni deteriorate pregresse concordati con le autorità di vigilanza. Anzi è auspicabile che gli smobilizzi possano procedere con maggiore intensità proprio per "liberare" capitale da destinare all'assorbimento delle perdite connesse al nuovo flusso di crediti deteriorati che si andrà generando, il cui tasso di incremento ad oggi non è facilmente stimabile essendo correlato, come in precedenza sottolineato, alla durata delle misure di contenimento e all'efficacia delle varie manovre adottate a sostegno dell'economia. Chiaro è che in questa situazione si dovrà altresì tener conto del mutato contesto economico (Malinconico, 2020).

La misura di sospensione dei procedimenti giudiziari in corso, disposta per un periodo limitato dal Governo durante la fase più acuta dell'emergenza sanitaria, produrrà un allungamento dei procedimenti e quindi dei tempi di recupero delle posizioni in sofferenza, con il probabile effetto di una più lunga permanenza di questi crediti nei bilanci delle banche e di una inevitabile accresciuta ritrosia all'acquisto da parte degli operatori di mercato.

Prevedibili anche, da parte di questi ultimi, un primo periodo di maggiore cautela al fine di comprendere appieno le dinamiche in corso ed un processo di revisione al ribasso dei prezzi di ac-

quisto dei portafogli in virtù di una maggiore incertezza, allo stato attuale, sull'esito delle procedure esecutive (KPMG, 2020).

Di contro, i benefici di natura fiscale sulla cessione dei crediti deteriorati previsti dall'art. 55 del decreto "Cura Italia", giocano in senso positivo. La disposizione riguarda le imprese *in bonis* che trasferiscano a titolo oneroso crediti deteriorati entro il 31 dicembre del 2020. Tale misura, a cui è destinato circa 1 miliardo di euro, concede la possibilità di trasformare, tramite il pagamento di un importo dell'1,5 del valore in questione, in crediti d'imposta una proporzionale quota di attività per imposte anticipate (*Deferred Tax Asset - DTA*), con effetti positivi in termini di liquidità per via della immediata fruizione delle minori imposte future corrispondenti e della contestuale riduzione del fabbisogno sulle imposte correnti dovute. La norma consente indirettamente anche un incremento dei fondi propri delle banche, dovuto alla sostituzione di DTA che devono essere dedotte dal CET1 con veri e propri crediti.

In definitiva, le banche, oltre che sostenere un rilevante impegno in termini di concessione di un ammontare significativo di nuovi prestiti per fronteggiare la crisi di liquidità dell'economia italiana a seguito dell'emergenza pandemica con gli inevitabili aggravii di natura operativa, dovranno dedicare attenzione e risorse alla più efficace gestione del proprio portafoglio crediti, rinnovando la propria gamma di strumenti e metodologie di valutazione e misurazione, ipotizzando nelle stime differenti scenari di stress e aggiornando le proprie *NPL strategy* in modo da analizzare e misurare gli impatti di questa crisi sul business, sul conto economico e, in un'ultima istanza, sul patrimonio.

FRANCESCO MINNETTI
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

Bibliografia

P. ANTILICI, G. GARIANO, F. MONTERISI, A. PICONE, L. RUSSO, *Le misure di espansione delle attività a garanzia delle operazioni di politica monetaria dell'Eurosistema in risposta all'emergenza da Covid-19*, in *Banca d'Italia Eurosistema. Note Covid-19*, 10 giugno 2020.

BANCA CENTRALE EUROPEA, *Letter to the Ceos of All Significant Institutions on Operational Capacity to Deal with Distressed Debtors in the Context of the Coronavirus (Covid-19) Pandemic*, 28 luglio 2020.

BANCA D'ITALIA (a), *Proiezioni macroeconomiche per l'economia italiana (esercizio coordinato dell'eurosistema) del 5 giugno 2020*, Roma, 2020.

BANCA D'ITALIA (b), *Relazione annuale 2019*, 29 maggio 2020.

BANCA D'ITALIA (c), *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, aprile 2020.

BANCA IFIS, *Market Watch Npl*, gennaio 2020.

M. BARAVELLI, *Banche e crisi pandemica: quale impatto sui modelli di business?*, in *Bancaria*, 2020, n. 6.

E. BONACCORSI DI PATTI, F. PALAZZO, *Bank profitability and macroeconomic conditions: are business models different?*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, n. 436, 2018.

M. CAMELIA, A. RESTI, *Il Covid-19 e i prestiti bancari: la risposta della vigilanza e delle banche*, in *Bancaria*, 2020, n. 10.

S. CASELLI, S. GATTI, *Il corporate lending. Manuale della gestione del credito alle imprese: organizzazione, valutazione e contratti*, Roma, 2003.

G. DE LAURENTIS, *Il credito alle imprese. Politiche e strumenti di dialogo banca-impresa: regolamentazione, rating, analisi e previsione finanziaria*, Roma, 2019.

G. DI GIORGIO, *Banche Centrali e politica monetaria*, II edizione (digitale), 2018.

FMI, *World Economic Outlook Update (June 2020)*, www.ifm.org, 2020.

ISTAT, *Statistiche Flash*, 31 agosto 2020.

T. KAPAN, C. MINOIU, *Balance sheet strength and bank lending during the global financial crisis*, in *International Monetary Fund*, Working paper, 2013.

N. KLEIN, *Small and Medium Size Enterprises, Credit Supply Shocks and Economic Recovery in Europe*, in *IMF Working Paper European Department*, 2014.

F. KOULISCHER, D. STRUYVEN, *Central bank liquidity provision and collateral quality*, in *Journal of Banking & Finance*, 2014, n. 49.

KPMG, *Bilanci dei gruppi bancari italiani: trend e prospettive. Esercizio 2018*, 2019.

KPMG, *Covid-19: gli impatti sul settore bancario*, 2020.

A. MALINCONICO, *Npl: scenari e prospettive post Covid-19*, in *Bancaria*, 2020, n. 5.

F. MINNETTI, *Corporate banking e finanza straordinaria d'impresa*, Roma, 2011.

Le banche nel finanziamento alle imprese nell'era del Covid-19 fra la politica espansiva della BCE e le misure di sostegno finanziario attivate dal Governo italiano

F. MINNETTI, *I finanziamenti bancari nelle procedure concorsuali*, in S. DELL'ATTI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Dell'Atti*, Milano, 2020.

S. NASTI, F. PASQUALONE, *Le misure di politica monetaria dell'Eurosistema in risposta all'emergenza causata dalla pandemia di Covid-19 e il contributo della Banca d'Italia*, in *Banca d'Italia Eurosistema. Note Covid-19*, 24 luglio 2020.

OECD INTERIM ECONOMIC ASSESSMENT, *Coronavirus: living with uncertainty*, 16 settembre 2020.

F. PANETTA, F.M. SIGNORETTI, *Domanda e offerta di credito in Italia durante la crisi finanziaria*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, n. 63, 2010.

PROMETEIA, *Rapporto di previsione luglio 2020*, Bologna, 2020.

R. RUOZI, *Economia della banca*, Milano, 2020.

G. TORRIERO, *Il ruolo delle banche nell'emergenza del Covid 19 e alcuni impatti prospettici*, relazione al Convegno *Intermediazione finanziaria, finanza d'impresa e Covid-19. Quali riflessioni per la ricerca, la didattica e la terza missione?*, Adeimf, 11 settembre 2020.

WTO, *Trade falls steeply in first half of 2020*, www.wto.org, 2020.

STRATEGIE RESPONSABILI EMERGENTI POST COVID-19: *INSIGHTS* DAI CONSUMATORI

1. Introduzione - 2. Consumi e retail nel mercato food italiano durante il lockdown da Covid-19 - 2.1. Trend di consumo - 2.2. Comportamento dei retailer - 3. Insights dai consumatori: una ricerca nel centro Italia durante il lockdown - 4. Le determinanti delle strategie “responsabili” dei retailer - 5. Conclusioni

1. Introduzione

La crisi sanitaria che ha coinvolto l'intero pianeta a partire da novembre 2019 ha generato una serie di ripercussioni sociali ed economiche che tutt'oggi investono l'economia globale.

L'Italia è stata tra i primi Paesi ad essere colpiti dalla pandemia da Covid-19 e ha dovuto affrontare uno stato di emergenza mai verificatosi sino ad allora. L'intero sistema economico italiano ha subito una battuta di arresto a seguito delle misure di «sospensione adottate dal Governo al fine di arginare la crisi sanitaria; si è verificato per la prima volta nella storia economica italiana uno shock combinato di domanda e offerta determinato dalla chiusura temporanea delle attività che ha di fatto colpito la maggioranza dei settori economici.

Una delle poche eccezioni è rappresentata dai settori di produzione e di distribuzione commerciale di beni di largo consumo (esclusivamente per i beni di prima necessità) con l'effetto di una contrazione dei consumi in termini generali, ma al contempo una crescita dei consumi in house di beni alimentari determinata dalle misure di confinamento adottate a tutela della salute pubblica. Secondo l'ISTAT «la marcata riduzione dell'offerta e della domanda commerciale al dettaglio ha determinato una flessione delle spese diverse da quelle per prodotti alimentari e per l'abitazione di oltre il 12% rispetto al primo trimestre 2019». Ancora, ad aprile 2020 – mese nel quale le misure di lockdown sono state più incisive – l'ISTAT ha registrato un andamento fortemente differenziato fra le vendite dei beni non alimentari (-24,5%) e quelle di beni alimentari (-0,4%).

Il consumatore italiano ha dovuto così modificare completamente quelle che erano le proprie abitudini di acquisto e di consumo: le restrizioni alla libera mobilità hanno innanzitutto determinato una diminuzione degli acquisti offline a favore di quelli online, accompagnata dalla crescita del *food delivery* e di consegna a domicilio di prodotti LCC. Al tempo stesso, tuttavia, il consumatore si è orientato su scelte di consumo più basiche e su comportamenti di acquisto più razionali in

termini di valutazione dei luoghi di acquisto. Infatti, se da un lato nelle prime 5 settimane di confinamento, si è registrato un considerevole aumento delle vendite alimentari on-line (+99,9%), dall'altro il consumatore è tornato ad acquistare nei negozi di prossimità i quali hanno avuto una crescita di fatturato pari al +24,9% (IRI, 2020). La percezione dei punti vendita è così cambiata nel periodo di confinamento; il negozio on line è divenuto il negozio più sicuro in assoluto, mentre il negozio di prossimità (sebbene con assortimento ridotto e limitate promozioni) ha rappresentato la soluzione più semplice e ideale per la spesa alimentare (IRI, 2020), oltretutto uno dei pochi spazi reali di socialità.

I *food retailer*, pertanto, sia GDO che piccoli dettaglianti, si sono trovati ad operare a pieno regime in una condizione di instabilità e precarietà globale, e costretti a riadattare l'intera offerta di valore con procedure che hanno investito la totalità del sistema retail. I retailer hanno dovuto sviluppare i loro canali di vendita, potenziando l'online e prevedendo servizi aggiuntivi (ad esempio il delivery) per incontrare le esigenze dei clienti; hanno dovuto monitorare costantemente l'intera filiera per efficientare il servizio di distribuzione in una situazione di complessità; ancora, è stato necessario prevedere sistemi di sanificazione per i PDV che permettessero agli operatori e ai customers di lavorare ed acquistare in sicurezza.

In uno scenario così delineatosi, appare quindi interessante esaminare le dinamiche che hanno coinvolto i consumatori ed i retailer nel periodo di crisi sanitaria per prospettare linee evolutive attuali e prospettiche del sistema di imprese retail.

Il presente contributo, partendo dall'analisi di dati primari (raccolti attraverso un'indagine sul campo nel centro Italia realizzata durante il periodo di lockdown) e di dati secondari, evidenziando gli insight dai consumatori italiani durante il periodo di emergenza, si pone l'obiettivo di definire quali potranno essere le strategie responsabili dei retailer per determinarne modelli di risposta complessivi in grado di generare uno specifico vantaggio competitivo di capacità.

