

# GIUSTIZIA CIVILE.com

RIVISTA SCIENTIFICA

ISSN 2420-9651

DIRETTA DA GIUSEPPE CONTE E FABRIZIO DI MARZIO

## EMERGENZA COVID-19 Speciale

Uniti per l'Italia

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

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

Questo è il primo Speciale.

NUMERO 1



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2020  
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - [www.giuffrefrancislefebvre.it](http://www.giuffrefrancislefebvre.it)

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

# Direttori di area

## **Arbitrato e processo civile**

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

## **Banca finanza assicurazioni**

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

## **Crisi d'impresa**

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

## **Danno e responsabilità**

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

## **Diritti reali e condominio**

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

## **Famiglia e successioni**

Prof. Luigi Balestra

Cons. Paolo Corder

Prof. Stefano Delle Monache

Prof. Luigi Nonne

## **Lavoro**

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

## **Obbligazioni e contratti**

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

## **Società e concorrenza**

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

## **Soggetti e nuove tecnologie**

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

## **Unione europea**

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

# Comitato dei revisori

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

# Indice

---

## INTRODUZIONE

Comunità. Affrontiamo la nostra prova, di <i>Fabrizio Di Marzio</i> . . . . .	VII
---	-----

## I ARBITRATO E PROCESSO CIVILE

1. L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura, di <i>Andrea Panzarola e Marco Farina</i> . . . . .	3
2. Libertà "limitate" e ruolo del Parlamento, di <i>Alfonso Celotto</i> . . . . .	25

## II CRISI D'IMPRESA

3. Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica, di <i>Francesco Fimmandò</i> . . . . .	31
---	----

## III DANNO E RESPONSABILITÀ

4. Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute, di <i>Marcello Maggiolo</i> . . . . .	39
---	----

## IV FAMIGLIA

5. Brevi digressioni sulle libertà e sulle relazioni sentimentali al cospetto del Coronavirus, di <i>Luigi Balestra</i> . . . . .	45
---	----

## V LAVORO

6. I giuslavoristi di fronte all'Emergenza COVID-19, di <i>Franco Scarpelli, Paolo Sordi e Marco Marazza</i> . . . . .	51
7. Emergenza lavoro agile nella P.A., di <i>Marianna Russo</i> . . . . .	55
8. La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici, di <i>Emanuele Dagnino</i> . . . . .	61
9. Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza, di <i>Stefano Bini</i> . . . . .	67
10. Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività, di <i>Paolo Pascucci</i> . . . . .	73
11. L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: prime osservazioni, di <i>Stefano Cairoli</i> . . . . .	87
12. Emergenza COVID e contratto di lavoro autonomo, di <i>Gionata Cavallini</i> . . . . .	93
13. Emergenza COVID-19 e conseguenze sulla somministrazione di lavoro, di <i>Paolo Tomassetti</i> . . . . .	101
14. C'è il CoViD19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?, di <i>Alessandra Ingrao</i> . . . . .	107
15. Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19, di <i>Francesco Bacchini</i> . . . . .	115
16. Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus, di <i>Micaela Vitaletti</i> . . . . .	123

17. Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro, di <i>Filippo Maria Giorgi</i> . . . . .	133
18. La necessaria continuità dell'azione amministrativa e l'emergenza epidemiologica da COVID-19, di <i>Matteo Turrin</i> . . . . .	147
19. La politica fiscale in Italia ai tempi del Covid-19: dall'austerità espansiva al mega-moltiplicatore, di <i>Salvatore D'Acunto</i> . . . . .	153
20. Accordo sindacale telematico. Decalogo di emergenza, di <i>Alberto M. Gambino</i> . . . . .	163
21. Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale, di <i>Iacopo Senatori</i> . . . . .	169
22. L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia", di <i>Alessandro Riccobono</i> . . . . .	177
23. Procedure sindacali e CIGD causale "COVID-19": la commedia degli equivoci, di <i>Marco Marazza</i> . . . . .	187
24. Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni, di <i>Mauro Marrucci</i> . . . . .	191

## VI OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

25. Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus", di <i>Francesco Macario</i> . . . . .	207
26. Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19, di <i>Stefano Verzoni</i> . . . . .	213
27. Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione, di <i>Antonio De Mauro</i> . . . . .	227
28. Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia, di <i>Vincenzo Cuffaro</i> . . . . .	233
29. Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate, di <i>Fulvio Gigliotti</i> . . . . .	237
30. Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19, di <i>Paola Chiarella</i> . . . . .	253
31. Gli effetti della pandemia sull'economia digitale, di <i>Massimo Rubino De Ritis</i> . . . . .	259

## VII SOGGETTI E NUOVE TECNOLOGIE

32. Privato sociale alla prova della videoconferenza, di <i>Massimiliano Atelli</i> . . . . .	267
---	-----

## INTRODUZIONE

### Comunità.

### Affrontiamo la nostra prova

---

In un formidabile esperimento mentale Hobbes immaginò gli uomini abbandonati a se stessi nella natura, privi di ogni regola che non fosse di battersi tutti contro tutti per la sopravvivenza. E teorizzò la nascita della comunità come contratto di unione fra gli uomini e come contratto di sottomissione di quegli uomini verso il sovrano: di cessione della libertà di ciascuno a favore del governante di tutti, affinché amministrasse il potere per il bene comune.

Più tardi Rousseau immaginò di nuovo gli uomini persi nella natura, ma fu impressionato dalla violenza degli elementi, e teorizzò la comunità come rimedio per garantire la sopravvivenza di tutti con l'unione delle forze.

La parola sta tornando di moda in questi tempi difficili. *Communitas* viene da *cum* e *munus*: un'aggregazione di individui che condividono un vincolo reciproco. *Munus* è prestazione dovuta: un impegno assunto verso qualcuno. Nella comunità democratica, l'impegno è promesso e assunto verso tutti gli appartenenti. È questo, nelle moderne democrazie costituzionali, un senso profondo del vincolo comunitario: rispettare i doveri, specie quelli inderogabili di solidarietà.

Con il virus pandemico la natura si insinua nella comunità e la colpisce nel

vincolo costitutivo; attraverso quel legame – che è la comunanza, lo scambio vitale nella società – il virus può trasmettersi da persona a persona. Come se la natura agisse in risposta alla mossa strategica dell'uomo pensata da Rousseau, insinuandosi nella comunità per distruggerla secondo lo stesso modo comunitario di esistere, sfruttando lo scambio vitale tra le persone.

La comunità può contrapporre una risorsa che è la stessa su cui essa si fonda: la costruzione e il rispetto di una regola. Stabilendo una regola pensata per l'occasione e reclamandone con forza l'adempimento può ottenere due risultati capitali.

Innanzitutto, può richiamare tutti al patto fondativo, che è di seguire le regole comunitarie.

Inoltre, attraverso le parole dei massimi rappresentanti delle istituzioni, questa regola nuova di zecca può essere presentata come condizione necessaria per la sopravvivenza della comunità. Cosa che accade proprio in questi giorni, basti pensare ai discorsi del presidente del Consiglio.

È proprio questa la funzione del diritto, che è la tecnica per realizzare la comunità: costruire regole per rendere possibile la vita in comune. Una funzione resa tragica dall'emergenza pandemica, in cui la sopravvivenza della comunità coincide letteralmente con la sopravvivenza comune: cioè dei componenti della comunità stessa, che si ammalano entrando in contatto e che possono guarire entrando in un diverso contatto negli ospedali predisposti per la cura.

Ecco dunque la regola in risposta all'attacco della natura: restiamo a casa; recidiamo i rapporti fisici, che sono quelli su cui si fonda la comunità e di cui si approfitta la natura. Eliminiamo il contatto del contagio, per rendere più efficace il contatto di cura.

Restare a casa è la regola, la sospensione del vincolo fisico ne costituisce il rispetto. La regola è molto severa, e smaschera tonnellate di baggianate su come la vita virtuale sui social avrebbe sostituito quella reale, di incontri in strada: che ci manca quasi come l'aria.

Restiamo a casa ma – prosegue la regola – teniamoci in contatto e confermiamoci in questo modo come comunità. Ossia: lavoriamo da casa, contribuiamo alla vita comune ciascuno dalla propria postazione, come oggi è possibile nella maggioranza dei casi.

Ci accorgiamo che la novità ai tempi del Coronavirus è che la misera e invasiva vita virtuale, fatta di continue connessioni al computer o al telefono, può insospettabilmente rinsaldare proprio quel vincolo fondamentale che il movimento della natura potrebbe distruggere.

Nei giorni scorsi abbiamo assistito alla difficoltà di costruzione della regole restrittiva, che preoccupava vaste fasce del mondo produttivo ed era avvertita per timori di tipo economico. Così come abbiamo assistito a macroscopiche indifferenze verso la regola infine formulata per gradi successivi, e questo specie da parte delle generazioni più giovani, che non smettono di incontrarsi in gruppo.

Il dibattito sulla regola è sempre segno di democrazia in atto: di salute comunitaria. L'indifferenza verso la regola assunta è invece parso un fenomeno preoccupante.

Ma l'insofferenza verso una regola così insolita tradisce comunque la voglia di comunità; proprio per questo è difficile farla comprendere e accettare. Anche la movida è una manifestazione comunitaria, come lo spettacolo sportivo vissuto allo stadio.

Perciò occorre sempre spiegare accuratamente che la sospensione della pratica comunitaria sul piano degli incontri dal vivo non vorrebbe reprimere la pratica comunitaria, ma vorrebbe servire a mettere in scacco la malattia.

Dobbiamo riconoscere che la sospensione generalizzata dell'incontro fisico è una regola troppo vasta per garantirne il rispetto coattivo. Un ossequio imposto con la forza potrebbe ipotizzarsi in sottoinsiemi sociali di reclusi, amministrati secondo la tecnica del *Panopticon* escogitata da Bentham e messa in opera nelle carceri, nei manicomi, nei centri di accoglienza dei migranti e nelle varie strutture di contenimento operative in tutte le società. Invece, il rispetto di una imposizione così vasta da coinvolgere in un solo colpo la società intera non sarebbe realisticamente prospettabile.

Ecco perché mai come adesso la regola ha bisogno di essere effettiva: di essere corrisposta per spontanea condivisione dei destinatari piuttosto che per la minaccia di una ipotetica sanzione.

Legati dal *munus* comune affrontiamo la nostra prova.



**I**  
**ARBITRATO E PROCESSO CIVILE**



# 1.

## L'emergenza coronavirus ed il processo civile.

### Osservazioni a prima lettura

---

#### 1. - Il quadro generale. Il «primo periodo» (9 marzo - 15 aprile 2020).

Il d.l. 8 marzo 2020 n. 11 ha introdotto «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria». Il 17 marzo, poi, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 il cui art. 83 ha sostanzialmente riprodotto le disposizioni contenute negli artt. 1 e 2 d.l. n. 11 del 2020 che sono stati abrogati (art. 83 co. 21).

Le misure previste per il processo civile <sup>1</sup> sono distribuite temporalmente in due periodi: un «primo periodo» (dal 9 marzo al 15 aprile) ed un secondo (dal 16 aprile al 30 giugno). Per il «primo periodo» le misure predisposte (anzitutto il differimento delle udienze e la sospensione dei termini processuali *ex lege* <sup>2</sup>) sono già in vigore. Sicché le udienze dei procedimenti civili pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate «d'ufficio» a data successiva al 15 aprile 2020.

003

---

<sup>1</sup> Il differimento urgente delle udienze e la sospensione dei termini riguardano tanto i procedimenti civili quanto quelli penali. Le previsioni dell'art. 83 si applicano – «in quanto compatibili» – anche «ai procedimenti relativi alle commissioni tributarie e alla magistratura militare» (art. 83 co. 21). L'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 83 prevede, comunque, che «si intendono altresì sospesi, per la stessa durata indicata nel primo periodo, i termini per la notifica del ricorso in primo grado innanzi alle Commissioni tributarie e il termine [per la mediazione ed il reclamo in materia tributaria] di cui all'articolo 17-bis, comma 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546». Alla giustizia amministrativa è invece dedicato l'art. 84 del decreto-legge 18 del 17 marzo 2020.

<sup>2</sup> Sul rinvio *ope iudicis* delle udienze in quello che abbiamo chiamato il «secondo periodo» (16 aprile-30 giugno 2020) v. *infra* § 2.

Nel medesimo arco di tempo è disposta pure la sospensione dei termini processuali in ordine al «compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali»<sup>3</sup>. Tali termini, ove abbiano inizio durante il periodo di sospensione, cominceranno a decorrere «alla fine di detto periodo», vale a dire dal 16 aprile 2020 (art. 83 co. 2)<sup>4</sup>. Vuoi il differimento d'ufficio (meglio, *ex lege*) delle udienze<sup>5</sup> vuoi la sospensione (*ex lege*, anch'essa) dei termini processuali non operano per le ipotesi – contraddistinte in vario modo per la loro urgenza – enumerate dall'art. 83 co. 3<sup>6</sup> del d.l. n. 18 del

---

<sup>3</sup> Il decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 ha, infatti, modificato la previsione che compariva nell'abrogato articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 11 dell'8 marzo 2020 sostituendo le parole «indicati al comma 1» con le parole «civili e penali». Il secondo comma dell'art. 83 del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 prevede, dunque, che devono pertanto intendersi «sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali».

<sup>4</sup> Potrà trattarsi tanto di termini che si innescano per effetto del compimento di un atto nel periodo di sospensione (notificazione della sentenza al procuratore costituito ai fini della decorrenza del termine breve), quanto di termini che si inneschino nel periodo di sospensione per effetto di qualcosa che è accaduto primo del 9 marzo (si immagini, ad es., che il giudice, con provvedimento emesso fuori udienza e comunicato alle parti il 7 marzo, abbia concesso i termini di cui all'art. 183 facendoli espressamente decorrere dal 9 marzo).

<sup>5</sup> Il differimento d'ufficio delle udienze potrà, in taluni casi, comportare anche lo slittamento del termine la cui decorrenza operi a ritroso rispetto all'udienza rinviata. Così, ad es., fissata udienza pubblica e/o adunanza in camera di consiglio (anche non partecipata) per il 20 marzo 2020, la memoria da depositarsi cinque giorni prima nel caso di udienza pubblica o di adunanza camerale non partecipata innanzi alla sesta sezione – ovvero dieci giorni prima nel caso di cui all'art. 380-bis1 c.p.c. – potrà e dovrà depositarsi cinque o dieci giorni prima della nuova udienza o adunanza. Ciò non varrà, però, per le ipotesi in cui il termine da calcolarsi a ritroso sia già spirato prima del 9 marzo 2020 ma l'udienza rispetto a cui detto termine è stato calcolato sia rinviata d'ufficio perché fissata nel periodo cuscinetto (ad es. udienza di prima comparizione fissata al 20 marzo e rinviata d'ufficio al 30 aprile: il convenuto avrebbe dovuto costituirsi tempestivamente venerdì 28 febbraio cosicché la decadenza oramai maturata non sarà rimuovibile per effetto del successivo rinvio d'ufficio). Per le novità apportate in ordine ai termini da calcolarsi a ritroso dal decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 v. anche *infra*.

<sup>6</sup> Vi sono menzionate, quanto al settore civile, le «cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati, ai minori allontanati dalla famiglia ed alle situazioni di grave pregiudizio; cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona; procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori e sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute; procedimenti di cui all'articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 [quanto cioè alla tutela giurisdizionale connessa ai procedimenti relativi agli accertamenti e trattamenti

17 marzo 2020. A mente dell'art. 83 co. 10, poi, «ai fini del computo di cui all'ar. 2 l. 24 marzo 2001, n. 89<sup>7</sup>, nei procedimenti rinviati a norma del presente articolo non si tiene conto del periodo compreso tra l'8 marzo e il 30 giugno 2020».