La tendenza delle imprese verso tali sensibilità e lo scostamento del focus da una logica micro, concentrata esclusivamente sul business, ad una logica più ampia che consideri strategie più inclusive e socialmente responsabili, è stata ampiamente rilevata dalla ricerca a partire dai primi lavori sulla corporate social responsibility (Carroll, 1999; Porter e Kramer, 2006) fino ad arrivare a quelli sulle trasformative service Research (Anderson et al. 2013). Anche associazioni di imprenditori e organizzazioni spontanee tra manager e imprese si interrogano sul futuro del business e tra queste,

la Business Roundtable 2019 (<https://www.businessroundtable.org/>) ha anche generato un documento di impegno condiviso, lo Statement on the purpose of a Corporation, sottoscritto da 181 CEO, nel quale i manager si sono impegnati a guidare le loro aziende non solamente nell'esclusivo interesse degli azionisti ma, al contrario, integrando i benefici di tutti gli stakeholder coinvolti direttamente e indirettamente nella sfera di influenza delle imprese, clienti, dipendenti, fornitori, comunità e shareholder.

Appare coerente affermare che il retail management del futuro dovrà prevedere strategie basate sulla responsabilità sociale focalizzandosi sul potenziamento della sicurezza per i clienti e i dipendenti, sul rafforzamento del rapporto con gli stakeholder territoriali (in particolare con i fornitori e dipendenti, consumatori e istituzioni), sullo sviluppo e miglioramento continuo delle capacità dinamiche che gli appartengono per fronteggiare sempre al meglio i cambiamenti provenienti dal contesto.

2. Consumi e retail nel mercato food italiano durante il lockdown da Covid-19

La distribuzione alimentare e non alimentare rappresenta un settore economico strategico per l'Italia, con 542 miliardi di Euro di fatturato generato, oltre 2,3 milioni di occupati e 9,8 miliardi di Euro di investimenti attivati nel 2019 (ISTAT, 2020). In particolare, il settore di food registra un fatturato di 240 miliardi di Euro con il coinvolgimento di 203.356 imprese che hanno un fatturato medio di 1,18 Mln di Euro. La crisi derivante dalle chiusure imposte per il Covid-19 ha interessato parzialmente il settore della distribuzione food, che ha continuato a svolgere normalmente la sua attività (fatta eccezione per l'Horeca). Di seguito verranno presentati dati secondari che dimostrano l'andamento dei consumi durante il periodo di lockdown e le conseguenti misure strategiche adottate dai retailer nel periodo di confinamento.

2.1. Trend di consumo

I trend di consumo per i prodotti alimentari durante il periodo di confinamento sociale hanno subito un andamento variabile, ma complessivamente in crescita. Si è registrato difatti un aumento del peso delle spese obbligate sul reddito delle famiglie (es. generi alimentari, servizi e prodotti per la comunicazione, manutenzione della casa). Le vendite di prodotti di LCC nella fase

1 (marzo-aprile 2020) sono aumentate del 12% a valore, con una sensibile modificazione anche del basket di spesa, ed una esplosione di vendite di referenze per le preparazioni domestiche (farine, lieviti, zuccheri) con un + 50% a valore. Al contempo hanno registrato variazioni positive anche prodotti come pasta e scatolame (i c.d. prodotti scorta) che hanno registrato un +26% a valore e quelli a valenza salutistica, con un delta del 20%. Il consumatore, quindi, costretto a rimanere in casa, ha dovuto modificare le sue abitudini di spesa; secondo una stima di IRI infatti, circa un 6% delle vendite registrate lo scorso marzo di prodotti LCC, intesi nella sua accezione più ampia, derivano da acquisti fatti per compensare pasti che nel periodo pre-Covid erano consumati fuori casa. Tale dato è rimasto pressoché stabile (sceso al 5%) per i consumi post confinamento (sino al mese di luglio 2020), nonostante la riapertura dell'Ho.Re.CA. In generale, tutti i comparti hanno registrato incrementi di spesa che vanno dal 4 al 14%.

Per quanto concerne invece la scelta dei canali distributivi, il consumatore si è orientato prevalentemente verso il canale dei supermercati, con uno share del 41% ed un trend positivo del 10%; anche i discount hanno registrato un trend positivo con uno share del 13% (Ismea su dati Nielsen, 2020). Sebbene tali dati si riferiscano a tutto il periodo di lockdown, i trend descritti sono stati mutevoli nell'arco dei mesi di marzo e aprile; se infatti il consumatore nelle prime tre settimane di marzo si è orientato quasi esclusivamente verso il canale della GDO, nel periodo successivo ha preferito i negozi di vicinato (anche frutterie e macellerie). Tale scelta è giustificata sia dal fatto che sono intervenute restrizioni negli spostamenti, ma anche dal fatto che il consumatore ha visto nel negozio di vicinato un ambiente più sicuro, perché meno grande e meno frequentato dei supermercati. Sono difatti risultati particolarmente penalizzati gli ipermercati, che hanno registrato nel mese di marzo un dato di vendite negativo e solamente un +1,2% di vendite complessive.

2.2. Comportamento dei retailer

Come già evidenziato, l'emergenza sanitaria ha influito notevolmente sulle attività della grande distribuzione organizzata, che si è trovata a dover fronteggiare una serie di eventi che si sono proposti in modo repentino e senza alcun preavviso. L'aumento generale dei consumi di prodotti LCC, la richiesta di sicurezza da parte dei clienti all'interno dei PDV, il trend crescente verso gli acquisti online hanno testato appieno le capacità della GDO all'adattamento e alla trasformazione.

I retailer sono riusciti a rispondere all'emergenza attraverso azioni trasversali di adattamento: protezione degli addetti ai pdv e del personale e protezione dei clienti, gestione dinamica dei flussi fisici ed informativi all'interno dei punti vendita e delle scorte per alcune categorie di prodotti. In particolare, in termini di servizio ai clienti, dopo una prima fase di necessaria trasformazione e riassetto, che ha visto anche alcuni punti vendita avere una ridotta disponibilità dei prodotti più richiesti, i retailer hanno adottato misure che consentissero ai clienti un acquisto più facilitato: delivery della spesa, pre-ordine e pick up della stessa senza contatto con il cliente, aumento del tempo dedicato dal personale ad ogni cliente nel PDV, acquisto in modalità digitale anche nei PDV tradizionali, pagamenti digitali contactless. Rispetto all'innovazione digitale i retailer hanno dovuto provvedere ad una velocissima trasformazione, determinata anche dall'esplosione degli acquisti online, introducendo varianti all'infrastruttura software che permettessero all'intera organizzazione di rispondere all'emergenza. Durante il lockdown si sono registrate infatti difficoltà di gestione delle piattaforme online, malfunzionamento del sistema del click and collect e difficoltà di collegamento, superate agevolmente da alcuni retailer attraverso la scelta di soluzioni tecnologiche che prima della crisi non venivano ritenute dagli stessi come investimento prioritario.

Anche grazie a queste azioni repentine di risposta alla crisi, l'intero settore della distribuzione commerciale di prodotti food ha segnato un aumento consistente di fatturato rispetto ai primi tre mesi del 2019 (+9,1%), con un EBIT di +33,6% (Area studi Mediobanca, 2020).

3. Insights dai consumatori: una ricerca nel centro Italia durante il lockdown

Le dinamiche di consumo nel settore retail sono generalmente influenzate in modo rilevante da aspetti contestuali e culturali. Per tale ragione, col fine di rilevare eventuali specificità, analogie o differenze con quelli che sono stati i trend nazionali in termini di comportamento di acquisto nel periodo dell'emergenza Covid-19, è stata condotta una ricerca nel centro Italia, attraverso la somministrazione di questionari online diretti ai consumatori, nel periodo compreso tra il 22 marzo e il 30 aprile 2020.

Il questionario ha raccolto le risposte di 310 unità, rappresentative degli acquisti grocery di altrettante famiglie. Il campione intervistato risulta variegato in termini di sesso (55% donne, 45% uomini) e età (19% 18-24 anni; 29% 25-34 anni; 25% 35-44 anni; 15% 45-54 anni; 12% maggiore di 55 anni). Per quanto riguarda livello di istruzione e stato occupazionale, nel campione di

soggetti intervistato si evidenzia una maggioranza di persone laureate (44%) o con licenza media superiore (33%) e di lavoratori dipendenti (50%).

In generale, in termini di comportamento di acquisto si rileva che il numero di shopping expedition di prodotti grocery si è notevolmente ridotto nella fase di lockdown: la frequenza di acquisto è passata infatti da una predominanza di da “due volte o più volte a settimana” (64%) a una maggioranza di “una volta a settimana” (57%) o addirittura “due volte al mese” (11%). Non si rilevano invece significative differenze in termini di spesa media destinata agli acquisti dei beni grocery; rimane pressoché invariata la propensione del consumatore a preferire prodotti di marca industriale o prodotti a marca commerciale: in questo senso la frequenza di acquisto che rimane invariata nonostante uno shock esterno così forte conferma l'importanza del patrimonio fiduciario costruito nel tempo dai brand (sia commerciali che industriali).

Per comprendere in che modo l'emergenza sanitaria abbia impattato sulle dinamiche di consumo nel retail e, dunque, quali saranno gli effetti sulle *nuove* strategie di retail marketing management, è importante evidenziare i principali insights dai consumatori in termini di fattori di maggiore influenza sulla decisione di acquistare o meno un dato prodotto/brand. La struttura del questionario proposto ci permette di individuare quali sono state le principali determinanti degli acquisti. L'esigenza di sicurezza (anche alimentare) sembra essere confermata dal fatto che al primo posto troviamo la *qualità percepita* dal consumatore e il *rapporto qualità/prezzo*, si noti che la variabile *prezzo* presa singolarmente non è tra quelle indicate come più importanti dai consumatori, seppur in un periodo caratterizzato da difficoltà anche di natura economica.

Ancora, tra le variabili di primaria importanza per il consumatore troviamo quelle legate al prodotto in senso stretto: ingredienti, materie prime e gusto, provenienza e tracciabilità, soddisfazione derivante dagli usi precedenti, aspetti salutistici e impatto sulla salute.

Infine, si è notato che variabili generalmente molto importanti in termini di impatto sulle scelte di acquisto dei beni di largo consumo, quali comunicazione, pubblicità e packaging, nella fase di emergenza sanitaria perdono la loro consueta rilevanza.

Pertanto, si può concludere la breve descrizione dei dati primari raccogliendo evidenziando che, durante la fase di lockdown, i consumatori non hanno sacrificato la qualità e gli aspetti salutistici dei prodotti in favore di prezzi più bassi o promozioni, bensì hanno privilegiato la sicurezza personale e familiare anche attraverso la scelta di prodotti e brand con cui nel tempo hanno costruito un legame fiduciario forte e di retailer ed insegne “di cui potersi fidare”.

4. Le determinanti delle strategie “responsabili” dei retailer

Dai risultati delle indagini basate su dati primari e secondari si rileva che il settore retail ha dato prova di capacità attive e reattive svolgendo il suo ruolo economico e sociale e supportando anche a livello psicologico, funzionale, economico e relazionale i mercati e la società. L’interazione consapevole, l’ascolto, la collaborazione e la fiducia tra retailer e consumatori durante e dopo il lockdown hanno stimolato il network di valore centrato sul retail a reagire alle difficoltà e a valorizzare il concetto di responsabilità, nelle accezioni più complete ed aderenti ai trend internazionali. Le imprese coinvolte nell’ecosistema retail hanno reagito all’urto della “discontinuità” utilizzando le caratteristiche del network, fondate sulla collaborazione tra gli attori coinvolti, sulla capacità di adattamento, sulla dinamicità del management e sulla necessità di raggiungere risultati economici. Nei momenti di indeterminazione generati dalle restrizioni, il settore retail ha tutelato le persone, indipendentemente dal loro ruolo di dipendenti o clienti.

Dalla collaborazione tra più attori nel network di valore sono nati spunti utili ad integrare gli interessi dell’impresa al sostegno della società e degli stakeholder direttamente e indirettamente coinvolti. Le strategie per la produzione e distribuzione dei prodotti a marchio del distributore (MDD), ad esempio, hanno registrato risultati positivi (in quanto hanno confermato di essere prodotti preferiti e degni della fiducia del consumatore) e hanno sostenuto il settore e il network di valore che lo include, anche nei momenti più stressanti del lockdown.

Se da un lato queste condizioni sono state determinate dalla contingenza e dalla necessità, dall’altro hanno evidenziato peculiarità e caratteristiche già presenti e intrinseche nei network di valore (come la capacità di integrazione, di reazione al cambiamento, di mutualità e responsabilità nel rispetto degli accordi e delle relazioni) che, in un certo senso, confermano un trend mondiale già in atto che segnala l’esigenza di codificare le decisioni manageriali e definire specifiche determinanti di modelli strategici “responsabili” per il futuro. Tali determinanti si ritrovano nella capacità di reagire velocemente al cambiamento o alla discontinuità (capacità dinamiche), nella necessità di provvedere alla sopravvivenza delle imprese e del network che le comprende attraverso la generazione di un equilibrio economico (obiettivi economico-finanziari), nell’attenzione alla sicurezza ad ogni livello e per ogni soggetto coinvolto nelle attività di impresa internamente ed esternamente (sicurezza), nella responsabilità verso le società (responsabilità sociale), nell’inclusione reale negli assortimenti commerciali di beni e servizi coerenti a specifici bisogni dei consumatori

Nell'intento di rappresentare in modo sintetico il concetto di «responsabilità» da includere nelle strategie di sviluppo dei retailer, si presenta di seguito una tabella (Tabella 1) che inquadra le caratteristiche peculiari del concetto di «responsabilità» (determinanti) che si intende esprimere per il settore retail – già in parte attuato in molti casi di successo del retail management italiano durante il lockdown della primavera 2020.

Tabella 1. Determinanti delle strategie “responsabili”

Capacità dinamiche	Il concetto di capacità dinamiche è studiato in letteratura di management ed esprime la capacità delle imprese di percepire le dinamiche di contesto, organizzarsi per dimensionare la propria proposta di valore ed eventualmente, preparare le organizzazioni a modificarsi per sopravvivere alla complessità (Teece, 1997, 2007; Barney, 2014; Kozlenkova et al., 2014). Nel settore retail, è stato possibile rilevare l'esistenza di queste capacità sia nelle imprese della distribuzione commerciale che nel network di valore collegato. Numerose imprese logistiche ad esempio hanno adattato la realizzazione dei loro servizi, imprese di trasformazione hanno riorganizzato le loro produzioni e molti network di valore sono stati favoriti proprio da protocolli condivisi e modalità di gestione dei rapporti di impresa ormai consolidati, <i>basati sull'efficientamento delle relazioni e, per tale motivo, facilmente adattabili a situazioni di emergenza</i> . Le stesse imprese retail hanno manifestato capacità dinamiche quando hanno riorganizzato turni e ruoli dei dipendenti espandendo anche le loro mansioni, ad esempio potenziando la pulizia dei locali, sostenendo i clienti in coda all'esterno dei supermercati, favorendo gli ingressi e le uscite e distribuendo i dispositivi di prevenzione anche in situazioni in cui le norme ufficiali non erano molto chiare. La dinamicità e la capacità di adattamento dei manager e dei collaboratori hanno premiato le imprese retail più reattive
Obiettivi economico-finanziari	Ogni organizzazione economica ha obiettivi economico-finanziari che dovrebbero generare opportunità di sopravvivenza nel tempo. Certamente il settore retail ha concentrato gli sforzi per mantenere i livelli di fatturato e migliorare le performance. Particolarmente il comparto alimentare è stato favorito da queste condizioni in quanto il lockdown ha generato delle restrizioni tali da includere, necessariamente, il comparto distributivo alimentare tra le attività essenziali. Il settore retail nel periodo più critico del lockdown ha cercato di limitare eventuali perdite dovute agli squilibri della domanda (seppur lievi per il comparto alimentare) ed ha cercato di sostenere, nei limiti del possibile, le imprese coinvolte nel network di valore anche con specifici investimenti, ad esempio, nella logistica, nella digitalizzazione e nel commercio online. Alcuni retailer hanno utilizzato il surplus generato durante il lockdown per sostenere i dipendenti, le imprese fornitrici in difficoltà e, in alcuni casi, il territorio dal lato sociale.

Sicurezza È un elemento determinante che prima della crisi aveva un significato certamente rilevante ma, per il retail, aveva un significato molto centrato sul prodotto alimentare e sul suo percorso di produzione, trasformazione e vendita. Con il Covid-19 il concetto di sicurezza si ha assunto nuovi significati e, conseguentemente, nuove necessità di gestione. Si è passati da significati più noti come la sicurezza del prodotto (per esempio la sicurezza alimentare) a concetti più ampi come la sicurezza dell'individuo nelle sue relazioni e interazioni con l'offerta retail, sia esso cliente o dipendente. Prima del Covid-19 la tutela della salute del cliente aveva un focus molto forte sul prodotto distribuito e, marginalmente, sulla sicurezza nell'interazione con il cliente. Con la pandemia, l'interazione con il cliente nei punti vendita e, in generale, in qualsiasi tipo di contatto con esso, ha assunto un ruolo rilevante durante e dopo l'atto di acquisto che ha portato alla modifica di alcuni layout dei punti vendita e all'adattamento di alcuni momenti di interazione retail-cliente. I lavoratori del settore retail – siano essi direttamente o indirettamente coinvolti nei punti vendita – hanno avvertito la necessità di essere tutelati a livello più ampio e non solamente nelle strette pertinenze delle loro attività specifiche. La sicurezza dunque ha assunto significati nuovi e si è identificata come una forte componente delle strategie di sviluppo futuro del settore retail. Il punto vendita è diventato uno spazio che da percepire come un luogo sicuro e degno della fiducia del cliente. Quest'ultimo seleziona e in futuro selezionerà i retailer non solamente per i prezzi e per i prodotti distribuiti ma anche per la capacità che il distributore avrà di essere affidabile in tema di sicurezza.

Responsabilità sociale La responsabilità sociale è insita nel concetto di distribuzione commerciale soprattutto nel comparto alimentare. La distribuzione di beni alimentari, con specifico riferimento alla prossimità, è certamente un servizio sociale. La funzione economico-commerciale delle imprese retail e le interazioni con il network di valore che ne derivano sono elementi necessari che completano il contributo alla società nei termini più ampi.

Il lockdown ha portato alla luce numerosi casi di ulteriore collaborazione e solidarietà che hanno coinvolto il settore retail internamente – es. il supporto dei dipendenti in difficoltà e il sostegno alle imprese in crisi coinvolte nei network di valore, come ad esempio le imprese agricole – ma soprattutto esternamente, con il sostegno dei consumatori e dei territori, es. il supporto logistico gratuito per la distribuzione dei prodotti alimentari nei casi necessari o la fornitura alle organizzazioni umanitarie o, ancora, la collaborazione con le istituzioni territoriali per il supporto di imprese in crisi o famiglie in difficoltà economica. La pandemia ha avvicinato le imprese retail ma anche quelle indirettamente coinvolte ad occuparsi maggiormente delle aree territoriali e delle società che le vivono. I confini di impresa e le mission di ciascuno si sono fuse con le organizzazioni che nel territorio hanno cercato di portare conforto alle persone in difficoltà e, per tale motivo, i retailer hanno

collaborato con associazioni di volontariato e con organizzazioni che hanno supportato le comunità più fragili. Per il futuro dunque, il concetto di responsabilità sociale assumerà un ruolo quasi di regia nelle strategie di sviluppo in quanto la sensibilità dei consumatori nella generazione di fiducia per i retailer passerà anche per la capacità dei retailer di far percepire la fusione tra imprese del network e territorio.

Fonte: elaborazione degli Autori

La tabella evidenzia alcune scelte dei retailer e dei loro network di valore, dettate non solamente dalla necessità di perseguire un vantaggio competitivo ma, spesso, generate dall'esigenza di sostenere le comunità e le organizzazioni; sono emerse dunque scelte strategiche, capacità e competenze che hanno contribuito a generare un modello che, tra l'altro, conferma un trend mondiale basato sulla responsabilità e sul valore condiviso. Tali componenti potrebbero essere codificate e sistematizzate al fine di identificare specifici pilastri per la definizione e lo sviluppo di strategie di marketing e management per il futuro del retail, attivo in contesti sociali sempre più complessi.

5. Conclusioni

Il lavoro evidenzia la capacità di adattamento e reazione alle difficoltà che molti retailer hanno manifestato durante il lockdown; dall'analisi dei dati primari e secondari è emerso che, soprattutto in Italia, è presente un senso di responsabilità che ha rafforzato le connessioni tra imprese e le relazioni con i clienti. I network di valore e gli accordi già in essere nel settore retail hanno certamente favorito i processi di adattamento ma è stata la componente umana e sociale a contribuire a tali risultati; i dati delle rilevazioni effettuate sui consumatori hanno difatti evidenziato la fiducia accordata ai retailer, con specifico riferimento al comparto food.

L'allineamento di prospettive e l'esigenza di integrazione per rispondere alle dinamiche evolutive dei contesti sociali hanno stimolato lo sviluppo di network di valore che includono numerose imprese appartenenti a settori diversi che cooperano per lo sviluppo di progetti complessi ed integrati (partnership); tali progetti caratterizzano il moderno retail e lo qualificano come un ecosistema di servizi (Sansone et al. 2018) che contribuisce a coinvolgere e condizionare la società dei consumi. Queste partnership sono basate su relazioni consolidate, fiducia e responsabilità di ciascuno degli

attori coinvolti ma anche su accordi e protocolli di produzione, di gestione della filiera, di coordinamento dei flussi informativi e delle merci e di qualità dei prodotti e dei servizi fino al cliente finale. La marca del distributore (MDD), ad esempio, rientra tra i progetti strategici più sviluppati dai network di valore del settore retail che si sintetizzano nella distribuzione di prodotti a marchio del retailer, realizzati da partner di fiducia appartenenti ai settori industriale e/o agricolo. Proprio in questi network si materializzano partnership strategiche e «responsabili» che, in unico progetto, riescono frequentemente a definire ognuna delle determinanti presentate in Tabella 1.

Con tutti i limiti emergenti dalle prospettive di ricerca e dalle intenzioni strategiche delle imprese, è confermata una tendenza globale ad assumere una maggiore responsabilità sociale da parte delle imprese e, soprattutto, un'attenzione all'impatto che le decisioni strategiche generano sull'ambiente e sulla società.

MARCELLO SANSONE, ROBERTO BRUNI,
ANNARITA COLAMATTEO, MARIA ANNA PAGNANELLI
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

Bibliografia

ANDERSON L., OSTROM A.L., CORUS C., FISK R.P., GALLAN A.S., GIRALDO & SHIRAHADA K. (2013), *Transformative service research: An agenda for the future*, in *Journal of Business Research*, 66(8), pp. 1203-1210.

AREA STUDI MEDIOBANCA (2020), *Impatto della pandemia Covid-19 sui dati 1H 2020 delle multinazionali industriali mondiali e delle società industriali e di servizi del FTSE MIB*.

BARNEY J.B. (2014), *Gaining and sustaining competitive advantage*. Pearson higher ed.

CARROLL A.B. (1999), *Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct*. *Business & society*, 38(3), 268-295.

IRI (2020), *La spesa per largo consumo nella fase acuta della crisi*.

ISTAT (2020), *Report: Le spese per i consumi delle famiglie*.

KOZLENKOVA I.V., SAMAHA S.A., & PALMATIER R.W. (2014), *Resource-based theory in marketing*, in *Journal of the Academy of Marketing Science*, 42(1), pp. 1-21.

PORTER M.E. & KRAMER M.R. (2006), *The link between competitive advantage and corporate social responsibility*, in *Harvard business review*, 84(12), pp. 78-92.