## 2. - Il «secondo periodo» (16 aprile - 30 giugno 2020).

Relativamente al «secondo periodo» (dal 16 aprile al 30 giugno) si prevede che possano essere adottate dai capi degli uffici giudiziari<sup>8</sup> ulteriori misure<sup>9</sup> (contemplate dall'art. 83, comma 7) volte ad «evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone».

Ai capi degli uffici giudiziari è attribuito il potere di limitare e regolare l'accesso del pubblico agli uffici anche quanto agli orari. Spetta loro di definire «linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze», disponendo la celebrazione a porte chiuse delle udienze pubbliche (che nel processo civile sono, ai sensi dell'art. 128 c.p.c., quelle «in cui si discute la causa», mentre, come risaputo, secondo l'art. 84, comma 1, disp. att. c.p.c. le udienze del giudice istruttore non sono pubbliche). Poteri ordinariamente assegnati al giudice «che dirige» l'udienza (il quale

---

sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale]; procedimenti di cui all'articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194 [in ordine all'intervento del giudice tutelare nella speciale ipotesi di richiesta di interruzione della gravidanza di donna di età inferiore agli anni diciotto]; procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari; procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea; procedimenti di cui agli articoli 283, 351 e 373 del codice di procedura civile e, in genere, tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti. In quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile».

<sup>7</sup> Si tratta della cosiddetta «Legge Pinto» riguardante, come noto, la «equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo».

<sup>8</sup> È previsto che sia sentito – tra gli altri – il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati. Per gli uffici diversi dalla Corte suprema di cassazione e dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, le misure sono adottate d'intesa con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti. Il Decreto n. 36 del Primo Presidente della Cassazione del 13 marzo 2020 (sul quale v. *infra*, § 5) è stato assunto «visto il parere favorevole espresso dal Procuratore generale e con riserva di sentire gli Organismi Forensi e l'autorità sanitaria competente».

<sup>9</sup> Ferma restando la verifica di compatibilità, le previsioni dei commi 6 e 7 dell'art. 83 «si applicano altresì ai procedimenti relativi alle commissioni tributarie e alla magistratura militare».

«può disporre che si svolga a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume»: art. 128, comma 1, c.p.c.) sono in questo caso assegnati al capo dell'ufficio.

Non vi è ragione per negare che questa previsione valga anche dinanzi alla Suprema Corte, nei casi – oggi sensibilmente ridotti rispetto al passato – di fissazione della udienza pubblica. I capi degli uffici possono altresì stabilire lo «svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto»<sup>10</sup>, assicurando in ogni caso il diritto al contraddittorio fra le parti, la cui partecipazione, per essere «effettiva», presuppone una appropriata informazione anche in ordine alle stesse modalità di collegamento.

A questo proposito è previsto che nel processo verbale di udienza – che già per regola generale (art. 126, comma 1, c.p.c.) «deve contenere l'indicazione delle persone intervenute e delle circostanze di luogo e di tempo nelle quali gli atti che documenta sono compiuti» nonché la descrizione delle attività svolte, delle rilevazioni fatte e delle dichiarazioni ricevute – il giudice<sup>11</sup> dia atto «delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà».

Quanto invece alle udienze civili (e sono la gran parte, come tutti sanno) «che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti», il capo dell'ufficio può adottare misure che ne consentano lo svolgimento «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».

In questo modo, è resa possibile la eliminazione stessa della udienza – quale luogo del contatto diretto fra giudice e parti, protagonisti del processo – tramite un provvedimento insindacabile del capo dell'ufficio di

---

<sup>10</sup> Il 10 marzo 2020 il Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia ha emanato un provvedimento con il quale, all'art. 2, ha individuato in "Skype for Business" e "Teams" i programmi che potranno essere utilizzati per il collegamento da remoto organizzati dal giudice. La lettera f) del comma 7 dell'art. 83 prevede l'obbligo per il giudice, prima dell'udienza che si svolgerà in tali forme telematiche, di comunicare ai procuratori delle parti (e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione) giorno, ora e modalità di collegamento.

<sup>11</sup> Per l'art. 130 co. 1 c.p.c. «il cancelliere redige il processo verbale di udienza sotto la direzione del giudice». La notoria assenza nella gran parte dei casi del cancelliere in udienza spiega perché l'art. 2 co. 2 lett. f) si riferisca solo al giudice.

carattere organizzativo-amministrativo. Se nel conferimento di questo «eccezionale» potere si indovina un riflesso della straordinarietà del momento che viviamo, è altrettanto sicuro che, nel disimpegnarlo, il capo dell'ufficio sarà chiamato ad usare ponderatezza e senso della misura. Tanto più che egli ha a sua disposizione una (ben più rassicurante) alternativa alla pura e semplice (e radicale) «cancellazione» della udienza, vale a dire il potere (di cui si è già avvalso il Primo Presidente della Suprema Corte)<sup>12</sup> di disporre il «rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020».

Un potere, questo, che conosce solo quelle medesime eccezioni già evidenziate con riguardo a quello che abbiamo denominato il «primo periodo» toccato dal decreto-legge sotto esame. Orbene, come nel periodo dal 9 marzo al 15 aprile il differimento *ex lege* delle udienze e la correlativa sospensione dei termini (pur essa di fonte legale) sono esclusi nei procedimenti civili elencati nel comma 3 dell'art. 83, così, in questi medesimi procedimenti civili, anche nel periodo successivo (il «secondo periodo», dal 16 aprile al 30 giugno) è negato al capo dell'ufficio il potere, altrimenti generale, di disporre il rinvio (e sarà allora evidentemente un rinvio *ope iudicis*) delle udienze ad una data successiva (successiva, s'intende, al 30 giugno)<sup>13</sup>.

Sempre con riferimento al c.d. «secondo periodo» (dal 16 aprile al 30 giugno) conviene indugiare sulla importante (ma non certo perspicua) previsione contenuta nel comma 8 dell'art. 83. Vi si prevede che «per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui al comma 5 e 6<sup>14</sup> che precludano la presentazione della domanda giudiziale è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti medesimi».

---

<sup>12</sup> Decreto n. 36 del 13 marzo 2020(v. *infra*).

<sup>13</sup> Pure con riferimento a questi procedimenti esclusi dal regime di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 83 è prevista, peraltro, la possibilità di adottare tutte le restanti misure organizzative di cui al comma 7.

<sup>14</sup> Ovviamente il riferimento al comma 6 serve per estendere il richiamo alle misure previste dal comma 7 in quanto finalizzate al raggiungimento delle finalità individuate dal comma 6. Non è chiaro, invece, il richiamo al comma 5 che riferendosi ai procedimenti *ex lege* urgenti parrebbe escludere che possano essere adottate misure che impediscano la proposizione (e la trattazione) della relativa domanda.

La norma pare ispirata dal lodevole intendimento di mantenere «integri» (evitandone la prescrizione o la decadenza) i diritti soggettivi (anche di consistenza meramente processuale, ad es. il diritto di impugnazione) la cui tutela giurisdizionale sia «preclusa» in conseguenza delle misure adottate dal capo dell'ufficio giudiziario allorché esse impediscano la proposizione della domanda giudiziale (nella quale sia per l'appunto formulata la richiesta di tutela di quei diritti).

Non è, però, agevole additare in concreto le situazioni nelle quali, in dipendenza di misure consimili, la parte si trovi nella impossibilità di proporre una domanda giudiziale: le misure di cui ai commi 5, 6 e 7 dell'articolo 83 riguardano, principalmente, procedimenti pendenti rispetto ai quali si immagina, al più, un differimento delle udienze, sicché davvero non si comprende in che modo quelle misure possano impedire *tout court* la proposizione di una domanda giudiziale.

Un tale effetto di assoluta preclusione all'iniziativa giudiziale neppure può del resto ipotizzarsi a fronte di una decisione dei capi degli uffici giudiziari di chiusura al pubblico degli uffici e ciò per un duplice ordine di motivi: (i) dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello la proposizione della domanda che richiede, diciamo così, un'apertura al pubblico degli uffici è quella che avviene nelle forme del ricorso da depositarsi presso la cancelleria, ma tale atto introduttivo – dinanzi a tali uffici giudiziari – può compiersi anche per via telematica<sup>15</sup> e dunque non potrà mai dirsi precluso per effetto dei provvedimenti di cui si sta discutendo; (ii) innanzi alla Corte di Cassazione ciò che può essere precluso per effetto della chiusura al pubblico degli uffici non è la proposizione del ricorso (e, dunque, l'esercizio del diritto di impugnazione) ma, eventualmente, il suo successivo deposito e, quindi, dovrebbe essere semmai su questo termine che dovrebbe operare la sospensione; (iii) davanti al giudice di pace, per il quale non è operativo il processo civile telematico, il caso ipotizzabile è il deposito del ricorso per

---

<sup>15</sup> Stando all'art. 83 co. 11 «dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico anche gli atti e documenti di cui all'articolo 16-bis, comma 1-bis, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 183, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, sono depositati esclusivamente con le modalità previste dal comma 1 del medesimo articolo». Il comma 11 dell'articolo 83 rende, dunque, obbligatorio sino al 30 giugno 2020 il deposito telematico (anche) degli atti introduttivi e di costituzione per i quali, al contrario, d'ordinario il deposito telematico è una mera facoltà.

proporre opposizione ad una sanzione amministrativa che potrebbe, in effetti, considerarsi *tout court* precluso in caso di chiusura totale degli uffici. Ma ciò che convince della sostanziale inutilità della norma è anche il fatto che, in ogni caso, la chiusura degli uffici non è mai assoluta, in quanto rimarrebbe comunque garantito il compimento di atti urgenti che sono tali, appunto, allorché – se non compiuti entro un determinato termine – comportano la perdita del diritto o altra decadenza o conseguenza negativa a carico della parte <sup>16</sup>.

Complessa è, peraltro, la determinazione dei diritti (sostanziali) cui la norma si riferisce, i quali, stando al dettato normativo, sono esercitabili «*esclusivamente* mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti» assunti dal capo dell'ufficio. L'avverbio utilizzato («*esclusivamente*») lascia arguire che deve trattarsi di diritti relativamente ai quali gli effetti interruttivo della prescrizione e impeditivo della decadenza possono essere associati soltanto alla domanda giudiziale, essendo allo scopo irrilevanti eventuali atti stragiudiziali. Gli esempi in cui ciò si verifica non mancano nel nostro ordinamento, anche in tema di prescrizione (artt. 1495 co. 3, 1442, 1449 <sup>17</sup> c.c.). Si pensi poi ai casi non infrequenti nei quali l'effetto di impedimento della decadenza sostanziale, non potendo essere prodotto da un atto stragiudiziale (viceversa sufficiente in altre fattispecie <sup>18</sup>), presupponga una domanda giudiziale <sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Ciò si dice anche perché, a nostro avviso, deve ritenersi che le misure di cui al comma 7 dell'art. 83 sono le uniche (tipiche) misure che i capi degli uffici giudiziari possono adottare per assicurare le finalità di cui al comma 6.

<sup>17</sup> Si consideri, ad esempio, l'art. 1495 co. 3 cit. e il termine di un anno (dalla consegna della cosa) che vi figura – qualificato dal legislatore di prescrizione – ai fini della proposizione della domanda di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo. In proposito la giurisprudenza nel tempo ha ritenuto (non senza eccezioni) che – trattandosi di esercizio di un diritto potestativo (tale essendo l'esperimento dell'azione di risoluzione di un contratto di compravendita per vizi della cosa venduta) – l'effetto interruttivo della prescrizione consegue unicamente alla proposizione della relativa domanda giudiziale, risultando inidoneo allo scopo qualsiasi atto stragiudiziale di costituzione in mora. Sembra, in effetti, la soluzione preferibile. In senso contrario v., però, da ultimo, Cass., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672 (secondo cui, nel contratto di compravendita, costituiscono – in base all'art. 2943 co. 4 c.c. – idonei atti interruttivi della prescrizione dell'azione di garanzia per vizi *ex* art. 1495 co. 3 cit., le manifestazioni extragiudiziali di volontà del compratore compiute nelle forme di cui all'art. 1219 co. 1 c.c., con la produzione dell'effetto generale descritto nell'art. 2945 co. 1 c.c.).

<sup>18</sup> Si pensi all'art. 2113 c.c. (quanto alla impugnativa delle rinunzie o transazioni nel diritto del lavoro). In tal caso, essendo sufficiente il compimento di atto stragiudiziale per impedire la decadenza, la norma esaminata nel testo (art. 2 co. 3) non potrebbe, comunque, operare.

### 3. - Le «eccezioni» comuni ai due periodi. Urgenza ex lege e ope iudicis.

I procedimenti civili individuati nel comma 3 dell'art. 83, sono sottratti, come anticipato, tanto al rinvio delle udienze ed alla sospensione dei termini *ex lege* nel «primo periodo», quanto, nel «secondo periodo», al rinvio *ope iudicis* della udienza. Si è in presenza di procedimenti civili che – ora per la natura degli interessi coinvolti (implicati nella dichiarazione giudiziale di adottabilità, sottesi alla domanda di alimenti, collegati alla cura della persona in varia misura incapace di provvedere alla cura di sé<sup>20</sup> nonché ai trattamenti sanitari obbligatori, alla richiesta di interruzione della gravidanza, alla protezione contro gli abusi familiari, alle espulsioni di cittadini stranieri), ora per la esigenza di tutela immediata che mirano a soddisfare – non tollerano un differimento della loro trattazione e decisione (chiameremmo questi procedimenti «urgenti per legge»<sup>21</sup>).

A questo riguardo, vale la pena sottolineare che il decreto-legge indica espressamente i provvedimenti inibitori della efficacia esecutiva e sospensivi della esecuzione dei provvedimenti impugnati (con appello e ricorso per cassazione), cioè i «procedimenti di cui all'articolo 283, 351 e 373 del codice di procedura civile».

Si noti anzitutto che il rinvio all'art. 373 c.p.c. consente di riferire la norma anche alla sospensione della esecuzione in caso di revocazione (art. 401 c.p.c.) e di opposizione di terzo (art. 407 c.p.c.)<sup>22</sup>. Ne restano (irragionevolmente) escluse tuttavia altre ipotesi nelle quali l'intervento urgente del giudice non è meno indispensabile (dalla sospensione della efficacia del lodo arbitrale impugnato – art. 830, comma 4, c.p.c. –, alla sospensione della esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto – art. 649 c.p.c. –, dalla sospensione della efficacia esecutiva del titolo nel caso di

---

<sup>19</sup> Per solito costitutiva.

<sup>20</sup> Si tratta dei «procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori, e sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute».

<sup>21</sup> Così da distinguerli dai procedimenti dichiarati urgenti *ope iudicis* (sui quali v. *infra*).

<sup>22</sup> In entrambe le norme testé citate è previsto che il giudice rispettivamente della revocazione e della opposizione di terzo possa pronunciare, dietro istanza di parte, «la ordinanza prevista nell'articolo 373, con lo stesso procedimento in camera di consiglio ivi stabilito».

opposizione c.d. a precetto – art. 615, comma 1, c.p.c. – alla sospensione della esecuzione avviata – artt. 623, 624 c.p.c. –, ecc.).