SANSONE M., BRUNI R., COLAMATTEO A. & PAGNANELLI M.A. (2017), *Dynamic capabilities in retailers' marketing strategies: Defining an analysis model*. *Mercati & Competitività*.

SANSONE M., BRUNI R., COLAMATTEO A. & PAGNANELLI M.A. (2018), *Service ecosystem perspective in the retail industry*, in *Sinergie Italian Journal of Management*, 107(Sep-Dec), pp. 49-64.

TEECE D.J., PISANO G. & SHUEN A. (1997), *Dynamic capabilities and strategic management*, in *Strategic management journal*, 18(17), pp. 509-533.

TEECE D.J. (2007), *Explicating dynamic capabilities: the nature and microfoundations of (sustainable) enterprise performance*, in *Strategic management journal*, 28(13), pp. 1319-1350.

Business Roundtable 2019 (<https://www.businessroundtable.org/>)

L'ECONOMIA ITALIANA AI TEMPI DEL COVID-19

1. Introduzione - 2. Prima della pandemia, una doppia recessione -3. Covid-19 e la risposta del governo - 4. Le nuove linee guida per il bilancio pubblico 2021-23 - 5. Il Patto di Stabilità e Crescita - 6. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e la manovra 2021-2023 - 7. Le previsioni per il 2020-22 - 8. Come finanziare la ripresa? - 9. Conclusioni

1. Introduzione

L'Italia è stato il primo Paese europeo a subire gli effetti dell'epidemia da Covid-19, e il rapido aumento nei decessi – insieme alla congestione nelle strutture ospedaliere in alcune aree – ha spinto il governo ad adottare una strategia di contenimento basata sulla chiusura (lockdown) delle attività economiche non essenziali, con un inevitabile impatto (asimmetrico) sul livello del reddito e della produzione.

Dopo i primi casi riportati alla fine di gennaio 2020, il governo alla fine del mese successivo ha introdotto una chiusura locale delle attività economiche nelle zone colpite, estendendo le misure di contenimento all'intero Paese nelle prime settimane di marzo. La riapertura è iniziata in giugno, anche se alcune attività di servizi – dove il distanziamento sociale è difficile da implementare – sono ancora limitate al momento in cui scriviamo (ottobre 2020).

Di conseguenza, era lecito attendersi una caduta nei livelli dell'attività economica nel primo trimestre del 2020, e una caduta ancora più sostenuta nel secondo trimestre. I dati pubblicati in agosto dall'Istat hanno infatti riportato un calo del PIL reale del 5,6 percento su base annua, e un crollo senza precedenti del 17,7 percento nel primo e nel secondo trimestre, rispettivamente.

Con la graduale riapertura della maggior parte delle attività nel terzo trimestre ci si aspetta una ripresa, anche se è difficile valutarne la portata. In Tabella 1 riportiamo le più recenti proiezioni per il 2020 e il 2021, insieme alle nostre previsioni che verranno discusse in seguito.

Il dibattito politico sembra ora concentrarsi su quanto si possa realizzare con i fondi europei, che dovrebbero essere disponibili a partire dal 2021 e negli anni successivi, sotto forma sia di prestiti che di finanziamenti a fondo perduto, in un ammontare molto più elevato rispetto ai precedenti programmi

europei di finanziamento. Tuttavia, il ministro delle Finanze italiano ha di recente dichiarato¹ che la riduzione del debito pubblico continuerà ad essere una priorità non appena l'epidemia si sarà esaurita, facendo intendere che i fondi europei saranno usati per il sostegno dell'economia, ma le maggiori spese finanziate con tali fondi saranno almeno in parte compensate da tagli su altre voci di spesa. Se questa sarà la linea adottata dal governo, l'effetto netto dei fondi europei sul PIL e sul reddito nazionale sarà molto inferiore rispetto ad altri Paesi europei che ne beneficeranno.

Tabella 1. Italia. Proiezioni del PIL reale 2020-2021

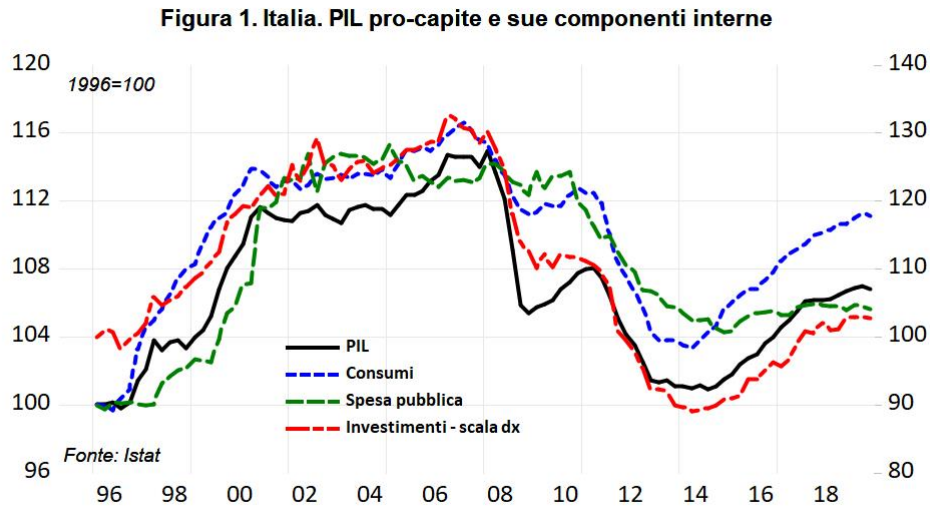
	Fonti	2020	2021
Oecd (giugno) - single hit	Oecd (2020)	-11,3	7,7
Oecd (giugno) - double hit		-14,0	5,3
Oecd (settembre)	Oecd (2020b)	-10,5	5,4
Commissione Europea (luglio)	European Commission (2020)	-11,0	6,0
FMI (giugno)	IMF (2020)	-12,8	6,3
Banca d'Italia (luglio)	Bank of Italy (2020)	-9,5	4,8
Istat (luglio)	Istat (2020)	-8,3	4,6
Confindustria (ottobre)	CSC (2020)	-10,0	4,8
Nostre proiezioni		-12,1	6,8

Nella prossima sezione discuteremo brevemente di come l'Italia abbia cercato, senza successo, di riprendersi dalla Grande Recessione (GR) del 2009: il PIL reale alla fine del 2019 – prima dell'inizio della pandemia – era ancora del 5 per cento inferiore al picco precedente, registrato all'inizio del 2008.

Successivamente illustreremo l'impatto della chiusura delle attività economiche attuata per rallentare la diffusione del Covid-19, e i dati finora disponibili per valutare la ripresa nel terzo trimestre del 2020. Discuteremo inoltre le misure prese dal governo per ridurre l'impatto della chiusura sui redditi di lavoratori ed imprese, su cui baseremo le nostre proiezioni per il 2020-22.

Infine, discuteremo come effettuare una previsione economica in un periodo caratterizzato da totale incertezza dovuta ad uno shock di grandi dimensioni e senza precedenti storici, proponendo uno

¹ 15 Settembre 2020, Audizione alle Commissioni riunite di Bilancio e finanze https://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/articoli/2019_2023-Roberto_Gualtieri/documenti/article_00078.pdf.



stimolo di politica fiscale che contribuisca a sostenere la ripresa dell'economia, senza portare il debito pubblico su un sentiero insostenibile rispetto al PIL.

2. Prima della pandemia, una doppia recessione

Nella figura 1 abbiamo riportato la dinamica del PIL reale e delle sue componenti, a partire dal 1996 (primo anno in cui sono disponibili le nuove serie trimestrali).

Abbiamo ommesso i dati per il 2020, che verranno discussi più avanti, anche perché il crollo del PIL comporta un drastico cambiamento nella scala del grafico.

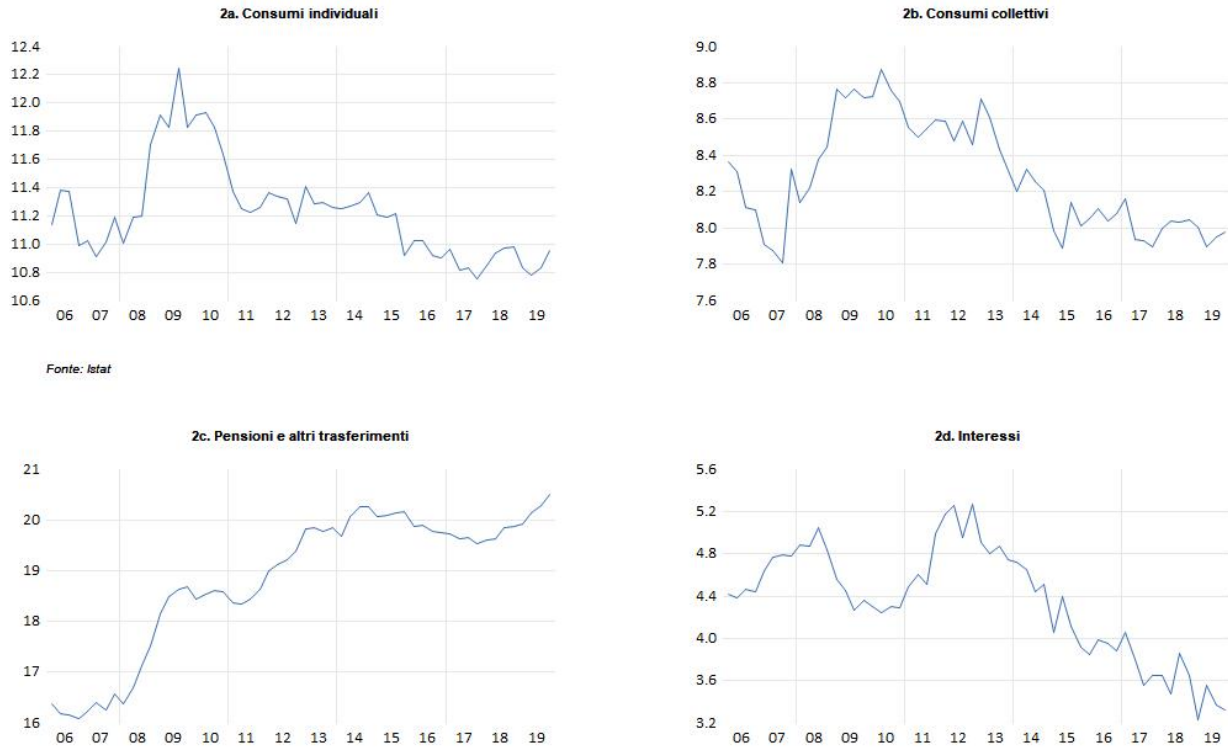
Come discusso in Cesaratto e Zezza (2019), il declino dell'Italia negli ultimi trent'anni ha diverse radici. La svolta verso un nuovo regime di politica monetaria, orientata in senso più restrittivo, può essere ricondotta al 1979, quando il governo decise di aderire al Sistema Monetario Europeo (SME) prima, e all'Unione Monetaria Europea poi, sottoscrivendo le regole fiscali previste dal Trattato di Maastricht, che hanno orientato la politica economica del Paese nei vent'anni che precedono la Grande Recessione.

Riforme del mercato del lavoro che puntavano ad aumentarne la flessibilità, insieme a misure di austerità fiscale tese a contenere l'inflazione e ridurre il deficit pubblico, contribuirono alla convergenza

verso i criteri di Maastricht: il tasso di inflazione si ridusse – anche se non a sufficienza rispetto ad alcuni Paesi partner (la Germania in particolare) verso i quali rimase un differenziale di prezzo che ha contribuito all'allargamento di squilibri commerciali. Anche i tassi di interesse si ridussero, sia per la discesa globale dei tassi di inflazione, sia per il passaggio ad una unica politica monetaria restrittiva con l'entrata nell'euro. Queste politiche, però, determinarono una stagnazione della domanda interna, e un rallentamento nella crescita della produttività.

Secondo Storm (2019), tuttavia, il vincolo esterno non è l'unico responsabile della crisi strutturale dell'economia italiana. «La crisi permanente dell'Italia è una ferita auto-inflitta, una storia di distruzione dall'interno»: da un lato molti economisti italiani hanno suggerito interventi di austerità fiscale (Alesina, Favero, & Giavazzi, 2019) e la deregolamentazione del mercato del lavoro (Boeri, Ichino, Moretti, & Posch, 2019) nella speranza che avrebbero avuto effetti espansivi nel medio periodo; dall'altro, gruppi di pressione e partiti politici hanno usato Bruxelles e l'Unione Europea come capri espiatori su cui scaricare la responsabilità di riforme da loro desiderate, ma che non avrebbero avuto il supporto dagli elettori.

Figura 2. Italia. Componenti principali delle uscite del settore pubblico (% del PIL)



Prima dell'inizio della pandemia, alla fine del 2019, il PIL reale pro-capite era ancora inferiore del 7 per cento rispetto al massimo raggiunto all'inizio del 2008. L'impatto della GR in Italia è stato leggermente più intenso rispetto alle altre principali economie europee: il PIL reale² si ridusse del 7,9 per cento tra il primo trimestre del 2008 e il secondo trimestre del 2009 (prima della ripresa nel terzo trimestre del 2009), rispetto ad una caduta del 7,2, 6,2 e 5,3 per cento per la Germania, la Spagna e la Francia, rispettivamente. Paesi con una maggiore dipendenza dalle esportazioni, come Italia e Germania, subirono maggiormente gli effetti della GR anche quando – come nel caso dell'Italia – il settore finanziario non registrò subito perdite ingenti nel valore delle attività finanziarie in portafoglio.

Mentre l'Italia aveva avviato una timida ripresa, una nuova recessione ebbe inizio nell'ultimo trimestre del 2011, in una fase poi definita "Crisi dei debiti sovrani". La recessione fu innescata dalla reazione delle istituzioni dell'Eurozona alla crisi del debito pubblico in Grecia. Papandreou, dopo il suo insediamento come Primo ministro, alla fine del 2009 ammise che il debito pubblico della Grecia

² Ci riferiamo al PIL reale rispetto alla popolazione attiva, come riportato dall'Eurostat.

era molto superiore a quanto riportato dal governo precedente. Le istituzioni europee chiesero l'implementazione di un piano di austerità in cambio di un supporto finanziario al governo greco, e i mercati finanziari europei capirono che anche gli altri Paesi dell'Eurozona con debiti pubblici elevati, come la Spagna e l'Italia, non avrebbero avuto il sostegno della Banca Centrale Europea (BCE) in caso di crisi, ed il rischio per questi Paesi di diventare insolventi non poteva essere escluso. Nell'agosto del 2011, il presidente uscente della BCE Trichet firmò insieme a Draghi, presidente entrante, una lettera al Primo ministro italiano Berlusconi in cui si chiedeva l'introduzione di misure di austerità e riforme del mercato del lavoro. Una lettera simile fu spedita al Primo Ministro spagnolo nello stesso periodo.

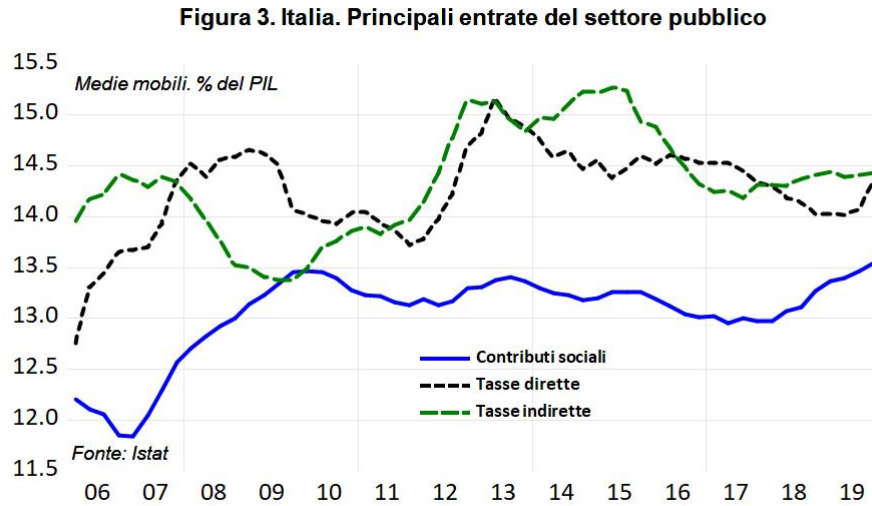
Berlusconi si dimise poco dopo, e un nuovo governo guidato da Monti diede avvio ad un periodo di austerità fiscale e riforme del mercato del lavoro e delle pensioni che, come egli stesso ammise alcuni anni più tardi, determinarono un crollo della domanda interna³.

I dati riportati in Figura 2 mostrano che entrambe le componenti della spesa pubblica – i consumi individuali e quelli collettivi – diminuirono progressivamente in rapporto al PIL, con un effetto pro-ciclico. Questo effetto fu solo in parte compensato dall'aumento nei pagamenti per pensioni e trasferimenti (Figura 2c), ma la spesa pubblica ha un effetto moltiplicativo maggiore rispetto ai trasferimenti, e quindi questa modifica nella composizione delle uscite del settore pubblico ha ridotto, complessivamente, l'efficacia della politica fiscale.

Nella Figura 2d riportiamo la spesa del settore pubblico per interessi, in rapporto al PIL. Con l'inizio della "crisi dei debiti sovrani" questa componente di spesa aumentò, dato l'aumento nello spread tra i titoli pubblici italiani e gli analoghi titoli tedeschi. Con l'inizio del programma di acquisti di titoli pubblici da parte della BCE la spesa per interessi è diminuita costantemente.

In Figura 3 riportiamo le principali componenti delle entrate del settore pubblico. Le imposte dirette e i contributi sociali aumentarono, in percentuale del PIL, durante la GR, e questo implica che anche dal lato delle imposte la politica fiscale fu pro-ciclica. Le tasse aumentarono anche dopo il 2011, come una delle componenti dei programmi di austerità.

³ «We are actually destroying domestic demand through fiscal consolidation» (M. Monti, intervistato dalla CNN, 20 maggio 2012, <http://transcripts.cnn.com/TRANSCRIPTS/1205/20/fzgps.01.html>).

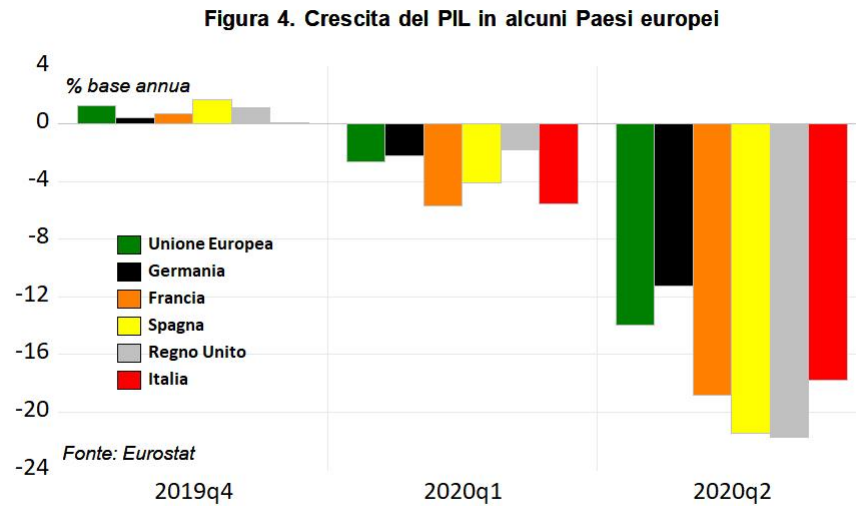


Le famiglie italiane cercarono di ridurre l’impatto sui consumi della GR (Figura 1) aumentando la quota del reddito disponibile destinata alla spesa: i risparmi delle famiglie scesero dal 14 al 10 per cento del reddito disponibile tra il 2008 e il 2011. I consumi, tuttavia, diminuirono in modo sostanziale durante la “crisi dei debiti sovrani”, con un tasso di risparmio stabile. Alla fine del 2019, i consumi reali pro-capite erano ancora inferiori del 4,7 per cento rispetto al picco precedente del 2007.

Gli investimenti si ridussero notevolmente, e si ripresero in misura inferiore, in percentuale del PIL (Figura 1). A subire il maggiore impatto sono stati gli investimenti in costruzioni, con una riduzione dal 12 per cento del PIL nel 2007 all’8 per cento nel 2019. Gli investimenti in macchinari ecc. diminuirono tra il 2008 e il 2013, ma hanno successivamente registrato una ripresa, anche se non hanno ancora raggiunto il picco precedente, del 2002.

È utile sottolineare come la dinamica degli investimenti sia scollegata, in anni recenti, dalla dinamica degli utili non distribuiti. I profitti del settore produttivo privato non finanziario sono aumentati progressivamente dal 2008, senza far registrare un analogo aumento negli investimenti, tanto da portare il settore in una posizione creditoria netta a partire dal 2012. I profitti d’impresa devono essere stati utilizzati per investimenti finanziari, piuttosto che per aumentare lo stock di capitale produttivo.

Le esportazioni di beni e servizi subirono un forte colpo dalla GR, ma recuperarono rapidamente, in percentuale del PIL, e sono aumentate stabilmente senza subire le conseguenze della “crisi dei debiti



sovrani”. Le esportazioni di merci erano pari a circa il 25 per cento del PIL alla fine del 2019 (in aumento dal 22 per cento del 2008) e le esportazioni di servizi avevano raggiunto il 6 per cento del PIL, partendo dal 5,2 del 2008.

La crescita stagnante della domanda interna, unita ad una buona performance delle esportazioni, ha implicato un forte miglioramento nella bilancia delle partite correnti dell’Italia, che è tornata in attivo nel 2012, ed ha fluttuato tra il 2 e il 3 per cento del PIL tra il 2014 e il 2019.

Questi sviluppi nelle componenti della domanda aggregata, insieme alle misure di austerità fiscale, hanno contribuito ad un allargamento dei divari regionali in Italia. La maggior parte delle imprese esportatrici è infatti collocata nelle regioni del Nord, mentre nel Mezzogiorno la domanda interna (e l’industria delle costruzioni) ha un ruolo relativamente più importante. L’Italia pre-Covid aveva quindi urgente bisogno sia di uno stimolo alla domanda, sia di politiche tese a correggere gli squilibri territoriali.

3. Covid-19 e la risposta del governo

I primi casi di Covid-19 in Italia sono stati segnalati il 31 gennaio 2020: primo Paese occidentale a registrare l’inizio dell’epidemia. Il conto dei decessi in Italia è salito rapidamente oltre 27mila alla fine

di aprile. Il 23 febbraio il Primo Ministro ha firmato il primo di una lunga serie di decreti amministrativi (d.P.C.M.) che definiva le “zone rosse” in Lombardia. A marzo il governo ha esteso la chiusura completa delle attività produttive non essenziali all'intero Paese, con l'inizio della “Fase 1” che ebbe termine in maggio, quando il governo iniziò gradualmente ad eliminare alcune restrizioni.

Anche se i Paesi europei non hanno agito simultaneamente, ed hanno a volte seguito strategie di contenimento dell'epidemia diverse tra loro, l'impatto economico della pandemia è stato simile, come documentato nella Figura 4. Se l'Italia ha fatto registrare il calo maggiore del PIL nel primo trimestre del 2020, altri Paesi hanno avuto cali maggiori nel secondo trimestre. In ogni caso, l'impatto economico dello shock sul PIL è senza precedenti.

Nel secondo trimestre del 2020 la domanda interna è crollata del 9,7 per cento, dato un calo dell'8,7% nei consumi e del 14,9% negli investimenti, mentre le esportazioni nette si sono ridotte del 2,4%, a seguito di un calo del 26,4% delle esportazioni, e del 20,5% nelle importazioni. È il calo più forte mai registrato: a titolo di confronto, nel primo trimestre 2009 della GR il PIL scese “solo” del 2,8 per cento.