Soccorre, allo scopo, la previsione di chiusura circa la dichiarazione di urgenza *ope iudicis* di specifici procedimenti civili. È previsto che «in tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti», è possibile, volta per volta, una dichiarazione giudiziale di urgenza<sup>23</sup> che esonera il singolo procedimento dalle misure straordinarie esaminate in questo breve commento a prima lettura («la dichiarazione di urgenza è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile»). Questa norma di chiusura, mentre permette una valutazione di urgenza giudiziale caso per caso, limita i problemi che altrimenti si sarebbero potuti porre anche in riferimento alla tutela cautelare, in rapporto alla sola espressa previsione (nella norma in esame) dei «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona»<sup>24</sup>. Ora, se per questi ultimi la urgenza è certo *ex lege*, nei restanti procedimenti cautelari, nei quali sono comunque coinvolti diritti rilevanti quantunque diversi da quelli «fondamentali della persona», la urgenza può essere assegnata con provvedimento giudiziale, subordinatamente peraltro alla positiva delibazione del fatto che la loro «ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti».

---

<sup>23</sup> Per il giudizio di cassazione si consideri quanto disposto dal Decreto n. 36 del Primo Presidente. Vi si prevede che «l'attività di spoglio dovrà essere rivolta prioritariamente ad individuare i procedimenti che rientrano nell'ipotesi di cui all'art. 2, comma 2, lett. g) [del decreto-legge 11/2020, oramai abrogato]», «improntando il servizio alla massima flessibilità e riducendo le presenze nel rispettivo turno». Si stabilisce altresì che, nel civile, allo spoglio provveda la Sesta sezione «per i nuovi procedimenti» e gli uffici spoglio sezionali «per i ricorsi loro già trasmessi».

<sup>24</sup> Vengono alla mente subito i provvedimenti di urgenza *ex art. 700 c.p.c.* Proprio relativamente ad essi si è assistito, come tutti sanno, ad una progressiva estensione dei diritti fondamentali della persona. V., se vuoi, A. Panzarola-R. Giordano, *I provvedimenti di urgenza (art. 700 c.p.c.)*, Zanichelli, Bologna, 2016. Conviene anche precisare, al di là della difficoltà di additare in concreto in quali casi possa dirsi venire in rilievo un diritto fondamentale della persona tutelato in via cautelare urgente, che occorrerà aver riguardo all'oggetto del procedimento e non al soggetto da cui proviene l'iniziativa. Nel senso che, ricorrendo una ipotesi di questo genere, il reclamo della parte soccombente nel procedimento cautelare introdotto da chi intendeva tutelare tramite esso un proprio diritto fondamentale sarà, comunque, escluso dalla sospensione (ancorché con il reclamo non si propizi la tutela di tale diritto fondamentale ma, anzi, si neghi l'esistenza di ragioni affinché esso sia tutelato in via cautelare e urgente).

#### 4. - Ancora sulla sospensione dei termini nel «primo periodo».

Si impongono notazioni ulteriori a proposito della sospensione dei termini nel «primo periodo» (dal 9 marzo al 15 aprile). L'art. 1, comma 2, d.l. n. 11 del 2020 stabiliva, nel primo periodo allora indicato<sup>25</sup>, la sospensione dei termini processuali in ordine al «compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1».

Presa alla lettera, la disposizione avrebbe potuto intendersi nel senso che la sospensione *ex lege* introdotta dalla norma (in quanto riferibile ai «procedimenti indicati al comma 1», che sono quelli, come si ricorderà, per i quali è disposto il rinvio d'ufficio delle udienze) riguardasse i soli processi civili pendenti per i quali era destinato ad operare il detto rinvio *ex lege*. Stando a questa lettura<sup>26</sup>, gli unici termini «sospesi» sarebbero stati solo quelli in corso rispetto a procedimenti per i quali, alla data di entrata in vigore del decreto-legge, risultava fissata una udienza nel primo periodo, allora individuato, dal 9 marzo al 22 marzo 2020<sup>27</sup>. Manifeste ragioni di opportunità suggerivano peraltro di interpretare il precetto in questione (per assegnargli un significato praticamente rilevante) ricollegandolo ge-

---

<sup>25</sup> 9 marzo/22 marzo.

<sup>26</sup> Il comunicato urgente del Ministro della Giustizia comparso alle 17:30 di domenica 8 marzo sul sito del Ministero faceva, in effetti, propendere per tale interpretazione restrittiva. In quel comunicato, nell'illustrare i contenuti del decreto-legge (allora di prossima adozione), si precisava, con riferimento al secondo comma dell'art. 1, che «durante il medesimo periodo [ossia, al tempo, quello dal 9 al 22 marzo 2020] sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti rinviati». Questo riferimento ai procedimenti «rinviati» rendeva, dunque, ragione della interpretazione restrittiva inizialmente prospettabile e, in effetti, da più parti prospettata. Eguale riferimento, peraltro, compare nella circolare del Direttore Generale del Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi del 12 marzo 2020 relativa ad alcuni aspetti derivanti dall'adozione delle misure di contenimento e contrasto al contagio da COVID-2019 in relazione alle attività del personale in servizio presso gli Uffici NEP. Anche in questo documento di derivazione ministeriale, in effetti, si dice che il decreto-legge 8 marzo 2020 n. 11 «ha introdotto, pur senza disciplinare esplicitamente le attività di notificazione-esecuzione-protesti, un “periodo cuscinetto” sino al 22 marzo 2020, durante il quale – salvo eccezioni, in materia civile e penale – in tutti gli Uffici giudiziari italiani le udienze non saranno tenute e sarà sospesa la decorrenza di tutti i termini per il compimento di qualsiasi atto nell'ambito dei procedimenti rinviati».

<sup>27</sup> Uno dei casi che poteva ragionevolmente immaginarsi era quello di un procedimento ordinario, a cognizione piena, di primo grado pendente innanzi al Tribunale per il quale risultava fissata una udienza, ad es., il 20 marzo 2020 e rispetto al quale fosse in corso – nel periodo originariamente considerato dal primo comma dell'art. 1 del D.L. 11/2020 – il terzo ed ultimo termine di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. con scadenza prevista al 10 marzo 2020. In tal caso, il termine sarebbe venuto a scadenza il 24 marzo 2020, perché gli ultimi due giorni avrebbero ripreso a decorrere dal 23 marzo (compreso).

nericamente ai procedimenti civili «pendenti presso tutti gli uffici giudiziari», in tal modo estendendo la sospensione *ex art. 1, comma 2, d.l. n. 11 del 2020* a tutti i termini in corso ancorché relativamente a procedimenti per i quali non risultasse fissata alcuna udienza, o, comunque, la cui udienza risultasse fissata dopo il primo periodo “cuscinetto”.

Al di là della (pur rilevante) considerazione relativa alla modestissima portata pratica della norma qualora si fosse prediletta la interpretazione restrittiva prospettata in prima battuta, la lettura della norma in un senso estensivo pareva, in effetti, trovare conferma, a livello di interpretazione testuale, nel fatto che, al terzo comma dell'articolo 1, il legislatore aveva fatto riferimento – al fine di rendere applicabili le disposizioni di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 2 – «ai procedimenti nei quali le udienze sono rinviate a norma del comma 1». Pertanto, ai fini della sospensione dei termini processuali disposta nel secondo comma dell'art. 1 i procedimenti di cui al comma 1 erano, senz'altro, i procedimenti «pendenti presso tutti gli uffici giudiziari» *tout court*, mentre nel terzo comma la regola che si ricava per effetto della diversa e più specifica formulazione impiegata dal legislatore è, appunto, la limitazione dell'applicazione dei commi 4 e 5 dell'articolo 2 ai soli procedimenti pendenti rispetto ai quali risultava fissata, alla data di entrata in vigore del decreto, una udienza nel periodo cuscinetto e così rinviata d'ufficio ad una data successiva.

Pur volendo assecondare questa più ampia interpretazione, permaneva, tuttavia, una rilevante incertezza in ordine ai confini applicativi di codesta sospensione dei termini per il «compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1». Ed infatti avendo il legislatore adoperato una diversa formulazione rispetto a quella utilizzata dall'art. 1 l. n. 742 del 1969<sup>28</sup> ed avendo disposto (inizialmente, *v. infra*) non la sospensione dei termini *tout court* ma la sospensione dei termini relativi a procedimenti «pendenti presso tutti gli uffici giudiziari», doveva certamente escludersi, ad es., l'applicazione della norma a quelle ipotesi in cui fosse in corso, alla data di entrata in vigore del decreto, un termine perentorio e/o a pena di

---

<sup>28</sup> «Il decorso dei termini processuali relativi alle giurisdizioni ordinarie ed a quelle amministrative è sospeso di diritto dal 1° al 31 agosto di ciascun anno e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Ove il decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo».

decadenza per la proposizione di una domanda giudiziale in primo grado <sup>29</sup>.

E così, per esemplificare, non potevano dirsi rientrare nella sospensione di cui all'art. 1, comma 2, né il termine di 90 giorni per l'impugnazione di una delibera assembleare, né quello per l'impugnazione di un licenziamento <sup>30</sup>, né quello per la opposizione ad una fusione e/o ad una scissione, e via dicendo.

In dipendenza della originaria formulazione della norma vi erano, poi, ulteriori precisazioni che dovevano e potevano svolgersi quanto alla corretta individuazione dell'ambito di applicazione della sospensione di cui all'art. 1, comma 2, d.l. n. 11 del 2020. Il comma 1 dell'articolo 1, come veduto, delimitava originariamente (mediante il rinvio che a tale comma veniva fatto dal successivo comma 2) l'applicazione della sospensione ai «procedimenti pendenti presso tutti gli uffici giudiziari». Il concetto di pendenza poteva, in effetti, intendersi in più modi: si sarebbe potuto, innanzi tutto, ritenere che ciò che rilevasse fosse la pendenza della lite *tout court*, ossia si sarebbe potuto ritenere che ciò che contava ai fini della sospensione fosse esclusivamente il fatto che il decorso del termine venisse ad innescarsi nel momento immediatamente successivo a quello in cui una lite e/o una causa e/o un giudizio devono considerarsi iniziati secondo le regole volta a volta rilevanti <sup>31</sup>. A voler intendere la disposizione

---

<sup>29</sup> La giurisprudenza di legittimità, come noto, insegna che tra i termini processuali per i quali l'art. 1 della legge n. 742 del 1969 prevede la sospensione nel periodo feriale vanno compresi non soltanto i termini inerenti alle fasi successive all'introduzione del processo, ma anche il termine entro il quale il processo deve essere instaurato, quando l'azione in giudizio rappresenta l'unico strumento a tutela dei diritti dell'attore.

<sup>30</sup> L'esempio non è impreciso. La sospensione disposta dal secondo comma dell'art. 83 prevede, infatti, delle eccezioni (elencate nel comma 3 dell'art. 83) che non coincidono con quelle che si applicano alla sospensione feriale dei termini ai sensi dell'art. 1 L. 742/1969 (tra cui, come noto, rientrano le controversie in materia di lavoro).

<sup>31</sup> Per procedimenti civili pendenti devono intendersi, beninteso, non solo i processi di cognizione (tanto a rito ordinario, quanto a rito speciale) ma anche i procedimenti esecutivi, concorsuali, di volontaria giurisdizione e via dicendo. E così, per esemplificare, a voler ritenere rilevante al fine di considerare pendente un procedimento ai sensi del primo comma il semplice fatto dell'inizio del procedimento, dovrebbe intendersi sospeso il termine per proporre opposizione agli atti esecutivi avverso un atto "interno" ad un procedimento esecutivo iniziato con il pignoramento (ancorché tale pignoramento non sia stato ancora iscritto a ruolo), mentre non pareva potersi ritenere sospeso il termine per proporre opposizione agli atti esecutivi per far valere l'irregolarità formale del precetto prima che sia iniziata l'esecuzione perché, come noto, l'atto di precetto è atto esterno all'espropriazione forzata

in tal modo ne sarebbe conseguito che ad essere sospeso sarebbe stato, ad es., il termine per la tempestiva iscrizione a ruolo tanto di una citazione introduttiva di un giudizio di primo grado, quanto di una citazione introduttiva di un giudizio di appello, così come di una citazione introduttiva di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo<sup>32</sup>. Ugualmente si sarebbe dovuto intendere sospeso il termine per il deposito del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 369 c.p.c., con conseguente automatico differimento del termine per la notificazione del controricorso ai sensi dell'art. 370 c.p.c., e via dicendo.

Tuttavia, la nozione di «procedimenti pendenti presso tutti gli uffici giudiziari» avrebbe potuto essere intesa anche in modo più limitato. Il fatto, cioè, che il legislatore avesse fatto riferimento ai procedimenti e non ai termini (come veduto sopra) e che, per di più, lo avesse originariamente fatto specificando che doveva trattarsi di procedimenti pendenti presso un (qualsiasi) ufficio giudiziario avrebbe potuto, infatti, giustificare la conclu-

---

(che inizia con il pignoramento, art. 491 c.p.c.) ed alla esecuzione per consegna e rilascio (che inizia con la notificazione del c.d. avviso di soggio, art. 608 c.p.c.). Le modifiche introdotte con l'art. 83 del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 giustificano, invece, la conclusione circa l'applicazione della sospensione anche al termine di 20 giorni per la proposizione della opposizione agli atti esecutivi avverso l'atto di precetto.

<sup>32</sup> Ciò che pone, però, un problema quanto al coordinamento di tale "improvvisa" sospensione con il calcolo del termine minimo a comparire di cui all'art.163-bis c.p.c. Si immagini, cioè, una citazione notificata (ossia, consegnata al destinatario) il 6 marzo con udienza indicata al 14 maggio 2020 (tra la data della notificazione della citazione e quella dell'udienza ci sono, in tal caso, 100 giorni, quindi un termine superiore a quello minimo). Calcolando, però, il periodo di sospensione dal 9 marzo al 15 aprile, il termine minimo diventerebbe inferiore a quello minimo di cui all'art. 163-bis c.p.c. In tale ipotesi, in effetti, la soluzione non è per nulla agevole da individuare: si potrebbe, cioè, essere indotti a privilegiare la posizione dell'incolpevole attore che incorrerebbe in una nullità sopravvenuta senza che avere alcuna possibilità di evitarla (semplicemente perché, come detto, alla data di notificazione della citazione non poteva questi prefigurarsi una sospensione disposta *ex post*), ma allo stesso tempo potrebbe valorizzarsi la posizione del convenuto che, nel caso in cui l'attore proceda (come possibile) alla iscrizione a ruolo alla ripresa del termine (ossia, dopo il 15 aprile), avrebbe a disposizione un termine inferiore a quello di legge per consultare, tra l'altro, i documenti depositati dall'attore. Né in tale scenario potrebbe soccorrere l'ipotesi di un rinvio dell'udienza indicata in citazione (ai sensi del comma quinto dell'art. 168-bis c.p.c., o anche per effetto di un provvedimento assunto ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. h, del decreto-legge in commento) atteso che per alcune pronunce della Suprema Corte (si v., ad es., Cass. civ., Sez. VI – 2, 6 febbraio 2018, n. 2853, Cass. civ., Sez. I, 2 luglio 2014, n. 15128) *“ai fini del calcolo dei termini minimi a comparire di cui all'art. 163 bis cod. proc. civ., decorrenti dalla data della notifica della citazione (in primo grado ed in appello), occorre fare riferimento alla data dell'udienza fissata in citazione, fermo restando che, in caso di inosservanza dei predetti termini, la nullità della citazione non è sanata quando essi risultino rispettati per effetto del differimento dell'udienza a norma dell'art. 168 bis, quarto e quinto comma, cod. proc. civ.”*.

sione per cui ad essere sospesi fossero solo i termini il cui decorso venisse ad innescarsi in relazione ad un procedimento che risultasse, alla data di entrata in vigore del decreto, concretamente radicato presso un'autorità giudiziaria mediante le attività volta a volta richieste a seconda del rito applicabile e del tipo di procedimento.