L'Istat (2020) riporta che il 45 per cento delle imprese ha sospeso le attività tra marzo e maggio 2020 a seguito delle disposizioni governative, con una percentuale più alta per le piccole e medie imprese. Tuttavia, circa un terzo delle imprese, prevalentemente di grandi dimensioni, è rimasto aperto durante la crisi, per un valore di oltre il 60 per cento della produzione nazionale complessiva.

L'indice della produzione industriale ha toccato il suo minimo storico in aprile (a 59,4), per le chiusure conseguenti alle misure anti-pandemia. Tra aprile e giugno, il valore aggiunto è caduto in tutti i settori industriali: del 22% nelle costruzioni, del 19,8% nell'industria in senso stretto, e dell'11% nei servizi. I dati mensili provvisori disponibili mostrano una parziale ripresa durante l'estate, con molta eterogeneità tra i settori.

Anche a seguito del crollo nella domanda interna, l'indice dei prezzi al consumo in agosto ha fatto segnare una riduzione dello 0,5% su base annua, ma un aumento dello 0,3% rispetto a luglio. La deflazione è dovuta anche al calo nei prezzi dell'energia, e nei prezzi dei servizi legati ai trasporti, mentre gli indici di prezzo dei beni alimentari sono aumentati nell'estate, anche se in misura più contenuta rispetto all'inizio della pandemia.

Oltre ai provvedimenti direttamente legati al controllo della pandemia, tra aprile ed agosto il governo ha emanato una serie di decreti⁴ tesi a sostenere il Servizio Sanitario Nazionale (SSN), le famiglie e le imprese, per un importo di spesa aggiuntiva prevista di poco superiore ai 100 miliardi di euro per l'intero 2020. È bene sottolineare che solo le risorse collegate al primo d.P.C.M. sono state già spese, utilizzando fondi liquidi già disponibili presso il Tesoro, mentre la maggior parte degli altri decreti stanno passando alla fase attuativa con grande lentezza: su 165 d.P.C.M., meno del 20 per cento è stato ad oggi adottato⁵. Inoltre, quasi tutte le misure introdotte si riferiscono solo al bilancio 2020: le spese addizionali previste per il 2021-22 sono in gran parte collegate alla abolizione delle clausole di salvaguardia sull'IVA, che si prevedeva sarebbero state implementate nel 2021 e 2022. Il dettaglio di come ciascuna misura modificherà il bilancio del settore pubblico è riportato in Tabella 2.

Tabella 2. Impatto delle singole misure sui conti pubblici (miliardi euro)					
	2020	2021	2022		
d.l. Cura Italia (netto)	19.9	/	/		
Servizio Sanitario Nazionale	3.2	/	/		
Famiglie	9.6	/	/		
- <i>Cassa integrazione guadagni</i>	3.4	/	/		
- <i>Bonus lavoratori autonomi</i>	3.6	/	/		
- <i>Altro</i>	2.8	/	/		
Imprese	6.2	/	/		
Trasferimenti agli Enti locali	0.8	/	/		
d.l. Rilancio (netto)	55.3	26	34.6		
Servizio Sanitario Nazionale	5	0.6	1.6		
Famiglie	19	/	/		
- <i>Cassa integrazione guadagni</i>	11	/	/		
- <i>Bonus lavoratori autonomi</i>	4.2	/	/		
- <i>Altro</i>	3.8	/	/		
Imprese	17	4.7	1.5		
Pubblica amministrazione	7	1.1	0.6		
- <i>Trasferimenti agli Enti locali</i>	6	/	/		
- <i>Scuola e università</i>	1	1.1	0.6		

⁴ Cfr. d.l. 17 marzo 2020, n. 18; d.l. 8 aprile 2020, n. 23; d.l. 19 maggio 2020, n. 34; d.l. 14 agosto 2020, n. 104.

⁵ Per informazioni sulla adozione dei d.P.C.M. si veda <http://www.programmagoverno.gov.it/it/>.

Interessi sulle emissioni di debito aggiuntivo	0.3	1.5	2.1
Abolizione delle clausole di salvaguardia sull'IVA (-)	/	19.8	26.7
Esenzioni fiscali (-)	6.5	1.3	1.8
d.l. Agosto (netto)	24.9	5.3	0.8
Servizio Sanitario Nazionale	0.5	/	/
Famiglie	6.6	2.2	0.4
- <i>Cassa integrazione guadagni</i>	4.7	1.2	/
- <i>Altro</i>	1.9	1	0.4
Imprese	2.2	3.2	/
Pubblica amministrazione	6.5	3.1	1.9
- <i>Trasferimenti agli Enti locali</i>	5.5	2.2	1.9
- <i>Scuola e università</i>	1	0.9	/
Interessi sulle emissioni di debito aggiuntivo	/	0.4	0.5
Esenzioni fiscali (-)	9	-3.6	-2
<i>Indebitamento netto (aggiuntivo)</i>	100,1	31.3	35.4

L'importo atteso dello stimolo fiscale per il 2020, a circa 100 miliardi di euro, si aggira sul 5 per cento del PIL nel 2019, ed è quindi inadeguato se, come discuteremo più avanti, il PIL del 2020 cadrà di oltre il 10 per cento rispetto all'anno precedente. Inoltre, come già specificato, ad oggi (ottobre 2020), solo il 20 per cento delle previsioni di spesa è stato già effettivamente utilizzato.

Una parte del pacchetto di stimoli approvato dal governo ha preso la forma di crediti fiscali, disponibili per *a)* finanziare la mobilità sostenibile (biciclette elettriche, ecc.) per ridurre le emissioni, e la congestione dei servizi pubblici urbani durante la pandemia; *b)* per vacanze, per ridurre l'impatto della crisi sulle attività legate al turismo; e *c)* per la ristrutturazione degli edifici tese ad aumentare la loro efficienza energetica, e/o le proprietà anti-sismiche. Quest'ultima tipologia di credito fiscale, pari al 110 per cento delle spese effettuate, può essere trasferita o scontata in banca da parte delle imprese che hanno bisogno di liquidità, ed è allo studio un sistema per allargare le possibilità di trasferimento di tali crediti fiscali. Se tale sistema fosse implementato, porrebbe le basi per una tipologia di "moneta fiscale" che alcuni di noi hanno da tempo proposto (Amato et al. 2016) per introdurre un grado di libertà nella politica fiscale, fortemente limitata dalle regole del Trattato di Maastricht. Al momento,

tuttavia, la dimensione di questo programma è troppo piccola per avere efficacia dal punto di vista macroeconomico (per quanto ci si augura che possa rilanciare l'industria delle costruzioni), ma può essere un banco di prova per iniziative simili di portata più ampia.

Inoltre, il successo di una politica fiscale espansiva basata sui crediti d'imposta richiede che il beneficiario di tali crediti sia in regola con i propri obblighi fiscali. La necessità di bilanciare la spesa pubblica con il prelievo fiscale, in presenza di un debito pubblico in aumento, ha comportato negli anni un inasprimento del carico fiscale, in particolare per le piccole e medie imprese, che ha probabilmente contribuito ad un aumento dell'evasione e dell'elusione delle imposte. Per questo motivo, i crediti fiscali come strumento di pagamento sono visti con sospetto dalle imprese non in regola, e una loro accettazione su vasta scala richiederebbe una riforma complessiva del prelievo fiscale.

Un'altra tipologia di intervento a sostegno delle imprese ha preso la forma di garanzie pubbliche sui crediti bancari. I dati disponibili per la prima metà del 2020 mostrano che tali provvedimenti sono stati efficaci, in termini di aumento del credito: le imprese hanno infatti attuato una politica di riduzione del loro indebitamento, a partire dal picco raggiunto nel 2008, facendo registrare una riduzione netta dei loro debiti fino al 2019, mentre nel 2020 i nuovi prestiti ottenuti hanno superato i rimborsi. L'effetto sugli investimenti di questo nuovo flusso di crediti non è però ancora visibile nei dati.

La politica monetaria ha fatto del suo meglio per sostenere sia le istituzioni finanziarie che la domanda di titoli del debito pubblico, in una fase in cui ci si aspettava che tutti i governi della zona euro avessero necessità di aumentare la spesa pubblica per far fronte all'emergenza sanitaria, e dovessero quindi reperire fondi sui mercati. Per lo stesso motivo, i patti di stabilità relativi alle soglie massime di indebitamento pubblico sono stati sospesi.

La BCE ha annunciato in aprile un nuovo round di prestiti al sistema bancario (Long Term Refinancing Operations, LTRO) e, in marzo, ha avviato un programma straordinario legato alla pandemia (Pandemic Emergency Purchase Program, PEPP) che, insieme al programma già avviato di acquisto di titoli pubblici (Public Sector Purchase Program, PSPP) è destinato all'acquisto di titoli pubblici e privati emessi da istituzioni europee, per un totale di 1.350 miliardi di euro. Si prevede che la sottoscrizione di questi titoli continuerà almeno fino al 2023. Alla fine di giugno 2020, lo stock complessivo di debiti pubblici nel bilancio della BCE ammontava a 2.350 miliardi di euro, di cui 399 miliardi di titoli italiani.

Con il sostegno alla domanda di titoli da parte della BCE, e anche grazie al tasso di interesse negativo sulle riserve presso la BCE, il governo italiano è riuscito a finanziarsi a breve termine a tassi negativi nell'estate del 2020.

In aggiunta alle immissioni di liquidità da parte della BCE, la Commissione Europea ha proposto alcune iniziative di finanziamento a sostegno delle famiglie e delle imprese nella UE: 1) il fondo SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) mirato specificamente ai disoccupati; 2) finanziamenti alle imprese da parte della Banca Europea degli Investimenti (BEI); 3) una nuova linea di credito del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) orientata esclusivamente alle spese sanitarie legate alla pandemia (*Pandemic Crisis Support*); 4) un piano di investimenti da finanziare in parte tramite il bilancio della Commissione, ed in parte tramite l'emissione da parte della Commissione di titoli europei. Quest'ultimo piano, prima denominato *Recovery Fund* e successivamente *Next Generation EU* era previsto a luglio 2020 per un ammontare di 750 miliardi di euro per l'intera UE, ma già durante le contrattazioni in agosto si discuteva della possibilità di ridurli a 500 miliardi. I governi europei dovrebbero presentare i loro progetti, da finanziare tramite questo fondo, entro la fine di ottobre, ma un piano dettagliato, nel momento in cui scriviamo (ottobre 2020) non è ancora stato presentato o discusso in pubblico.

4. Le nuove linee guida per il bilancio pubblico 2021-23

La programmazione di bilancio per il triennio 2021-23 del governo, contenuta nella Nota di Aggiornamento al Documento di Economia e Finanza (NADEF) e presentata in ottobre dal ministro Gualtieri⁶, è definita alla luce dei fondi messi a disposizione del piano europeo di aiuti NGEU di cui sopra.

Uno dei pilastri del pacchetto è rappresentato dal Recovery and Resilience Facility (RRF), un fondo da oltre 650 miliardi di euro suddivisi tra prestiti e sovvenzioni da utilizzare nei primi anni della ripresa. Nelle parole del Governo, il dibattito in seno alle istituzioni europee ha confermato l'intenzione

⁶ http://www.dt.mef.gov.it/modules/documenti_it/analisi_programmazione/documenti_programmatici/na-def_2020/NADEF_2020_Pub.pdf.

di mantenere una politica fiscale espansiva anche nel 2021, tramite politiche «auspicabilmente selettive e temporanee» (p. 67). Le risorse della RRF che dovrebbero essere destinate all'Italia sono stimate in 193 miliardi, di cui 65.4 miliardi di sovvenzioni e fino a 127.6 miliardi di prestiti.