E dunque, in tale più ristretta accezione del concetto di «procedimento pendente», i termini sospesi sarebbero stati solo quelli, ad es., in corso rispetto a giudizi ordinari di cognizione (di primo o secondo grado) in cui l'atto di citazione fosse stato non solo notificato ma anche iscritto a ruolo, ovvero rispetto a giudizi di cassazione in cui il ricorso fosse stato non solo notificato ma anche depositato ai sensi dell'art. 369 c.p.c., e così via.

Tale lettura, tuttavia, non poteva a nostro modo di vedere essere condivisa neppure nel vigore della originaria formulazione della norma in quanto non solo essa appariva priva, già allora, di alcun razionale fondamento alla luce delle esigenze avute di mira dal legislatore nell'emanare il d.l. n. 11 del 2020, ma anche perché non parevano potersi sopravvalutare gli elementi letterali sopra indicati. Il riferimento ai procedimenti (anziché alle cause, alle liti, ai processi e/o ai giudizi) si giustificava al lume della considerazione per cui si tratta di disposizioni destinate ad essere applicate tanto nel settore civile, quanto nel settore penale, mentre la specificazione che debba trattarsi di procedimenti pendenti «presso tutti gli uffici giudiziari» pareva trovare adeguata spiegazione nel fatto che voleva darsi enfasi e risalto alla circostanza di una generalizzata applicazione delle disposizioni così introdotte (insomma, la parte rilevante della disposizione non stava nel «presso» ma nel «tutti gli uffici giudiziari»).

Possiamo, quindi, concludere nel senso che – anche nel vigore della originaria formulazione della norma – ciò che rilevava ai fini della sospensione era il solo fatto che un procedimento fosse pendente nel senso di (semplicemente) iniziato secondo le disposizioni volta a volta applicabili<sup>33</sup>. La conclusione così raggiunta consentiva, poi, di risolvere l'ultimo dubbio che poteva prospettarsi in ordine alla corretta delimitazione dell'ambito applicativo della sospensione dei termini disposta dal secondo comma

---

<sup>33</sup> Ciò che consente, quindi, di ritenere sospeso, ad es., il termine per la riassunzione del giudizio nel caso di cancellazione della causa dal ruolo.

dell'art. 1 d.l. n. 11 del 2020. Il dubbio era se ad essere sospesi fossero anche i termini di impugnazione in senso lato, ossia i termini posti a pena di decadenza per il compimento di un atto processuale volto a contestare un precedente provvedimento con iniziativa destinata a dar luogo alla instaurazione di un diverso procedimento.

Poiché, come ci è sembrato preferibile fare, anche nel vigore della originaria formulazione della norma si doveva ritenere che la pendenza del procedimento fosse, tutto sommato, sinonimo di pendenza della lite e che, quindi, ciò che contava fosse il semplice fatto che una causa era iniziata (senza, dunque, che rilevasse il fatto che tale causa fosse anche concretamente incardinata nei ruoli dell'autorità giudiziaria), ne sarebbe dovuta conseguire l'applicabilità della sospensione anche ai termini posti per l'esercizio dei poteri in senso lato impugnatori che la legge riserva alle parti, esercitabili in vario modo, vale a dire, oltre che con i rimedi *ex art.* 323 c.p.c., anche tramite opposizioni, reclami, ecc. previsti in altre norme del codice di rito o di leggi speciali<sup>34</sup>. Tale lettura – seppur in qualche modo contrastata dalla osservazione per cui, a rigore, il termine di impugnazione (ad es., per proporre appello) è interno alla generale litispendenza i cui effetti si producono dal momento dell'inizio della causa in primo grado e sino al passaggio in giudicato della sentenza ma esterno e successivo alla pendenza del procedimento chiusosi con il provvedimento da impugnare<sup>35</sup> – presentava, senza dubbio, il pregio della semplicità e

---

<sup>34</sup> Tale conclusione, peraltro, trovava pure conferma nella relazione al disegno di legge presentato al Senato con il numero 1757 per la conversione del D.L. 11/2020 in cui può leggersi che «il comma 2 del medesimo articolo 1, con disposizione di portata generale, riferita a tutti i procedimenti e processi civili e penali pendenti, anche quando non sia fissata udienza nel periodo interessato, dispone la sospensione di tutti i termini per il compimento di qualsiasi attività processuale, ivi inclusi gli atti di impugnazione»

<sup>35</sup> Anche a voler ammettere, quindi, che i termini per le impugnazioni ordinarie siano sospesi ai sensi del secondo comma dell'art. 1, sarebbero invece rimasti fuori dalla sospensione (nel vigore della originaria formulazione della disposizione) i termini – se già in corso – per la proposizione di una impugnazione straordinaria che dà luogo ad una nuova litispendenza. Può anche aggiungersi, poi, che a voler enfatizzare la rilevanza, ai fini della applicazione della sospensione dei termini di impugnazione in senso lato, della circostanza che debba comunque trattarsi di una impugnazione e/o contestazione sollevabile nell'ambito di un procedimento sostanzialmente unitario già pendente (ossia incardinato presso una autorità giudiziaria) ancorché diviso per fasi ne sarebbero conseguite conclusioni quantomeno irrazionali o comunque poco giustificabili nell'ottica della parità di trattamento; nel senso che sospeso si sarebbe allora potuto ritenere il termine per la proposizione di un reclamo cautelare (in procedimenti cautelari che non abbiano ad oggetto diritti fondamentali della

appariva, in effetti, da preferire al fine di evitare inutili complicazioni in un momento così delicato.

Le conclusioni raggiunte nel testo circa la portata applicativa della sospensione nel vigore della originaria formulazione della norma sono, oggi, ovviamente confermate dalle modifiche apportate rispetto all'abrogato secondo comma dell'art. 1 del decreto-legge 11/2020 dall'art. 83 del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 il cui comma 2 – che si occupa, appunto, della sospensione – nel riferirsi, oramai, ai «procedimenti civili e penali» e non più ai «procedimenti di cui al comma 1» rende ragione di quanto – con fare didascalico e, per questo, pericoloso – si trova ora espressamente affermato nel secondo periodo del medesimo secondo comma dell'art. 83 per il quale «si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali».

Eliminato il riferimento alla pendenza del procedimento, rientrano ora nella sospensione pure i termini processuali esterni alla pendenza della lite e posti a pena di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale in primo grado, qualora la proposizione della domanda giudizio sia, ovviamente, l'unico modo in cui sia possibile far valere il diritto <sup>36</sup>.

---

persona, v. *supra*), quello per la opposizione a decreto ingiuntivo, quello per la proposizione di una opposizione allo stato passivo *ex art.* 98 L.F. (perché si inserisce nel procedimento concorsuale pendente e costituisce, comunque, sviluppo a cognizione piena della fase sommaria svoltasi innanzi al giudice delegato), mentre non sarebbe stato sospeso il termine per l'appello, per il ricorso per cassazione, per la revocazione ordinaria o per il regolamento di competenza.

<sup>36</sup> E che, come veduto, non potevano beneficiare della sospensione nel vigore della originaria formulazione della norma atteso che essa si riferiva, come più volte detto, ai termini relativi ad un procedimento pendente (v. la precedente nt. 28). Tuttavia, se la modifica intervenuta non incide in modo innovativo (a nostro modo di vedere) sulla estensione della sospensione ai termini di impugnazione (che potevano intendersi sospesi per effetto di una generosa ed ampia interpretazione del concetto di pendenza del procedimento; v. *supra* nel testo e nelle note) – e dunque non pone problemi, diciamo così, intertemporali – questa stessa modifica determina, invece, un innovativo ampliamento dell'ambito di applicazione della sospensione, oggi operante anche per i termini esterni al procedimento e posti a pena di decadenza per la proposizione dell'azione in giudizio. A nostro modo di vedere, poiché l'art. 83, comma 2, dispone la sospensione dei termini dal 9 marzo al 15 aprile 2020, se un termine per impugnare una delibera assembleare o per impugnare un licenziamento veniva a scadere nel periodo dal 9 al 16 marzo (ossia prima dell'entrata in vigore del decreto legge n.

La norma sulla sospensione di cui all'oramai abrogato comma 2 dell'art. 1 d.l. n. 11 del 2020 non conteneva, poi, alcuna espressa previsione quanto alle sue ricadute in ordine ai termini c.d. a ritroso. Quando trovi applicazione la sospensione feriale *ex art.* 1 l. n. 742 del 1969, come noto, i termini da calcolarsi a ritroso si considerano rispettati allorché, ad es., tra la data dell'udienza di prima comparizione e quello di tempestiva costituzione del convenuto vi sia un intervallo di tempo di cinquantuno giorni (venti più i trentuno di sospensione)<sup>37</sup>. Tale modo di applicazione della norma sul calcolo dei termini a ritroso in caso di sospensione comporta alcuni problemi allorché, come nella specie, il provvedimento che dispone codesta sospensione giunga, diciamo così, a sorpresa.

Anche nel vigore della originaria formulazione della norma si trattava, però, di problemi che potevano risolversi agevolmente al lume della considerazione per cui la sospensione dei termini di cui al comma 2 dell'art. 1 d.l. n. 11 del 2020 – proprio in quanto inaspettata ed imprevedibile – non poteva avere né l'effetto di far ritenere, *ex post*, tardiva una attività che quando è stata compiuta era perfettamente tempestiva<sup>38</sup>, né quello di rendere inesigibile il rispetto del termine<sup>39</sup>.

---

18 del 17 marzo 2020, il loro mancato rispetto non produce alcuna decadenza, nel senso che quella sospensione è destinata ad operare, diciamo così, in modo retroattivo rimuovendo la solo apparente decadenza nel frattempo maturata. Ovviamente – ma il rilievo, lo concediamo, è persino banale – se entro il termine originario destinato a scadere nel periodo dal 9 al 16 marzo l'impugnazione della delibera e/o del licenziamento sono state proposte, l'entrata in vigore del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 non comporterà la possibilità di un rinnovato esercizio del potere oramai consumatosi.

<sup>37</sup> Immaginando una udienza indicata in citazione (o differita ai sensi del quinto comma dell'art. 168-bis c.p.c.) al 2 settembre, il termine per la costituzione tempestiva scadrà il 13 luglio. Nel caso di termine a ritroso, infatti, la sospensione non fa allungare il termine in avanti ma fa spostare il termine all'indietro. Nel caso di sospensione improvvisa, però, questo modo di operare non è concepibile (*v. infra*).

<sup>38</sup> Pertanto, immaginando una udienza di indicata in citazione (o differita ai sensi del quinto comma dell'art. 168-bis c.p.c.) al 20 marzo ed immaginando che il convenuto si sia costituito il 28 febbraio, il fatto che il periodo tra il 15 aprile ed il 9 marzo sia indicato come periodo di sospensione non incide, chiaramente, sulla tempestività della costituzione. Sopra, peraltro, abbiamo precisato che il rinvio di ufficio di detta udienza disposto ai sensi del primo comma dell'art. 1 non potrà rimettere in termini il convenuto che non si sia costituito tempestivamente entro il 28 febbraio, atteso che la decadenza oramai maturata non potrà, crediamo, essere *ex post* rimossa.

<sup>39</sup> Di conseguenza, in tutti i casi in cui il termine a ritroso scada nel periodo cuscinetto (9 marzo-15 aprile 2020), detto termine dovrà considerarsi rispettato allorché l'atto venga compiuto entro il giorno di sua originaria scadenza (ancorché, come veduto, tale scadenza cada nel periodo di disposta sospensione che, però, in tali casi penalizzerebbe la parte e,

Sempre nel vigore della originaria formulazione della norma, poi, doveva giungersi alla conclusione per cui se tanto l'udienza quanto il termine a ritroso cadevano entrambi nel periodo cuscinetto, allora era ragionevole ritenere <sup>40</sup> che il disposto rinvio di ufficio dell'udienza comportasse anche lo slittamento in avanti del termine non ancora scaduto al momento dell'entrata in vigore del decreto-legge <sup>41</sup>. Nel d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (art. 83 co. 2, ultimo periodo) si è, invece, espressamente stabilito che «quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto». Tale previsione – se conferma, diremmo, *a fortiori* la nostra lettura circa il dovuto slittamento in avanti del termine allorché l'udienza rispetto al quale esso deve essere calcolato a ritroso sia rinviata d'ufficio ai sensi del primo comma dell'art.

---

dunque, non può operare). Ma su questo aspetto v. anche quanto osservato *infra* in ordine alle modifiche introdotte con il decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020.

<sup>40</sup> Lo si può dedurre pure da quanto prevede il Decreto n. 36 del 13 marzo 2020 del Primo Presidente della Corte di Cassazione. Con questo provvedimento si è stabilito, tra l'altro, che, «nel settore civile, tutte le udienze e le adunanze camerali fissate nel periodo dal 23 marzo al 10 aprile 2020 sono soppresse; le relative cause sono rinviate a nuovo ruolo, salvo quelle indicate nell'art. 2, comma 2, lett. g) del d.l. n. 11 del 2020, che, previa individuazione, saranno rifissate a una udienza o camera di consiglio successiva al 31 maggio 2020». Nelle premesse del provvedimento può leggersi che la necessità del differimento anche di queste udienze o adunanze è dovuta «alla circostanza che per molte di esse i termini di presentazione delle memorie andrebbero a scadere nel periodo dal 9 al 22 marzo, nel quale, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del citato d.l., sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto». Poiché per il settore penale si è espressamente disposto che «per i procedimenti rinviati *ex officio*, il termine di presentazione [delle memorie] sarà computato con riguardo alla nuova data di udienza che verrà fissata», pare ragionevole ritenere che lo stesso valga anche per il settore civile. Nel senso che in tutti i casi di rinvio di ufficio della udienza o della adunanza, il termine a ritroso per il deposito delle memorie verrà calcolato avendo come riferimento la nuova udienza o adunanza (ancorché l'originario termine scada dopo il 15 aprile).

<sup>41</sup> Con riferimento al processo ordinario di cognizione avanti il Tribunale, come noto, il termine a ritroso per la costituzione tempestiva del convenuto viene calcolato con riferimento all'udienza indicata in citazione, ovvero con riferimento a quella differita con apposito provvedimento del giudice istruttore ai sensi del quinto comma dell'art. 168-bis c.p.c. Non rileva, al contrario, il differimento automatico di cui al quarto comma dell'art. 168-bis c.p.c. Tali previsioni, tuttavia, non sono a nostro avviso rilevanti con riferimento a quanto disposto dal decreto-legge 11/2020. Nel senso che (i) qualora, ad es., l'udienza indicata in citazione del 15 aprile 2020 risulti confermata, il differimento d'ufficio dell'udienza ad una data successiva al 15 aprile comporterà, senz'altro, anche lo slittamento in avanti del termine di costituzione tempestiva del convenuto (termine, cioè, che verrà a scadenza 20 giorni prima della nuova udienza), (ii) qualora, ad es., l'udienza indicata in citazione sia stata già differita al 20 aprile 2020 ai sensi del quinto comma dell'art. 168-bis c.p.c. e venga rinviata ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. g), allora il termine di costituzione tempestiva del convenuto verrà a scadenza venti giorni prima della nuova udienza.