L'obiettivo di indebitamento netto nominale (sul PIL) fissato dal Governo per il triennio scenderebbe dal 7% del 2021, al 4.7% nel 2022 per tornare alla soglia del 3% già nel 2023. Gli interessi passivi si prevedono scendere al 3.1% del PIL, mentre si tornerebbe ad un avanzo primario dello 0.1% del PIL già nel 2023. Il saldo strutturale netto è previsto migliorare di 1.2 punti di PIL all'anno lungo il triennio, per arrivare al -3.5% al 2023, confermando altresì l'intenzione di raggiungere l'Obiettivo di Medio Termine (OMT) negli anni successivi.

Per finanziare la manovra, che è ancora in corso di definizione, il Governo intende muoversi lungo cinque direttive: 1) rimodulazione di spesa e investimenti; 2) revisione e/o eliminazione di sussidi dannosi dal punto di vista ambientale; 3) incrementi di gettito derivanti dalla lotta all'evasione e legati all'utilizzo di pagamenti elettronici; 4) gettito addizionale derivante dalla crescita indotta dagli investimenti (per il 2022 e 2023) e; 5) utilizzo delle risorse del RRF⁷.

5. Il Patto di Stabilità e Crescita

L'impostazione di politica economica *austera* – iniziata come detto da Monti nel 2012 – è rimasta pressoché invariata nei primi due anni di legislatura, rispettando solo in parte le raccomandazioni della Commissione riguardo le regole del Patto di Stabilità e Crescita (PSC). Ciononostante, la regola del debito, così come quella del deficit, non risulta rispettata per il 2018-19 e, ovviamente, anche per il 2020. È presumibile infine che la Commissione, nella prossima valutazione di aprile 2021, richiederà al Governo di illustrare i fattori rilevanti che giustifichino lo scostamento dai parametri del PSC.

La tendenza al ridimensionamento del bilancio è stata – fortunatamente, si fa per dire – interrotta dall'incorrere dell'emergenza pandemica: l'insieme degli interventi introdotti dal Governo per reagire

⁷ Il Governo ipotizza il pieno utilizzo dei grants, mentre i prestiti solo se compatibili con gli obiettivi di (consolidamento del) bilancio.

alla crisi ha comportato maggior indebitamento per 100 miliardi di euro, pari al 6.1% del PIL, portando l'indebitamento netto strutturale previsto per il 2020 al 10.8% del PIL.

In marzo, la Commissione ed il Consiglio europeo hanno deciso di attivare la clausola di salvaguardia del PSC consentendo, temporaneamente, ai paesi membri di deviare dal percorso di avvicinamento al OMT – «a condizione che la sostenibilità di bilancio di medio termine non ne fosse compromessa». La Commissione ha altresì sottolineato più volte come la clausola non sospenda l'applicazione del PSC, né le altre procedure di sorveglianza fiscale relative al semestre europeo. Infine, ed anche abbastanza incredibilmente, le misure a sostegno dell'economia adottate nel 2020 saranno classificate come strutturali ai fini del monitoraggio europeo – a valere quindi sul saldo di bilancio strutturale – sebbene, come sottolineato in precedenza, la stragrande maggioranza delle misure sia stata *espressamente di natura temporanea* (CIG, bonus 600 euro, blocco licenziamenti, assunzioni temporanee nel sistema sanitario).

Nella sua relazione sulle politiche di bilancio degli stati UE presentato a luglio⁸ ex art. 126, comma 3, TFUE, la Commissione ha sottolineato come il disavanzo dell'Italia per il 2020 sia risultato *eccessivo* – nonostante la pandemia e la recessione rappresentino *fattori attenuanti*. Di conseguenza, non è stata aperta alcuna procedura d'infrazione.

Per il biennio 2022-23 il Governo prospetta una sostanziale aderenza alle regole del PSC, vedendo meno gli interventi emergenziali, e dispiegandosi altresì gli effetti del piano di investimenti europei – che peseranno sui saldi di bilancio per la sola componente relativa ai prestiti. Il Governo stima, infine, che l'*output gap* si chiuda entro il 2022, risultando positivo nel 2023⁹.

Il Governo – che già in occasione del DEF2020 si era impegnato a ricondurre il rapporto debito/PIL verso la media UEM nel prossimo decennio – ha riconfermato la sua strategia: aumentare l'avanzo primario in un contesto di crescenti (?) investimenti pubblici e privati (?), così da ricondurre il rapporto debito/PIL entro il sentiero delineato dall'OMT.

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0535&from=IT>.

⁹ L'*output gap* è una misura della deviazione del PIL dal cosiddetto PIL potenziale, che è stata introdotta nella legislazione dell'Unione Europea per valutare se un Paese si trovi in una situazione di crisi, e quindi si possano consentire interventi straordinari sul bilancio pubblico a sostegno dell'economia. Un *output gap* positivo – nel modello ITEM, così come in quelli utilizzati dalla Commissione Europea – indica rischi di inflazione.

6. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e la manovra 2021-2023

Le linee guida relative al PNRR, recentemente definite in ambito europeo nell' *Annual Sustainable Growth Strategy 2021*, pongono quattro dimensioni di sviluppo: *a)* sostenibilità ambientale; *b)* produttività; *c)* equità e, infine, *d)* stabilità macroeconomica. Inoltre, la Commissione ha indicato le aree in cui presentare i progetti: I) green energy e fonti rinnovabili; II) efficientamento energetico degli immobili pubblici e privati; III) sviluppo mobilità sostenibile; IV) potenziamento banda larga, fibra e 5G; V) digitalizzazione della PA (compresi giustizia e sanità); VI) rafforzare l'industria Hi-Tech di data-cloud e processori; VII) adeguamento dei sistemi educativi alle competenze digitali.

Affinché sia approvato dalla Commissione Europea, però, i PNRR presentati da ciascun Paese – e tutti i progetti che li compongono – devono non solo adeguarsi alle linee guida indicate sopra, ma anche essere allineati alle Country-Specific Recommendations (CSR)¹⁰, agli obiettivi di policy del semestre europeo (i.e., il cosiddetto Green New Deal) ed alla correzione degli squilibri macroeconomici individuati dalla Commissione¹¹.

Tra gli obiettivi quantitativi di lungo termine posti dal Governo per il PNRR vi sono: raddoppiare il tasso di crescita dell'economia italiana, portare gli investimenti pubblici stabilmente al di sopra del 3% del PIL, aumentare di 10 punti il tasso di occupazione – in particolare quella femminile – portare la quota di spesa in R&S sul PIL al di sopra della media UE, garantendo altresì la sostenibilità e resilienza della finanza pubblica. Agli obiettivi macroeconomici si affiancano inoltre degli obiettivi sociali quali la riduzione dei divari territoriali, l'aumento dell'aspettativa di vita, miglioramento del livello di istruzione, promozione di filiere agroalimentari sostenibili.

Il PNRR si articolerà seguendo sei Missioni principali, in cui si inseriranno i singoli progetti e provvedimenti. Queste sono riassunte in:

- 1) *digitalizzazione innovazione e competitività del sistema produttivo* (PA, sanità, giustizia, codice degli appalti, aerospazio, agroalimentare, turismo, cultura);

¹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0512&from=EN>.

¹¹ Le ultime raccomandazioni per l'Italia includevano, tra le altre, la revisione del sistema pensionistico (e reintroduzione della legge Fornero), razionalizzazione del sistema catastale e delle cosiddette *tax expenditures*, l'accelerazione dei processi di privatizzazione e di liberalizzazione del mercato del lavoro. Cfr. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/it_sm_report_december_2018.pdf.

- 2) *rivoluzione verde e transizione ecologica;*
- 3) *infrastrutture per la mobilità* (Alta Velocità, rete autostradale);
- 4) *istruzione, formazione, ricerca e cultura* (potenziamento materie STEM);
- 5) *equità sociale, di genere e territoriale* (strategia di sostegno alle transizioni occupazionali, lotta alle disparità di genere, Piano Sud2030);
- 6) *salute* (digitalizzazione dell'assistenza medica, telemedicina, fascicolo sanitario elettronico).

Il dettaglio delle linee di intervento verrà definito nei prossimi mesi. Se da un lato gli obiettivi sono condivisibili, ed allineati con le linee guida europee, la loro realizzabilità sulla base dei fondi europei è poco plausibile, come argomentaremo nella prossima sezione.

7. Le previsioni per il 2020-22

Le analisi di bilancio, come quelle discusse nella sezione precedente, si basano su uno scenario di previsione dell'andamento dell'economia, ottenuto dalla simulazione di modelli econometrici. In particolare, il governo italiano utilizza il modello ITEM, che come altri modelli econometrici risente di diversi problemi dovuti alla mancata integrazione del settore reale con quello finanziario.

Per valutare i potenziali scenari per l'economia italiana nel prossimo futuro abbiamo utilizzato i dati preliminari disponibili per il terzo trimestre del 2020 discussi sopra, insieme agli interventi di finanza pubblica previsti dal governo, per costruire uno scenario di previsione per l'economia italiana fino al 2022, utilizzando il nostro modello dell'economia italiana.

Il nostro esercizio di simulazione mostra, in estrema sintesi, che lo shock sull'economia dovuto alla pandemia non sia prevedibile dagli usuali modelli macroeconomici senza l'inserimento di ipotesi ad hoc sulla reazione di famiglie ed imprese sia durante il *lockdown*, che nei mesi successivi alla riapertura. A nostro avviso, le previsioni del governo e dell'OCSE per il 2020 (Tabella 1) sono ottimistiche, perché basate su un rapido ritorno alla normalità nel terzo trimestre del 2020, laddove il clima di incertezza sembra ancora prevalente.

Dato l'aumento nella spesa pubblica, la riduzione nel gettito fiscale, e il drastico calo del PIL, il modello prevede un aumento del debito pubblico al 156 per cento del PIL nel 2020, ed una sua stabilizzazione nell'anno successivo.

8. Come finanziare la ripresa?

Il dibattito politico in Italia si è concentrato, eccessivamente a nostro avviso, sulla necessità di evitare ulteriori aumenti nel debito pubblico, presentando i piani di finanziamento europei – dal MES al NGEU – come una imperdibile opportunità di ottenere finanziamenti a basso costo. La discussione è ormai surreale, dopo che – nelle ultime aste di titoli pubblici a 2 anni – la domanda ha superato l'offerta anche se il prezzo di collocamento implicava un rendimento negativo.

Riteniamo che, fintanto che la BCE porterà avanti i suoi programmi di acquisto di titoli pubblici, sia il PEPP che il PSPP, il Tesoro italiano non avrà difficoltà a finanziarsi sul mercato in caso di necessità.

L'Italia potrebbe ottenere dal MES un prestito di 37 miliardi di euro, per spese aggiuntive connesse alla pandemia. In una serie di comunicazioni informali, alcuni politici italiani hanno asserito che tali prestiti non sarebbero soggetti alle condizionalità a cui ha dovuto sottostare il governo greco per accedere ai fondi MES. Tuttavia, alcuni economisti hanno fatto notare che la legislazione dei fondi del MES non è stata modificata, e di conseguenza il prestito sarebbe comunque soggetto a condizionalità.

Una discussione simile si sta sviluppando con riguardo al programma NGEU, che è ancora in fase di definizione nelle sedi europee. Al momento, l'ammontare complessivo del programma dovrebbe essere di 750 miliardi per l'intera UE, una cifra comunque molto cospicua rispetto a qualsiasi intervento precedente della Commissione Europea. I fondi NGEU saranno erogati in parte a fondo perduto, finanziati dal bilancio della Commissione Europea, e in parte sotto forma di prestiti, finanziati da emissioni di nuovi titoli europei. I fondi dovrebbero essere erogati a tutti i Paesi dell'UE in base al loro reddito pro-capite, all'andamento del tasso di disoccupazione e, a partire dal 2023, all'andamento del PIL. Si prevede che l'erogazione dei fondi inizi nel 2021, e termini nel 2027. Per quanto riguarda l'Italia, si stima che il finanziamento netto ammonterà a circa il 2 per cento del PIL. Infatti, i fondi NGEU a fondo perduto saranno finanziati dal bilancio della Commissione, cui l'Italia contribuisce in modo

significativo, e i prestiti ottenibili, finanziati dalla vendita di titoli europei, costituiscono un vantaggio solo fin quando il tasso di interesse su tali titoli sia inferiore a quello richiesto dai mercati per i titoli pubblici italiani che, come abbiamo notato, è sceso considerevolmente. Si fa anche notare che, se i mercati finanziari europei saranno inondati da titoli a basso rischio emessi dalla Commissione, potrebbe essere più costoso per i singoli governi collocare ulteriori titoli sui mercati a finanziamento del fabbisogno.