83 d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 o ai sensi del settimo comma, lett. g), – introduce però una novità <sup>42</sup>, nel senso che, ad es., fissata udienza di prima comparizione ai sensi del quinto comma dell'art. 168-*bis* c.p.c. al 30 aprile 2020, tale udienza andrà necessariamente rinviata ad una data successiva – ancorché non ricadente nel primo periodo dal 9 marzo al 15 aprile – al fine di permettere al convenuto di costituirsi tempestivamente compiendo le attività necessarie al di là del periodo di sospensione <sup>43</sup>.

### 5. - La sospensione dei termini nella mediazione e nella negoziazione assistita.

Il comma 20 dell'art. 83 d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 prevede che per il periodo dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 «sono altresì sospesi i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del d.lggs. 4 marzo 2010, n. 28, nei procedimenti di negoziazione assistita ai sensi del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, nonché in tutti i procedimenti

---

<sup>42</sup> Anche con riferimento a questa innovativa previsione si potrebbero porre alcuni problemi di diritto intertemporale. Si immagini il caso di una udienza di prima comparizione fissata al 30 marzo 2020 rispetto alla quale, dunque, il termine per costituzione tempestiva scadeva il 10 marzo (non era possibile, come visto, considerarlo scaduto prima perché la sospensione, in quanto improvvisa, non poteva aver l'effetto di rendere inesigibile il rispetto del termine neppure nel vigore della originaria formulazione della norma; v. *supra*). Si immagini, ancora, che il convenuto non si sia costituito entro il 10. Potrà questo convenuto costituirsi tempestivamente almeno venti giorni della udienza così come rinviata di ufficio a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020? A rigore, nel caso di specie il differimento è stato disposto quando la decadenza era già maturata e in precedenza abbiamo ritenuto che in casi come questi il differimento non può comportare una rimessione in termine. Nel caso di specie, però, la decadenza sarebbe comunque maturata nel periodo di sospensione considerato dal secondo comma dell'art. 83 del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 e, quindi, la risposta è la stessa che ci siamo sentiti di poter dare con riferimento alla scadenza dei termini per proporre la domanda giudiziali (prima esclusi, ora ricompresi nella sospensione). Pertanto – fermo, anche qui, che se quel convenuto si è costituito il 10 marzo, il differimento disposto *ex post* non potrà permettergli una nuova costituzione rispetto alla nuova udienza (atteso che il suo potere si è oramai consumato per avvenuto esercizio) – la decadenza solo apparentemente maturata il 10 marzo sarà, diciamo così, rimossa retroattivamente per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 83, comma 2, ultimo periodo, il quale, come visto, ricomprende nella sospensione (anche) un periodo di tempo precedente la sua entrata in vigore («dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020»).

<sup>43</sup> Il rinvio dell'udienza – anche se fissata per una data successiva tanto al 15 aprile, quanto al 30 giugno – si renderà pure necessario allorché, ad es., l'allungamento dei termini per le tre memorie di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. derivante dalla sospensione di cui al comma 2 dell'art. 83 comporti che la scadenza dell'ultimo cada in una data successiva alla udienza originariamente fissata.

di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti, quando i predetti procedimenti siano stati promossi entro il 9 marzo 2020 e quando costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Sono conseguentemente sospesi i termini di durata massima dei medesimi procedimenti».

Con riferimento alla mediazione di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, la previsione serve, innanzi tutto e principalmente <sup>44</sup>, a sterilizzare – per il periodo considerato – l’operatività della disposizione contenuta nel secondo comma dell’art. 6 a tenore del quale il termine trimestrale di durata massima del procedimento «non è soggetto a sospensione feriale». L’intero periodo dal 9 marzo 2020 al 15 aprile (estremi compresi), quindi, dovrà aggiungersi al residuo periodo di durata del procedimento di mediazione maturato sino all’8 marzo 2020 <sup>45</sup>.

Per la negoziazione assistita, la previsione contenuta al comma 20 dell’art. 29 d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 determina, invece, (i) la sospensione del termine di 30 giorni entro il quale la parte che ha ricevuto l’invito deve esprimere la propria adesione alla procedura, ai sensi dell’art. 3, comma 2, e dell’art. 4, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, nonché (ii) la sospensione del termine concordato dalle parti per l’espletamento della procedura ai sensi dell’art. 2, comma 2, lett. a), d.l. 12 settembre 2014, n. 132.

La sospensione di questi termini, peraltro, opera solo con riferimento a quei casi in cui la mediazione o la negoziazione assistita siano condizione di procedibilità della domanda giudiziale e solo quando detti procedimenti obbligatori siano già stati instaurati al 9 marzo 2020.

Quanto alla limitazione della sospensione ai soli procedimenti di mediazione o negoziazione assistita che costituiscano condizione di procedibilità della domanda, essa pare trovare giustificazione nell’osservazione per cui l’allungamento del termine massimo di durata che si produce per effetto

---

<sup>44</sup> Potremmo anche dire esclusivamente, atteso che nel procedimento di mediazione regolato dal d.lgs. 28/2010 non esistono altri termini la cui scadenza può procurare conseguenze rilevanti sul piano delle facoltà, dei diritti e dei poteri delle parti. Qualora, però e per esemplificare, il regolamento dell’organismo preveda, ad es., che l’istanza di mediazione e la fissazione del primo incontro siano notificati entro un certo termine al chiamato, anche questo termine dovrà senz’altro ritenersi sospeso ancorché il suo mancato rispetto non possa provocare alcuna definitiva conseguenza negativa sull’ulteriore corso della procedura.

<sup>45</sup> Per intendersi: introdotta la mediazione il 1 febbraio 2020, il termine di tre mesi scadrà l’8 giugno 2020 (tre mesi dal 1 febbraio più 38 giorni di sospensione dal 9 marzo al 15 aprile).

della sospensione ha senso solo in tali procedimenti rispetto ai quali il legislatore, imponendo l'obbligatorietà, vuole che le parti – che sono costrette a servirsi dello strumento e che, quindi, decorso inutilmente il termine di cui all'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010 sarebbero senz'altro indotte a introdurre o continuare il giudizio ordinario – usufruiscano in modo pieno, completo ed effettivo della mediazione <sup>46</sup>.

Meno chiara è la ragione che ha indotto il legislatore a limitare l'applicazione della sospensione del termine ai soli procedimenti di mediazione e negoziazione assistita obbligatori «promossi entro il 9 marzo 2020». In primo luogo, poiché questa sospensione è stata introdotta, seppure con efficacia retroattiva (ossia ricomprendendo anche un periodo antecedente la sua entrata in vigore), dal d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, non si capisce perché i procedimenti di mediazione o di negoziazione assistita obbligatori promossi tra il 10 marzo ed il 16 marzo – ossia in un periodo in cui non vi era alcuna previsione relativa a detti procedimenti – non debbano beneficiare della sospensione in parola.

In ogni caso, la previsione pare davvero di difficile spiegazione perché pregiudica, in sostanza, proprio il raggiungimento dell'obbiettivo avuto di mira dal legislatore con la sospensione del termine di durata massima della mediazione e negoziazione assistita obbligatorie (ossia far sì che il procedimento si svolga in modo effettivo). Ed infatti, depositata una istanza di mediazione il 10 marzo, la mancata sospensione dei termini imporrà comunque uno svolgimento del procedimento senza che le parti – per evidenti ragioni – abbiano alcun interesse e possibilità di ricercare effettivamente un accordo. Verosimilmente, il legislatore nel limitare la previsione

---

<sup>46</sup> Lo stesso ragionamento parrebbe valere anche per la negoziazione assistita, nel senso che anche in questo caso si vuole impedire che l'utilizzo dello strumento imposto dal legislatore venga mortificato nella sua effettività dall'inutile decorso di un termine in cui – per evidenti ragioni – le parti e i loro avvocati non possono dedicare particolare cura o attenzione allo svolgimento di un'attività volta alla ricerca di un accordo che impedisca il contenzioso. È pur vero, però, che, diversamente da quanto accade nella mediazione obbligatoria, il termine massimo per la durata della negoziazione è frutto dell'accordo delle parti (atteso che la parte invitata potrebbe declinare l'invito e così far considerare avverata la condizione) e, quindi, in tal caso la situazione sembrerebbe, almeno in parte, equiparabile a quella della mediazione volontaria rispetto alla quale non opera alcuna sospensione del termine massimo di durata semplicemente perché, se le parti hanno voluto, entrambe, la mediazione, allora saranno le stesse parti a voler che essa prosegua effettivamente sino all'eventuale raggiungimento di un accordo.

ai soli procedimenti «promossi entro il 9 marzo 2020» è partito dal presupposto (erroneo, a nostro avviso) che l'atto compiuto dopo tale data sia da considerarsi – in quanto posto in essere nel periodo di sospensione – privo di alcuna rilevanza e, tutto sommato, siccome *tamquam non esset*.

Si tratta, però e come anticipato, di un presupposto fallace perché la sospensione riguarda i termini e non i procedimenti in quanto tali con la conseguenza per cui, nelle more della sospensione dei termini, nessuna norma vieta il compimento dell'atto rendendolo nullo o altrimenti invalido (ancorché da questo non potranno scaturire conseguenze sull'ulteriore svolgimento del procedimento, nel senso che eventuali termini innescati dal compimento di questo cominceranno a decorrere, comunque, alla fine del periodo di sospensione).

Rimane, da ultimo, da precisare che saranno ugualmente sospesi i termini che il giudice abbia assegnato alle parti (i) ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, (ii) ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28 del 2010, e (iii) ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28 del 2010. Tali termini, peraltro, devono intendersi sospesi, non in virtù del comma 20 dell'art. 83, bensì in dipendenza della generale sospensione di cui al comma 2 del medesimo art. 83<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Il secondo comma dell'art. 83 disciplinerà, altresì, la sospensione del termine di cui al comma 6 dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010 e di quello di cui all'art. 8 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, beninteso nei casi in cui la decadenza non possa essere impedita se non con la proposizione della domanda giudiziale.

## 2. Libertà “limitate” e ruolo del Parlamento

---

---

Noi abbiamo letto soltanto sui libri di storia della lotta per i diritti, delle idee giusnaturalistiche per l'eguaglianza, del superamento di una società divisa per classi e ceti, della conquista di diritti per tutti.

Noi siamo nati quasi tutti dopo la Seconda guerra mondiale e quindi la guerra e i limiti alle libertà li abbiamo sentiti raccontare soltanto dai genitori o dai nonni.

Per questa ragione, i diritti che chiamiamo di “prima generazione” sono (stati) una parte quasi trascurata nei manuali giuridici.

Libertà personale, libertà di domicilio, di circolazione e soggiorno, di riunione, di associazione sono in fondo tutte cose che abbiamo dato per scontato, per anni.

E ci siamo interessati preferibilmente ai problemi dei diritti di seconda generazione, soprattutto per i costi che comportano alle finanze statali. A quelli di terza generazione, per capire chi e come possa essere titolare di situazioni giuridiche soggettive sulla pace o sulla tutela dell'ambiente. E ora, ai diritti di quarta generazione, per tutte le interferenze delle tecnologie sulla nostra vita.

Ma l'emergenza connessa all'epidemia ci sta facendo comprendere quanto

siano preziose le libertà più classiche della persona e di come sia difficile vivere quando sono limitate.

In fondo i diritti della personalità hanno un senso profondo, che ti accorgi di quanto sia profondo quando ti accorgi che non puoi più goderne liberamente, come hai sempre fatto.

I Costituenti sapevano bene che questi diritti possono essere limitati e relativizzati. Così avevano previsto come si potesse procedere.

Solidi fondamenti alle limitazioni che stiamo provando ora sono non soltanto l'art. 16 Cost. che consente "limitazioni" alla libertà di circolazione e soggiorno, allorquando «la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza». Ma anche l'art. 32 che tutela la salute non solo come «fondamentale diritto dell'individuo» ma anche quale «interesse della collettività».

I diritti sono relativi e non semplicemente assoluti. Perché è nell'interesse della collettività che possano essere conformati e limitati.

Il punto che sta emergendo nel dibattito costituzionale riguarda ora il ruolo del Parlamento in questi interventi normativi di limitazione.

---

026

Basta andare sulla preziosa raccolta curata dalla G.U. degli "Atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (<https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12>) per rilevare che nell'ultimo mese abbiamo 8 d.P.C.M., 5 Decreti-legge e una sola legge (di conversione), oltre a decine di ordinanze contingibili di presidenti di regione e sindaci, anche con sovrapposizioni e incertezze a scapito dei cittadini.

Ecco il punto.

È corretto lasciare la gran parte delle misure limitative dei diritti a provvedimenti amministrativi generali, senza intervento del Parlamento?

Tradizionalmente, sappiamo che in caso di guerra i Parlamenti non riescono a lavorare. E così è avvenuto in Italia, anche se diversamente, nella I e nella II guerra mondiale. L'istituto dei pieni poteri – cui nel nostro Paese si è fatto ricorso, da ultimo, con l. 22 maggio 1915, n. 671 – nasce proprio per queste circostanze.

E la dottrina ci ricorda che con questa locuzione si intende "la concentrazione di potestà e di funzioni nelle mani dell'autorità di governo" che importa «gravi deroghe ai principi dello "stato di diritto"», in relazione alle

«necessità sorte in periodi di grave crisi, in quanto che allora un’azione di governo rispettosa di tali strutture e garanzie non riuscirebbe adeguata alla cura dei più alti interessi pubblici»; in tal modo al Governo viene conferita la potestà di «organizzare e dirigere tanti ambiti della vita sociale, incidendo su molte parti della legislazione anteriormente in vigore» (così P.G. GRASSO, *Pieni poteri*, in *Nss. D.I.*, XIII, Torino, 1966, 61 s.).

La nostra Costituzione segue questa linea riservando al Parlamento la delibera dello “stato di guerra” e il conferimento al Governo dei “poteri necessari” (art. 78 Cost.).

Si badi, dei poteri “necessari” e non dei “pieni” poteri.

Ovviamente il Costituente non conosceva le nuove tecnologie, per cui oggi è pensabile trovare soluzioni digitali che consentano un maggiore coinvolgimento del Parlamento anche in casi di emergenza, come la attuale crisi sanitaria.

E confido che nelle prossime settimane si riuscirà a trovare una soluzione in questo senso, anche per individuare misure univoche e chiare su tutto il territorio nazionale.

Perché non è solo importante che siano i rappresentanti della sovranità popolare a delineare le linee guida con cui limitare i diritti dei cittadini, ma anche che tali indicazioni siano chiare e univoche. Altrimenti, ogni giorno ci verrà imposto un nuovo modello di autocertificazione e, tra d.P.C.M., ordinanze e regolamenti dei diversi livelli di governo sarà difficile per noi cittadini comprendere davvero cosa poter fare e cosa no, nell’interesse della collettività.



## **II**

# **CRISI D'IMPRESA**



### 3.

## **Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica**

---

L'era del Coronavirus produrrà sul piano economico quanto accaduto in situazioni analoghe nella recente storia dell'umanità, solo con una gravità ed una rapidità esponenziale generata dalla *globalizzazione*, esattamente come si sta verificando per l'emergenza sanitaria.

La vicenda determinerà una grande crisi economica non strutturale che, come nei cicli storici precedenti, produrrà poi grande sviluppo per quei Paesi e quelle Imprese che abbiano saputo usare un approccio "resiliente". L'espressione è mutuata dalla tecnologia dei materiali intesa come attitudine degli stessi ad assorbire energia in conseguenza delle deformazioni elastiche e plastiche fino alla rottura. Nel nostro caso indica la capacità di far fronte in maniera positiva a eventi traumatici, di riorganizzare efficacemente la vita dinanzi alle difficoltà, di ricostruirsi restando sensibili alle opportunità positive che l'evento dinamico dell'esistenza offre senza, si badi bene, alienare la propria identità.

Sono resilienti quelle persone e quelle imprese che, immerse in circo-

stanze avverse, riescono, nonostante tutto e talvolta contro ogni previsione, a fronteggiare efficacemente le contrarietà, a dare nuovo slancio alla propria esistenza e persino a raggiungere mete importanti ed imprevedibili prima degli eventi negativi.

Affinché vi sia *resilienza*, è tuttavia richiesta una strategia preventiva e, al contempo, una strategia reattiva, alle quali devono corrispondere *drivers* consolidati e non assetti completamente nuovi, come quelli delineati dal Codice della crisi e della insolvenza, la cui entrata in vigore, a nostro avviso, va rinviata al futuro neppure prossimo. D'altra parte il segnale è già arrivato in questi giorni dal rinvio per decreto di alcune parti e per alcune imprese della nuova normativa, specie per quanto concerne l'allerta, i cui indici sono inevitabilmente deformati dalla situazione eccezionale, che si somma alle già note *criticità* manifestate per l'attuazione delle misure da parte di imprese ancora non ben organizzate in tal senso e che dovranno indirizzare le proprie energie *cognitive* ad altro.

La resilienza in casi del genere è appunto di tipo "cognitivo" e richiede un contesto normativo ed identitario consolidato in quanto si tratta di *riadattare* l'esperienza e la conoscenza consolidata. Si tratta della capacità non tanto di resistere alle deformazioni, quanto di capire come possano essere ripristinate le proprie condizioni di conoscenza ampia, scoprendo una dimensione che renda possibile la propria struttura.

Vi sono processi economici e sociali che, in conseguenza del trauma costituito da una catastrofe, cessano di svilupparsi restando in una continua instabilità e, alle volte, addirittura collassano, estinguendosi; in altri casi, al contrario, sopravvivono e, anzi, proprio in conseguenza del trauma, trovano la forza e le risorse per una nuova fase di crescita e di affermazione in quanto capaci di programmare e gestire la reazione e talora persino la mutazione genetica.

Ma proviamo ad immaginare una strategia di resilienza specie per quelle imprese sane, che all'improvviso hanno perduto le proprie certezze e la dinamica dei propri cicli produttivi e che non solo possono trovarsi sul baratro dell'incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni ma divenire facili prede, a prezzi da saldo, di altre imprese concorrenti, specie straniere.

La *riforma del 2006*, nell'uscire dall'agnosticismo normativo che aveva

riguardato il tema, ha non solo dato all'azienda, al ramo (e persino all'universalità di beni aziendali non costituenti compendio autonomo) una centralità nelle norme sulla *liquidazione riallocativa* dell'attivo (artt. 104 ss.), ma come noto ha affrontato espressamente anche la questione del contratto di affitto preesistente. In particolare l'art. 79 sancisce che «il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, n. 1».

Il legislatore, in realtà, ha preso atto che il fenomeno ha un particolare rilievo in sede concorsuale in quanto frequentemente il contratto viene stipulato dall'imprenditore in crisi nell'ambito di un *programma* diretto a "lasciare" i debiti alla procedura ed a permettere la prosecuzione dell'attività d'impresa ad una persona giuridica terza, anche con il medesimo assetto proprietario.

Tale programma può essere concepito in modo *virtuoso, dichiarato* e "*resiliente*", al fine di consentire una *gestione ponte* propedeutica ad evitare soluzioni di continuità dell'attività economica sullo sfondo di una definizione concordataria (preventiva o appunto fallimentare) della crisi, od in modo "abusivo" o persino "simulato", al fine semplicemente di sottrarre alla massa le scelte di gestione dell'impresa e conseguentemente di amministrazione del patrimonio fallimentare, con un canone inadeguato e clausole contrattuali sfavorevoli alla curatela, quale *prospettico avente causa*.

La espressa disciplina della fattispecie dettata dalla legge fallimentare vigente accentua la prima opzione di utilizzo *tipico*, in funzione di una definizione concordataria (a guisa di *bad company*), garantita eventualmente dal prezzo di successiva vendita dell'azienda all'affittuario oltre che dai canoni di locazione.

Ciò anche in considerazione del fatto che il concordato fallimentare può essere, oltre che una mera modalità *subprocedimentale* di chiusura del fallimento, una variante *procedimentale* del modello liquidatorio *base*, rappresentando una possibile alternativa allo stesso per la gestione e la sistemazione dell'insolvenza che sia stata accertata in via giudiziale, da attuare subito dopo tale accertamento.

La previsione della facoltà di recesso indennizzato – in cui l'eventuale valutazione del giudice va condotta sul piano dell'*equilibrio delle prestazioni* con riferimento al margine di guadagno che la parte si riprometteva di trarre dalla esecuzione del contratto – consente nella modalità di utilizzo, per così dire *fisiologica*, anche una corretta programmazione della fattibilità economica della sistemazione concordataria dopo il fallimento, *anche a beneficio di eventuali finanziatori*.

Il tutto al fine di evitare quelle interruzioni dell'attività di impresa, in alcuni casi esiziali, derivanti dal tempo necessario alla selezione ed alla contrattazione per un affitto successivo, visto che la gestione sostitutiva rimane nella riforma un'ipotesi del tutto eccezionale. L'idea di un concordato fallimentare “del giorno dopo” era d'altra parte stata concepita dal Legislatore che, nel delineare il contenuto del programma di liquidazione, aveva collocato ai primi posti innanzitutto: a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda ai sensi dell'art. 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'art. 104-*bis*; b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto.

È evidente che la sussistenza di proposte di concordato fallimentare, da indicare nel programma all'indomani del fallimento, non può che fare riferimento a quella variante procedimentale del modello liquidatorio base programmato dallo stesso imprenditore insolvente sulla base di un *driver* strategico di resilienza dell'impresa che sia stata affittata subito prima ad un soggetto giuridico diverso ma con il medesimo assetto proprietario.

C'è di più, la proposta di concordato fallimentare “del giorno dopo” può essere assistita da quel nuovo sistema di garanzie pubbliche introdotte dalla decretazione d'urgenza di questi giorni. Ed il varco è nel comma 8 dell'art. 49 del decreto in cui si prevede che il Mef può emanare provvedimenti di natura non regolamentare con i quali individuare nuove misure a favore delle imprese come finanziamenti agevolati alle stesse e garanzie “primarie” anche a favore di banche per l'erogazione di nuova finanza.

Ecco che il programma “*resiliente*” che consenta la *gestione ponte* mediante affitto può trovare il tassello finale nel concordato a garanzia pubblica “del

giorno dopo”, propedeutico ad un “*fresh start*” o ancora meglio ad un “*restart without limits*”.



### **III**

## **DANNO E RESPONSABILITÀ**



## 4.

# Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute

---

A fine 2019, il giorno 11 novembre, la salute è stata protagonista delle undici sentenze di San Martino. Di quelle sentenze, di tutti i vari e diversi temi da esse affrontati, voglio ricordarne tre, che si sono occupate di come quantificare il danno non patrimoniale alla salute. Riguardano il risarcimento della perdita di *chance* non patrimoniale, cioè la perdita della mera possibilità di un miglioramento delle condizioni di salute (n. 28993); riguardano le situazioni straordinarie in cui è concesso di personalizzare il risarcimento del danno biologico, situazioni straordinarie tra quali è specificamente menzionata la cosiddetta cinestesi lavorativa (n. 28988); riguardano infine la quantificazione del danno risarcibile nel caso di menomazioni preesistenti che abbiano concorso a determinare un danno permanente alla salute, da calcolarsi secondo una sorta di meccanismo differenziale (n. 28986).

Sono sentenze che parlano di errori medici e di quanti soldi dare a chi ne sia vittima. Denaro da versare anche se la vittima già era compromessa;

anche se il danno si risolve nel fatto che si lavora con più fatica; oppure nel fatto che forse si sarebbe potuto stare un po' meglio (ma solo forse, perché se non c'è stato il miglioramento che avrebbe dovuto esserci allora il danno sta in quello).

Denaro che nessuno si sentiva di negare a persone sfortunate, la cui vita era peggiorata – o peggio che peggiorata – a causa di un altrui comportamento inaccettabile. A fine 2019, nel giorno di San Martino, dire qualcosa di diverso, porre il problema di una diversa logica del sistema risarcitorio per il danno non patrimoniale, era infatti considerato quasi scandaloso, era considerato in conflitto con la dignità della persona. Guai a ventilare il problema di come, in quel modo, si alimenta lo spirito di vendetta; di come in quel modo si incoraggiano le lamentazioni; di come in quel modo il denaro viene impiegato in modo poco efficiente. Il delitto di lesa Costituzione era subito sventolato da accademici, paladini dei doveri di solidarietà dell'art. 2; da avvocati, attenti alle proprie fonti di reddito; da giudici, ben contenti del loro palcoscenico.

Solo capitava di prendere la parola nell'ambiente dei medici o dei ricercatori biomedici si incontrava qualche ascoltatore interessato a una diversa logica. Non per timore di proprie responsabilità, ma per amore del progresso scientifico e per attenzione al benessere sociale.

Poi è arrivato il 2020, e con lui il Coronavirus.

La salute acquista una nuova dimensione. La tutela della salute come bene individuale scolora di fronte alla esigenza di tutelare la sua dimensione collettiva. Quegli interrogativi che poco tempo fa erano non semplicemente ignorati, ma addirittura rifiutati, sono interrogativi che improvvisamente acquistano un altro sapore. Diventano possibili e legittimi.

E allora. Le somme accordate a titolo di risarcimento del danno alla salute sono in linea di massima più elevate in Italia che altrove. E possiamo anche accettare che l'autore del danno, o il soggetto che ne deve rispondere, sia costretto a sostenere un simile costo. Il meccanismo assicurativo lo rende non irragionevole, tenendo presente che qui vengono in considerazione non già lesioni di beni o interessi economicamente valutabili, ma appunto il danno non patrimoniale alla salute.

Ma è davvero consigliabile che la somma accordata a titolo di risarcimento vada per intero al danneggiato?

La vittima va di certo consolata o soddisfatta, in ossequio alla funzione della responsabilità civile per i danni non patrimoniali che ormai da lungo tempo è stata collocata al di fuori di un sistema risarcitorio (ed è definita appunto consolatoria o satisfattoria). Va bene cioè lasciare alla persona pregiudicata una qualche disponibilità finanziaria che la possa ripagare del patimento (e anche che la possa incentivare all'iniziativa giudiziale, altrimenti tutto il discorso crolla).

Ma, viene da chiedersi, non è meglio che una parte dell'importo – da decidere quale: la metà, un terzo, una percentuale variabile – accordato per la lesione della integrità psico fisica, cioè della salute individuale, vada a beneficio della salute collettiva, e quindi al sistema sanitario, alla ricerca, alla assistenza? Tanto più che in questo modo si tutela (indirettamente, ma si tutela) anche la salute dell'individuo danneggiato?

La soluzione sarebbe operativamente assai facile – è sufficiente costituire un patrimonio destinato con un conto dedicato a fungere da collettore degli importi versati dai responsabili e dalle loro assicurazioni. Non sarebbe neppure difficile la sua giustificazione normativa. La premessa è come, se pacificamente il risarcimento dei danni non patrimoniali non è un risarcimento, allora il denaro non può essere un 'equivalente' risarcitorio. Sulla base di questa premessa, non ci vuole molto per ammettere un'idea di risarcimento in natura (concesso all'**art. 2058 c.c.** in alternativa a quello per equivalente) consistente nel fornire alle strutture deputate a curare e assistere i portatori di patologie cliniche, magari simili a quelle provocate dal responsabile dell'illecito, nel fornire loro i mezzi per migliorare i propri servizi e quindi fornire a tutti, ivi compresa la vittima dell'illecito, un'assistenza e cure più adeguate, più specializzate, più capaci di aiutare la guarigione o il miglioramento delle condizioni di vita.

Per di più, la solidarietà sociale è un dovere, lo dice la Costituzione. E non si può né vuole mettere in discussione il fatto che in nome della solidarietà sociale l'autore dell'illecito possa essere costretto a risarcire anche danni non patrimoniali. Ma la solidarietà sociale è un dovere di tutti, questo dice in verità la Costituzione. Di tutti vuol dire del danneggiante non più e non meno che del danneggiato.

Credo allora che imporre anche al danneggiato l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale sia addirittura necessario per rispettare la norma. E

credo che la solidarietà sociale vista dal lato del danneggiato possa e debba consistere proprio nel far dirottare una componente dell'obbligazione risarcitoria verso la tutela della salute pubblica.

Proviamo a immaginare, in questi giorni di isolamento, all'aiuto che la febbrile ricerca di cure e vaccini contro il Coronavirus potrebbe avere, o meglio ancora che potrebbe avere avuto, se ci fosse stato un *surplus* di finanziamento proveniente dalle migliaia e migliaia di risarcimenti accordati o concordati ogni anno a fronte di danni alla salute. O all'aiuto che avrebbe potuto avere e potrebbe avere l'opera di contenimento della diffusione del virus. E ricordiamo anche il fatto che negli Stati Uniti le legislazioni di almeno dieci Stati prevedono che nel caso di condanna a danni punitivi una parte della somma accordata a quel titolo vada non al danneggiato, ma a soggetti pubblici, e talora al sistema sanitario statale. La logica è la stessa, ed è una logica rispettosa della vera essenza della solidarietà: è la logica di una solidarietà sociale diffusa, e imposta davvero a tutti.

Mi pare che l'esperienza di questi giorni possa aiutare una nuova consapevolezza. Certo, non credo saggio che certe modifiche vengano decise sull'onda dell'emozione o dell'emergenza, e credo quindi che al momento nulla debba cambiare. Ma credo anche che questi momenti drammatici possano aiutare l'avvio di una riflessione serena e soprattutto liberata dai preconcetti che, fino a San Martino del 2019, l'hanno invischiata.

## **IV FAMIGLIA**



## 5. Brevi digressioni sulle libertà e sulle relazioni sentimentali al cospetto del Coronavirus

---

---

I tempi del Corona virus hanno decretato la nascita, con inusitata rigidità, di un antagonismo tra plurimi interessi, condensati attraverso variegata articolazioni in libertà, diritti e obblighi, che in tempi normali convivono senza che il perseguimento dell'uno rappresenti motivo di pregiudizio dell'altro (solo per fare alcuni esempi: libertà di movimento, diritto di riunione, diritto d'iniziativa economica; diritto al lavoro, tutela della salute di ciascun individuo, salute pubblica).

Il varo di prescrizioni dal contenuto altamente proibitivo indirizza la riflessione innanzitutto sulla tendenza, tipicamente contemporanea, a non attribuire peso adeguato – di talché sottovalutandoli – agli interessi fondamentali che nutrono la personalità degli individui mediante il riconoscimento in capo a ciascuno delle relative libertà; capsule, queste ultime, che servono a rivestirli di forma e a dotarli di consistenza al cospetto dell'ordinamento giuridico.

La percezione di quel che significhi poter godere di libertà, delle implicazioni alle medesime sottese ai fini del pieno sviluppo della personalità umana, dello stato di benessere che sono in grado di generare, si ha solo

nel momento in cui esse, per ragioni legate alla salvaguardia di interessi altrettanto fondamentali, risultano, seppur per motivi contingenti, soccombenti.

Ricorrendo allegoricamente al pensiero di Nietzsche sulla felicità, ben potrebbe dirsi che la libertà non ha volto ma spalle, la si vede solo quando se ne è andata.