Da un lato il programma NGEU segnala la volontà politica di rendere disponibile un nuovo strumento di politica fiscale in tempi di crisi – anche se è stato chiarito che il programma NGEU non sarà replicato – ma dall'altro può rinforzare alcuni dubbi sulla sostenibilità del progetto dell'UE nel suo complesso. Prima di tutto, la mancanza di un bilancio sovra-nazionale di dimensioni sufficienti a stabilizzare il ciclo economico in periodi di crisi e, inoltre, la mancanza di stabilizzatori fiscali automatici, quali ad esempio una imposizione fiscale europea di tipo progressivo. Le istituzioni dell'Unione Europea soffrono di un vizio strutturale, dato dall'idea – consolidata negli anni 1980-90, ma smentita dai fatti con la GR – che i mercati siano in grado di risolvere da soli le crisi senza interventi di politica fiscale, e che quindi non vi fosse bisogno di una autorità fiscale dell'UE degna di questo nome. In aggiunta, le regole attuali di intervento delle istituzioni UE, che prevedono spesso il consenso unanime dei Paesi partecipanti, sono lente e farraginose, ed impediscono una risposta adeguata a crisi come quella sperimentata con la pandemia.

Se i fondi NGEU dovessero finalmente materializzarsi, quindi, il loro contributo alla ripresa dell'Italia sarà troppo piccolo, ed arriverà troppo tardi.

In aggiunta, come già discusso, l'attuale Ministro italiano per l'Economia ha di recente sottolineato la necessità di tornare al più presto ad un regime di consolidamento fiscale, facendo intendere che la disponibilità a finanziare nuovi programmi con i fondi NGEU sarà compensata, almeno in parte, da tagli di spesa su altre voci del bilancio pubblico. Se questa sarà la politica fiscale messa in atto dal governo, i fondi NGEU saranno di stimolo alla crescita del PIL solo se verranno spesi su attività che generano un moltiplicatore elevato, rispetto alle altre componenti di spesa pubblica che verranno tagliate.

Riteniamo invece che il governo italiano dovrebbe imparare la lezione dell'ultimo decennio: se si vuol ridurre il rapporto tra debito pubblico e PIL, le misure di austerità tese a ridurre il numeratore avranno un forte impatto negativo sul reddito nazionale, il denominatore, in modo che l'obiettivo di

riduzione del rapporto non sia raggiungibile. L'alternativa, che è stata molto spesso efficace storicamente, è rafforzare la crescita del PIL.

Tra le diverse proposte che vanno in questa direzione riteniamo molto utile quella che propone un forte aumento dell'occupazione nel settore pubblico. Utilizzando la classificazione Eurostat delle attività economiche, il numero degli occupati (nel settore pubblico e in quello privato) nelle attività in cui normalmente opera il settore pubblico è più basso in Italia rispetto ad altri Paesi dell'UE (Tabella 3). Il differenziale si registra in tutti i sotto-settori della Tabella 3, inclusa la Sanità, che avrà un'importanza crescente dati gli effetti durevoli della pandemia da Covid-19. Reyneri (2020) analizza anche l'andamento temporale dell'occupazione in questi settori, facendo notare come sia aumentata in modo sensibile nell'UE tra il 2009 e oggi, mentre faccia registrare in Italia un livello di occupati nel 2019 simile a quello di dieci anni prima.

Tabella 3. Occupazione in alcune categorie di servizi (per 1.000 abitanti), 2019

	Amm. Pubblica	Istruzione	Sanità	Servizi so- ciali	Totale
Unione Europea	30	32	28	20	111
Germania	35	35	38	30	137
Spagna	29	29	24	12	94
Francia	37	30	30	29	126
Italia	21	26	22	10	79

Fonte: Eurostat

Come già accennato, i dati in Tabella 3 si riferiscono all'occupazione totale in questi settori, e includono quindi anche i lavoratori nelle imprese private. Una stima degli occupati nel solo settore pubblico non è disponibile per il 2019, ma è stata pubblicata dall'Istat per il 2017. L'Istat stimava che in quell'anno i lavoratori del settore pubblico fossero 3,5 milioni, laddove gli occupati totali dei settori in Tabella 3 per lo stesso anno era di 4,7 milioni.

In base a queste cifre, se l'Italia volesse allinearsi alla media europea, l'occupazione nel settore pubblico dovrebbe aumentare di circa il 40 per cento, ossia di 1,4 milioni di nuovi occupati. Dato che il numero dei disoccupati a fine 2019 era in Italia di 2,4 milioni, e che ci si aspetta un aumento di tale

numero quando finirà il blocco dei licenziamenti (a marzo 2021), un aumento sostenuto nell'occupazione nel settore pubblico dovrebbe essere una manovra nella giusta direzione.

Inoltre, come notano Bianco et al. (2018), l'età media dei dipendenti pubblici è più alta rispetto ad altri Paesi europei, e la quota di laureati non sufficientemente ampia. Un aumento dei dipendenti pubblici giovani e qualificati (più di 300mila laureati risultano disoccupati alla fine del 2019, cui vanno aggiunti i lavoratori scoraggiati) potrebbe essere un fattore cruciale per aumentare l'efficienza della Pubblica Amministrazione italiana, e contribuire in questo modo anche alla crescita complessiva della produttività.

Per verificare l'impatto di questa proposta abbiamo simulato il modello prevedendo un aumento dell'occupazione nel settore pubblico, a partire dal primo trimestre del 2021, per una spesa aggiuntiva per trimestre di 17 miliardi di euro (cifra tuttavia ancora bassa per la creazione di oltre un milione di posti di lavoro). La simulazione mostra che il rapporto tra debito pubblico e PIL sarebbe leggermente più basso, alla fine del 2021, rispetto alla nostra simulazione base, perché lo stimolo fiscale aumenterebbe il tasso di crescita del PIL di circa 2 punti percentuali. Con la fine dello stimolo nel 2022, e cioè senza aumentare ulteriormente l'occupazione, il debito crescerebbe leggermente rispetto alla simulazione di base. È bene sottolineare che il nostro modello considera solo gli effetti di domanda della spesa pubblica, senza considerare gli effetti dal lato dell'offerta prima menzionati, ossia l'aumento nell'efficienza, e gli spill-over sulla produttività.

9. Conclusioni

L'economia italiana è stata colpita dall'epidemia da Covid-19 in una fase già critica, rispetto ad altri partners europei.

La pandemia ha messo ancora più in luce le molte debolezze dell'economia italiana, alcune delle quali – come la riduzione nell'offerta di servizi pubblici e il ridimensionamento della sanità – sono una conseguenza diretta dei programmi di austerità implementati dai governi precedenti. Altre debolezze, quali l'estensione dell'elusione fiscale, richiedono una riforma complessiva del prelievo tributario, ripristinando una maggiore progressività, anche tramite l'introduzione – temporanea o permanente – di imposte sulla ricchezza, che non abbiamo trattato in questo contributo per motivi di spazio.

Dobbiamo purtroppo notare che, nonostante la straordinaria caduta nei redditi degli italiani, e le prospettive di disoccupazione crescente, la priorità nel dibattito economico italiano continua a riferirsi alla stabilizzazione del debito pubblico, piuttosto che alle strategie per la ripresa.

Riteniamo invece che il primo tassello di un intervento strutturale sia costituito dal rafforzamento del settore pubblico in Italia, sotto-dimensionato rispetto al resto dell'Unione Europea. Rafforzamento da effettuarsi tramite un cospicuo aumento nell'occupazione qualificata, anche con l'obiettivo di colmare i divari territoriali nella efficienza delle amministrazioni locali.

Abbiamo mostrato come una tale politica, che prevede un aumento della spesa pubblica, implica un sostegno al PIL e al reddito nazionale sufficiente a mantenere stabile il rapporto tra il debito pubblico e il PIL. Auspichiamo anche, per gli stessi motivi, che i nuovi interventi di consolidamento fiscale previsti dal governo già per il prossimo anno vengano rinviati a periodi futuri, quando la maggior parte degli italiani avrà almeno recuperato il livello di benessere di cui disponeva nel 2008, dodici anni fa, prima delle crisi economiche che il rigore dei conti ha contribuito a peggiorare.

FRANCESCO ZEZZA
Università degli Studi del Sannio

GENNARO ZEZZA
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

Bibliografia

A. ALESINA, C. FAVERO, F. GIAVAZZI, *Austerity: When It Works and When It Doesn't*, Princeton, 2019.

M. AMATO, L. FANTACCI, D.B. PAPADIMITRIOU, G. ZEZZA, *Going forward from B to A? Proposals for the Eurozone crisis*, in *Economies*, 2016, 4, 3, 18.

BANK OF ITALY, *Bollettino economico*, 3/2020.

A. BASSANETTI, M. CAIVANO, A. LOCARNO, *Modelling Italian potential output and the output gap*, in *Banca d'Italia, Temi di discussione*, 2010, n. 771.

M.L. BIANCO, B. CONTINI, N. NEGRI, G. ORTONA, F. SCACCIATI, P. TERNA, D. TOGATI, *I pubblici dipendenti sono troppo pochi*, in *bollettinoAdapt.it*, 7 maggio 2018.

- T. BOERI, A. ICHINO, E. MORETTI, J. POSCH, *Wage Equalization and Regional Misallocation: Evidence from Italian and German Provinces*, in *NBER Working Paper*, 2019, n. 25612.
- CENTRO STUDI CONFINDUSTRIA, *Un cambio di paradigma per l'economia italiana: Gli scenari di politica economica*, Roma, 2020.
- S. CESARATTO, G. ZEZZA, *Farsi male da soli. Disciplina esterna, domanda aggregata e il declino economico italiano*, ne *L'industria*, 2019, 2, pp. 279-318.
- C. CICINELLI, A. COSSIO, F. NUCCI, O. RICCHI, C. TEGAMI, *The Italian Treasury Econometric Model (ITEM)*, in *MEF Working papers*, 2008, 1.
- EUROPEAN COMMISSION, *European Economic Forecast: Summer 2020*, Institutional paper 132, 2020.
- A. GIOVANNINI, S. HAUPTMEIER, N. LEINER-KILLINGER, V. VALENTA, *The fiscal implications of the EU's recovery package*, in *ECB Economic Bulletin*, 2020, 6.
- ISTAT, *Censimento permanente delle Istituzioni pubbliche 2017: i primi risultati*, Roma, 2019 (<https://www.istat.it/it/archivio/236856>).
- ISTAT, *Rapporto annuale 2020 sulla situazione del Paese*, Roma, 2020.
- OECD, 2020. *Economic Outlook*, 20(1), June.
- OECD, 2020b. *Economic Outlook: Interim report*, September.
- OECD, 2020c. *Coronavirus: The world economy at risk*, 2 March 2020 (https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-outlook/volume-2019/issue-2_7969896b-en).
- D.B. PAPADIMITRIOU, F. ZEZZA, G. ZEZZA, *Italia: arriverà la ripresa?*, in *Economia e politica* (https://www.economiaepolitica.it/_pdfs/pdf-13345.pdf).
- E. REYNERI, *Troppo pochi lavoratori nel welfare italiano*, ne *lavoce.info*, 2020 (<https://www.lavoce.info/archives/69562/troppo-pochi-lavoratori-nel-welfare-italiano/>).
- S. STORM, *Lost in Deflation: Why Italy's Woes Are a Warning to the Whole Eurozone*, in *International Journal of Political Economy*, 2020, 48, 3, pp. 195-237.
- F. ZEZZA, G. ZEZZA, *A quarterly stock-flow consistent model of the Italian economy*, in *Levy Institute Working paper*, 2020, n. 958.