La compressione della libertà di movimento, l'obbligo di rimanere a casa – ancorché con tutte le deroghe ispirate pur sempre dalla logica del ragionevole temperamento rispetto ad altri interessi astrattamente meritevoli tutti di tutela – ha annientato dinamiche relazionali vissute sino a ieri alla stregua di componenti rilevanti, alle volte imprescindibili, dell'esistenza di ognuno. Al tempo stesso ne ha potenziate altre, da cui potranno scaturire nel medio periodo, e all'esito della crisi in atto, conseguenze in parte dirompenti, non tutte facilmente prevedibili e comunque non catalogabili sulla scorta delle acquisizioni maturate ad oggi sul piano delle dinamiche comportamentali. Dinamiche che meritano, anche perché non v'è dubbio che diverranno osservatorio privilegiato per coltivare quell'anelito quasi utopistico della ricerca e dell'individuazione di valori condivisi, l'attenzione di più di un genere letterario, dovendosi dar per scontato che la riflessione dovrà orientarsi in senso pluridisciplinare.

Un rapido riferimento, conscio della necessità che un tema di tal portata venga affrontato attraverso la concessione di ben altro spazio, deve essere riservato al fenomeno delle relazioni sentimentali in tempi di restrizione della libertà di recarsi all'esterno.

Molti romanzi, anche di recente, hanno frequentemente focalizzato l'attenzione sull'unione coniugale e, più in generale, sulle unioni fondate sull'amore di coppia, proscenio privilegiato per osservare un intreccio sovente inestricabile di sentimenti che si dipanano secondo dinamiche irriducibili a schemi. Riflettere su ciò che accade nell'ambito delle relazioni affettive offre una chiave di lettura, di non secondaria importanza, per analizzare gli andamenti di una realtà socio-economica fluttuante, in cui gli stili di vita condizionano e, a loro volta, risultano condizionati in primo luogo dall'ambiente di appartenenza e, poi, dal contesto generale, sempre più vissuto in una prospettiva globalizzante.

L'obbligo di rimanere a casa, se ha posto le coppie non conviventi in una

forzosa situazione di distacco, ha per converso, in relazione a molti ambienti domestici, dato luce e volto nuovi al dovere di coabitazione tra coniugi, gravante parimenti sui componenti le unioni civili e, quanto meno sotto il profilo morale, sui conviventi *more uxorio*. Si sta dunque assistendo a una sorta di standardizzazione dei comportamenti nei contesti familiari i quali, ormai da lungo tempo, risultavano informati a logiche tipicamente individuali, tese a privilegiare dinamiche di permanenza all'esterno. La coabitazione, effetto immediato del divieto di non varcare l'uscio di casa, se non per il tempo strettamente necessario a soddisfare bisogni imprescindibili e, ogni caso, in luoghi contigui all'abitazione, è diventata il dirompente substrato lungo il quale i ritmi della quotidianità, totalmente mutati, sono scanditi nella loro inquietante ripetitività. Ragion per cui viene da chiedersi, ma il lettore avveduto penserà immediatamente a una domanda di stampo retorico, in quale condizione verseranno le relazioni di coppia nel momento in cui ci si avvierà verso il ritorno alla normalità.

Forse, e in ciò – non desidero certo nascondere – per certi versi una *boutade*, l'unica possibilità per uscire indenni da un periodo come quello che stiamo vivendo consiste nell'abbandonare la visione idealizzata dell'amore, così come esaltata attraverso la sua collocazione in una dimensione sacrale, per concepire con Montaigne il matrimonio in termini di alleanza e di amicizia.



**V**  
**LAVORO**



## 6. I giuslavoristi di fronte all’Emergenza COVID-19

---

---

L’eccezionalità del momento, scandita dal susseguirsi di provvedimenti con rilevanti implicazioni (anche) giuslavoristiche, ci ha indotto a lanciare una *call* “emergenza COVID” con l’obiettivo di consentire alla comunità scientifica di offrire un primo contributo utile ad orientare lavoratori, aziende, professionisti.

Le questioni sulle quali abbiamo sollecitato l’attenzione dei colleghi sono numerose, e il nostro obiettivo è quello di raccogliere riflessioni mirate a diversi profili. In questo breve editoriale, riservando ad altra sede considerazioni più approfondite, vorremmo più che altro condividere, all’esito di questi primi giorni di esperienza sul campo (accademico quanto professionale), un primo elenco di questioni che, a nostro giudizio, meritano una ponderata riflessione.

I contributi che saranno raccolti sono caratterizzati, programmaticamente e su richiesta della Rivista, da un carattere di sinteticità estrema, mirati in questa sede più alla elaborazione di interrogativi e spunti di riflessione, che non al consueto (e, in un secondo momento, auspicabile) approfondimento scientifico.

1. La disciplina degli ammortizzatori sociali orientati con causale “emer-

genza COVID” esprime un nucleo normativo tendenzialmente autonomo rispetto alla più generale disciplina degli ammortizzatori sociali oppure no? La questione potrebbe avere relevantissime implicazioni giacché, a tacer d’altro, può risultare assai significativa per capire, ad esempio, se la cassa in deroga COVID possa essere attivata anche da imprese che rientrano nel regime della CIGS (ma non in quello della CIGO) oppure se i lavoratori possono accedere alla cassa in deroga COVID senza i vincoli fissati, per la cassa in deroga, dal DM 83473 del 2014 (anzianità 12 mesi e previa fruizione di ferie e permessi). La disciplina che siamo ora chiamati ad applicare, in altri termini, è una disciplina di carattere speciale, complessivamente destinata a prevalere sulla disciplina ordinaria, caratterizzata per la sua specifica causale di accesso COVID?

2. Quale è il rapporto tra smart working ed i regimi di integrazione salariale concessi con causale “COVID”? È diffuso il dubbio se i provvedimenti emergenziali allo stato emessi contengano una esortazione al lavoro agile o una direttiva interpretabile come obbligo (pur condizionato al ricorrere di presupposti di oggettiva utilizzabilità), per gli evidenti riflessi della questione sulle condizioni di accesso all’integrazione salariale con causale COVID.. Un orientamento applicativo orientato nel primo senso rischierebbe probabilmente di restringere eccessivamente la portata degli ammortizzatori sociali in questione e di condizionarne l’operatività a valutazioni forse eccessivamente discrezionali. Per non dire che, a seguire questa impostazione restrittiva, si finisce per attribuire a questi ammortizzatori una dimensione eccezionale che potrebbe assumere rilievo sull’autonoma ma collegata questione se vi sia la possibilità di attivare l’integrazione salariale solo dopo aver completato la fruizione di di ferie e riposi maturati (in linea con quanto previsto, in passato, per il regime della CIG in deroga dal DM n. 83473 del 2014 proprio in considerazione della natura eccezionale dello strumento e della spesa fuori programmazione che lo stesso comportava).

3. La spinta alla digitalizzazione imposta dall’emergenza contingente ha messo in piena evidenza il tema del rapporto tra nuove tecnologie e relazioni industriali. Come si negoziano accordi sindacali a distanza e, poi, in caso di accordo, come si devono perfezionare le intese in via telematica? Può sembrare un dettaglio di secondo piano rispetto alla gravità del mo-

mento, ma l'occasione per mettere l'attenzione su questi profili è importante visto che i recenti provvedimenti, in più parti, contemplan consultazioni sindacali svolte in via telematica.

4. In materia di sicurezza sul lavoro applicata all'emergenza COVID come opereranno i principi della responsabilità penale e civile rispetto all'autoregolamentazione codificata nel protocollo 14 marzo 2020? Quale impatto può avere un accordo sindacale nel definire misure minime di sicurezza? È necessario, nella logica tradizionale delle procedure di concertazione, un provvedimento che ne recepisca il contenuto fissando in modo certo e definitivo il perimetro della responsabilità?

5. L'emergenza Covid-19 evidenzia le problematiche di un sistema di ammortizzatori sociali non universale, non solo all'interno del mondo del lavoro subordinato ma anche ai suoi confini. In particolare riemerge, sotto un profilo diverso da quelli anche di recente discussi, la condizione dei lavoratori autonomi (coordinati all'impresa o operanti sul mercato), esposti ad un rischio contrattuale idoneo a incidere fin sulle condizioni di sussistenza, differenziato peraltro tra lavoratori autonomi della conoscenza ed altre professioni, anche in relazione alla diversa rilevanza della presenza fisica ai fini dell'adempimento della prestazione.

6. Tra i lasciti dell'esperienza di gestione dell'emergenza, potrebbe esservi una accelerazione di un percorso diretto alla maggiore digitalizzazione dei processi di gestione delle controversie, sia stragiudiziali (conciliazioni) sia giudiziali: entro quali limiti e su quali terreni il bilanciamento dei valori e principi in campo, oggi certamente condizionato dall'esigenza di protezione della salute individuale e collettiva, può trovare spunti virtuosi di sperimentazione in questa fase? In particolare, entro quali limiti sono praticabili nelle controversie di lavoro e coerenti con i principi informatori del rito speciale la partecipazione da remoto alle udienze e la trattazione scritta delle stesse previste in generale dalle misure emergenziali adottate dal Governo?



## 7.

# Emergenza lavoro agile nella P.A.

---

### 1. - Lavoro agile e COVID-19: le norme di riferimento.

Il convulso susseguirsi dei provvedimenti normativi volti a fronteggiare l'emergenza sanitaria causata dalla drammatica diffusione del Coronavirus ha improvvisamente acceso i riflettori sul lavoro agile (anche detto *smart working*) [per un approfondimento, CASILLO 2017, 19; EUROFOUND, ILO 2017; SANTORO PASSARELLI 2017, 369; MALZANI 2018, 17; RICCI 2018, 632; CARUSO 2019, 1005], prospettato come soluzione valida ed efficace per il contenimento del contagio nei luoghi di lavoro (art. 1, comma 2, lett. o, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; art. 3 d.P.C.M. 23 febbraio 2020; art. 2 d.P.C.M. 25 febbraio 2020; art. 4, comma 1, lett. a, d.P.C.M. 1 marzo 2020; art. 1, comma 1, lett. n, d.P.C.M. 4 marzo 2020; art. 2, comma 1 lett. r, d.P.C.M. 8 marzo 2020; art. 1, commi 6, 7, lett. a, e 10, d.P.C.M. 11 marzo 2020).

La – già scarna – disciplina del lavoro agile [sulla necessità di una legislazione maggiormente dettagliata, si v. SPINELLI 2018, 114; *contra*, MARTONE 2018, 464], introdotta dagli artt. 18 ss. della l. 22 maggio 2017, n. 81, viene derogata «per la durata dello stato di emergenza» dalla necessità di estenderne il più possibile l'adozione: «è applicabile in via automatica ad ogni rapporto di lavoro subordinato [...] anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti».

In pratica, per causa di forza maggiore, alla più volte segnalata mancanza di coinvolgimento della contrattazione collettiva [TIRABOSCHI 2017, 34; LECCESE 2019, IX] si è aggiunta l'irrelevanza del consenso anche del lavoratore stesso, considerato che la modalità di lavoro agile può essere imposta discrezionalmente dal datore di lavoro. In fondo, è in capo a quest'ultimo che ricadono gli obblighi in materia di salute e sicurezza sul lavoro ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, e la responsabilità di attivare le necessarie

misure, al fine di tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore (art. 2087 c.c.). E l'adozione delle modalità di lavoro a distanza è stata ritenuta una misura adeguata, come rilevabile dai provvedimenti governativi sopra elencati.

Alle finalità espressamente previste dalla legge – incremento della competitività e agevolazione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro [DE GROOF 2017, 51; CASILLO 2018, 115], soprattutto nell'ottica della cura dei figli (v. art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81 del 2017) – si aggiunge, in maniera pressante e urgente, la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Per agevolarne ulteriormente l'effettivo utilizzo, i citati d.P.C.M. specificano che «gli obblighi di informativa di cui all'art. 22» della l. n. 81 del 2017 – cioè, quelli concernenti proprio la sicurezza sul lavoro, che è certamente uno degli aspetti più delicati e controversi [ALLAMPRESE-PASCUCCI 2017, 307; DELOGU 2017, 108; GUARINIELLO 2017, 2010; PERUZZI 2017, 26; ROTA 2017, 172] – «sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito» dell'INAIL, nell'ottica della tempestività e dello snellimento degli adempimenti.

## 2. - Lavoro agile e P.A.: limiti e potenzialità.

Come ha reagito la P.A. all'impellenza di adottare le modalità di lavoro agile?

Le Amministrazioni Pubbliche sono state finora il fanalino di coda nell'applicazione dello *smart working*: a fronte dei 570.000 dipendenti privati occupati in modalità di lavoro agile (secondo la ricerca condotta dal Politecnico di Milano, nel 2019 lo *smart working* ha coinvolto 58% dei dipendenti delle grandi imprese e il 12% dei dipendenti delle piccole e medie imprese, in [https://www.osservatori.net/it\\_it/osservatori/smart-working](https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/smart-working)), i progetti pilota nel lavoro pubblico hanno stentato a decollare e i risultati conseguiti non corrispondono alle aspettative.

Nel 2019 solo il 16% delle Pubbliche Amministrazioni ha avviato programmi strutturati di lavoro agile per i propri dipendenti: *ictu oculi* potrebbe sembrare un dato piuttosto deludente, ma è comunque un segnale incoraggiante, se confrontato all'8% dell'anno precedente e al 5% del 2017. D'altronde, è opportuno segnalare che, nell'arco dell'ultimo triennio,

alcune Amministrazioni si sono distinte per aver intrapreso passi significativi in questa direzione, conseguendo risultati soddisfacenti in termini di produttività e di benessere dei lavoratori: ad esempio, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Comune di Milano.

Occorre, in ogni caso, tenere presente che, mentre nel lavoro privato il ricorso allo *smart working* era iniziato ben prima dell'introduzione normativa, grazie alla contrattazione collettiva [DAGNINO, TIRABOSCHI 2016; TIRABOSCHI 2016], soprattutto di livello aziendale (già prima della l. n. 81 del 2017 l'82% delle grandi imprese e il 76% delle medie imprese avevano già sperimentato – o erano in procinto di avviare – lo *smart working*), la P.A. si è dovuta confrontare con questa “novità” soltanto in seguito alla l. 7 agosto 2015, n. 124, sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche L'art. 14 di tale legge, nell'ambito della promozione della conciliazione vita-lavoro, ha incentivato l'adozione di «nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa». Il tutto, però, «nei limiti delle risorse di bilancio disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica», e con la previsione di una lenta metabolizzazione («entro tre anni) e di un limitato coinvolgimento del personale («almeno il 10% dei dipendenti, ove lo richiedano»).

Il comma 3 dell'art. 18 l. n. 81 del 2017 ha esteso ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, “in quanto compatibili”, le disposizioni in materia di lavoro agile e la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'1 giugno 2017 ha tracciato le linee guida per la loro implementazione [BROLLO 2017, 119]. E allora perché la P.A. è rimasta indietro?

Il massiccio e coattivo ricorso al lavoro agile per fronteggiare l'emergenza sanitaria potrebbe proprio essere l'occasione per fare il punto della situazione e interrogarsi su quali siano le criticità che rallentano la “normale” applicazione dello *smart working* nella P.A.

In effetti, la Pubblica Amministrazione italiana sembra piuttosto refrattaria nell'adattarsi alle novità relative allo svolgimento della prestazione lavorativa e, al riguardo, i maggiori ostacoli potrebbero essere individuati nel ritardo tecnologico, nelle risorse strumentali ed economiche insufficienti, nell'età sempre più avanzata del personale e nella sua formazione

digitale talvolta non adeguata, nella percezione di un sistema normativa complesso e ancora non abbastanza chiaro...

Neanche la circolare n. 1 del 2020, emanata il 4 marzo 2020 dal Ministro per la P.A., sull'onda dei richiamati d.P.C.M., riesce a centrare il problema.

Si limita, infatti, a delinearne il panorama normativo di riferimento, senza addentrarsi nei meandri dei problemi applicativi che scaturiscono dal ribaltamento della situazione: non più una fase sperimentale a cui abituarsi gradualmente, ma l'attuazione tempestiva del lavoro agile come "via ordinaria" di svolgimento della prestazione; non più una percentuale limitata di dipendenti "volontari", ma il coinvolgimento "coattivo" del maggior numero di personale possibile. L'art. 1, comma 6, pone, infatti, l'accento sulle "attività indifferibili da rendere in presenza", che devono essere individuate dall'Amministrazione stessa. Tutte le altre possono essere rese in modalità agile.

Si tratta di una sorta di "terapia d'urto", di un vero e proprio rovesciamento di mentalità che non potrà non lasciare un segno nell'organizzazione del lavoro all'interno della P.A.

#### Riferimenti bibliografici

A. ALLAMPRESE-F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, I, 307;

M. BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 1, 119;

R. CASILLO, *La subordinazione «agile»*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, n. 3, 19;

R. CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 1, I, 115;

B. CARUSO, *Il lavoro digitale e tramite piattaforma: profili giuridici e di relazioni industriali I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 4, 1005;

E. DAGNINO-M. TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 50, 2016;

S. DE GROOF, *How Can Labour Law Contribute to Work-Life Balance? Recommendations for a Modern Working Time Law*, in S. DE GROOF (a cura di), *Work-Life Balance in the Modern Workplace*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2017, 51;

A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 6, 2017, 108;

EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Working anytime, anywhere: The*

- effects on the world of work*, in *Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office*, Ginevra, 2017;
- R. GUARINIELLO, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in *Dir. prat. lav.*, 2017, n. 32-33, 2010;
- V. LECCESE (2019), *Se il lavoro iperconnesso diventa l'occasione per scaricare sull'uomo il rischio di impresa*, in *Relazione al Convegno Nazionale AGI 2019*, in *GLav*, n. 39, IX;
- F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e rischi per il lavoratore*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, 1, 17;
- M. MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 464;
- M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Dir. sic. lav.*, 2017, 1, 26;
- G. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile" (l. 22 maggio 2017, n. 81)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 632;
- A. ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 172;
- G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, 369;
- C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018;
- M. TIRABOSCHI, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, n. 2, 2016;
- M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 335, 2017.



## 8.

# La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici

---

### 1. - Un difficile bilanciamento.

All'indomani dell'esplosione della emergenza sanitaria connessa alla diffusione del *Coronavirus*, uno dei nodi giuridico-interpretativi di maggior momento è risultato essere quello relativo al bilanciamento tra tutela della salute e tutela della riservatezza delle persone. Si tratta di un tema che oltrepassa grandemente i limiti disciplinari del diritto del lavoro ed i confini del mondo del lavoro e delle attività produttive, interessando e interrogando decisori politici e società rispetto agli strumenti per contrastare la diffusione del *virus* e ai limiti di invasività che occorre porre nella loro adozione: si pensi al dibattito sorto sui giornali e all'interno dell'opinione pubblica sulla opportunità di adottare sistemi di tracciamento digitale dei soggetti infetti secondo l'esempio della Corea del Sud. Al di là di questi profili di carattere generale, il tema si pone in maniera paradigmatica e fondamentale – nonché con una rilevante complessità – anche all'interno dei luoghi di lavoro, dove ad essere presi in considerazione sono la tutela della riservatezza e della dignità dei lavoratori e al contempo la tutela della loro salute sul lavoro, con i relativi obblighi ricadenti sui datori di lavoro.

Con il diffondersi del contagio e, al contempo, di alcune prassi datoriali relative alla acquisizione preventiva di informazioni sullo stato di salute dei lavoratori o sui loro contatti al fine di evitare il rischio di diffusione del virus nell'ambiente di lavoro, è diventato sempre più pressante interrogarsi sui limiti e sulla legittimità di tali azioni. Si tratta, all'evidenza, non soltanto di dati che sono sottoposti ad una particolare tutela tanto in una prospettiva di *data protection* quanto in quella strettamente giuslavoristica.

È così, che in Italia come negli altri Paesi interessati dal contagio del *COVID-19*, sono state le Autorità Garanti per la privacy a provare a portare un po' di chiarezza sul punto. Per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione Europea, pur a fronte di un *framework* comune, rappresentato dal Regolamento (UE) 2016/679, le posizioni espresse dai Garanti ad oggi – per una raccolta e sintesi degli stessi si veda il sito *Salus The Future of EOSH* (<http://salus.adapt.it/covid-19-e-dati-personali-dei-lavoratori-si-esprimono-anche-i-garanti-di-francia-irlanda-e-danimarca/>) – differiscono in parte rispetto alla valutazione di legittimità di tali pratiche dato-riali, con posizioni altamente restrittive (come quella espressa dai garanti italiano e francese) e altre di maggiore apertura (come, ad esempio, quella sostenuta dall'Autorità irlandese).

Nell'analizzare la situazione nel contesto interno di particolare interesse risulta essere, oltre alla già citata posizione del Garante Privacy, anche la stipulazione in sede concertativa del *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, che si segnala per l'aver adottato una direzione che entra in tensione con quella fatta propria dal Garante.

## **2. - L'acquisizione di informazioni sulla pericolosità da COVID-19 tra Garante e Protocollo.**

Rispetto alla tematica che qui interessa la posizione del Garante – espressa con comunicazione del 2 marzo 2020 reperibile al link <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9282117> – era molto chiara nel ricondurre le attività di acquisizione di informazioni rilevanti ai fini della prevenzione della diffusione del *Coronavirus* all'ambito operativo dei soggetti istituzionali, in ragione del chiaro sistema di comunicazione di tali informazioni che pone specifici obblighi in capo agli individui e definisce i relativi canali e modalità di gestione delle informazioni. Da ciò, il Garante fa derivare che i «datori di lavoro devono invece astenersi dal raccogliere, a priori e in modo sistematico e generalizzato, anche attraverso specifiche richieste al singolo lavoratore o indagini non consentite, informazioni sulla presenza di eventuali sintomi influenzali del lavoratore e dei suoi contatti più stretti o comunque

rientranti nella sfera extra lavorativa», ricordando al contempo che ai fini di tutela sul luogo di lavoro, oltre ai canali istituzionali, resta in capo ai lavoratori (ai sensi dell'art. 20 del TU di salute e sicurezza sul lavoro) l'obbligo di «segnalare immediatamente [...] qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza».

A fronte di tale posizione del Garante, le attività di accertamento che qui si commentano, risulterebbero, quindi, da escludere. Contro tale interpretazione si è, invece, posto il citato *Protocollo*, laddove (§ 2, relativo alle *Modalità di ingresso in azienda*), sancisce la possibilità di sottoporre i lavoratori a controllo della temperatura corporea e prevede, altresì, la possibilità di richiedere dichiarazioni riguardanti la non provenienza da zone a rischio o il mancato contatto con soggetti affetti dalla malattia.

Si tratta di una scelta di campo di non poca rilevanza, dato che è destinata ad orientare verso comportamenti su cui il Garante si era espresso chiaramente in termini di divieto. Tale decisione, trova però una parziale spiegazione – ancorché in nota – proprio rispetto ai profili di *data protection* e con richiamo a fonti del diritto sopravvenute rispetto alla comunicazione del Garante: si prevedono, infatti, non soltanto delle modalità restrittive rispetto al trattamento dei dati, ma si prefigurano finalità e basi giuridiche che si ritengono supportare tale scostamento. Quanto alle finalità si suggerisce di ricondurle alla prevenzione del contagio, mentre riguardo alla base giuridica si fa espresso riferimento alla implementazione dei protocolli di sicurezza anti-contagio ai sensi dell'art. 1, n. 7, lett. d), d.P.C.M. 11 marzo 2020».

### 3. - Le previsioni del Protocollo: un assetto legittimo de iure condito?

Pur non individuando una specifica base giuridica del trattamento ai sensi dell'art. 6, comma 1, o dell'art. 9, comma 2, del Regolamento, nell'individuare la stessa nell'obbligo di adempiere alla implementazione dei protocolli di sicurezza previsti dalla legge, il *Protocollo* sembrerebbe riferirsi alla previsione di cui alla lett. b dell'art. 9, ovvero quella relativa all'assolvimento di un obbligo posto in capo al titolare del trattamento in materia di «diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale», e, per i dati non riferibili alle categorie particolari, all'art. 6, comma 1, lett. c),

relativo all'adempimento di un obbligo legale. Altre basi giuridiche sarebbero ipotizzabili, come sottolinea lo Statement of the EDPB Chair on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak laddove riconosce la legittimità di «processing of personal data [...] necessary for the employers for reasons of public interest in the area of public health or to protect vital interests».

Probabilmente il Garante si troverà ad esprimersi sull'assetto predisposto dalle parti sociali, ma vale comunque sottolineare come con riferimento alle categorie particolari di dati – cui sono riconducibili le informazioni ottenute tramite tali forme di accertamento relative a sintomatologia – l'art. 9 (nelle sue diverse voci), anche in raccordo con l'articolo 88 del Regolamento che prevede le possibilità di intervento degli Stati membri per meglio specificare la disciplina del trattamento nell'ambito dei rapporti di lavoro, richiede che il trattamento sia espressamente autorizzato da una fonte valida all'interno degli Stati membri (eventualmente anche un contratto collettivo), fonte che dovrà necessariamente rispettare i principi della disciplina euro-unitaria oltre che i diritti fondamentali e gli interessi legittimi dell'interessato. E simili previsioni sono contenute anche nell'art. 6, comma 3, con riferimento al trattamento dei dati personali non rientranti nella categoria maggiormente protetta, anche in questo caso letto in raccordo, per quanto qui interessa, con l'art. 88.

Dinnanzi a tale quadro normativo di riferimento, si ritiene che il mero riferimento alla implementazione dei protocolli di sicurezza, data la genericità della previsione che nulla dispone con riferimento al trattamento dei dati, potrebbe non essere ritenuta una legittima base giuridica del trattamento. Stante il ruolo espressamente riconosciuto alla contrattazione collettiva da parte del Regolamento (art. 9, comma 2, e art. 88, comma 1), il Protocollo dovrebbe essere considerato la fonte giuridica che autorizza espressamente al trattamento a quei determinati fini – essendo, peraltro, stato sottoscritto ai sensi dell'art. 1, comma 1, n. 9, d.P.M.C. 11 marzo 2020 – e che fissa le specifiche tutele dei diritti degli interessati come richiesto dal Regolamento. La tecnica redazionale utilizzata dalle Parti, però, non parrebbe pienamente rispettosa dei requisiti posti dalla disciplina euro-unitaria difettando in alcuni passaggi – ricorre l'espressione «si suggerisce» – di una adeguata coerenza in termini di tutele ed essendo l'autorizza-

zione al trattamento relativo alla dichiarazione, espresso non in termini espliciti, ma implicitamente e in nota. Più in generale, dubbi potrebbero sorgere con riferimento al principio di minimizzazione dei dati, che deve portare a preferire l'adozione delle «misure meno limitative del diritto alla protezione dei dati», come ha avuto modo di ricordare il Garante con riferimento alle vicende del *Decreto Concretezza*. Ci si potrebbe allora chiedere se sia necessario sollecitare delle dichiarazioni laddove già si è specificato, secondo quanto previsto dal Protocollo stesso, che vi è una preclusione di accesso per chi si trova nelle condizioni la cui assenza dovrebbe essere dichiarata?

Ai fini di garantire chiarezza in materia, nel rispetto delle previsioni europee, qualora si decidesse di avvallare l'opzione prescelta dalle parti stipulanti – come peraltro affermato all'interno del Protocollo – si ritiene preferibile un intervento del legislatore atto a definire quali attività siano effettivamente legittime ed entro quali limiti nel rispetto dei vincoli euro-unitari, anche in considerazione della fase emergenziale.

#### Riferimenti bibliografici

Sul trattamento dei dati relativi alla salute dei lavoratori nell'ambito del rapporto di lavoro si veda, su tutti, A. TROISI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, 169 ss., cui adde E. BARRACO-A. SITZIA, *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Milano, 2016, 257 ss.

Sul trattamento delle particolari categorie di dati ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 si vedano, *ex multis*, F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 127 ss. e M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO et al. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 231 ss.

Sul trattamento dei dati nell'ambito del rapporto di lavoro a seguito del Regolamento (Ue) 2016/679 si v., tra gli altri, A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Bari, 2018, 83 ss.; C. DEL FEDERICO, *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/UE. Implicazioni e prospettive*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 61 ss.; F. COSTANTINI, *Il Regolamento (UE) 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *Lav. Giur.*, 2018, n. 6, 545 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Gli effetti del GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 4-5, 1034 ss.

Sugli obblighi in materia di salute e sicurezza posti in capo ai lavoratori, tra gli altri, E. Balletti, *Articolo 20. Obblighi dei lavoratori*, in C. ZOLI (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Bologna, 2011, 197

ss. e M. CORRIAS, I lavoratori, in M. PERSIANI (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2012, 213 ss.

## 9.

# Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza

---

### 1. - Novità normative.

Tra le molteplici misure per il contrasto e il contenimento del diffondersi del c.d. “coronavirus” (COVID-19), si registra una particolare enfasi normativa in punto di lavoro agile. Sfogliando a ritroso le fitte pagine di un importante fenomeno di stratificazione normativa emergenziale, intervenuta in pochi giorni, tra loro ravvicinati, si evidenziano, infatti, i seguenti interventi.

Il d.P.C.M. 11 marzo 2020, all’art. 1, n. 7, lett. A), prevede che, con riferimento alle attività produttive e professionali, «sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza».

Del pari, il d.P.C.M. 8 marzo 2020, all’art. 2, comma 1, lett. r) – riproponendo esattamente la stessa formulazione di cui al d.P.C.M. 1° marzo 2020 [art. 4, comma 1, lett. a)] – dispone che: «la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza di cui alla deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti; gli obblighi di informativa di cui all’art. 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documen-

tazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro».

Ebbene, alla luce della disposizione da ultima richiamata, sino alla cessazione dello stato di emergenza attualmente in essere, il lavoro agile può essere attivato – su tutto il territorio nazionale, a qualsiasi rapporto di lavoro subordinato – unilateralmente dal datore di lavoro, prescindendo dalla necessità di sottoscrivere un accordo individuale con il lavoratore, come invece previsto dagli artt. 18 ss. l. 22 maggio 2017, n. 81 (recante: “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato”).

Il d.P.C.M. prevede, così, un significativo snellimento dell’iter di attivazione della modalità in questione di svolgimento dell’attività lavorativa; e ciò, oltretutto, come detto, attraverso il temporaneo superamento del meccanismo dell’accordo individuale, anche prevedendo espressamente la possibilità di adempiere telematicamente agli obblighi di informativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro agile, anche facendo ricorso alla documentazione resa disponibile dall’INAIL sul proprio sito internet.

Ad ogni modo, se è vero, come è vero, che per l’applicazione della modalità di lavoro agile non è necessario il consenso del lavoratore – che, anzi, vista la causa di forza maggiore determinata dal virus, non può rifiutarsi di svolgere la prestazione con tale modalità – occorre tuttavia evidenziare che rimangono fermi i principi generali, dettati dalle disposizioni di cui agli artt. da 18 a 23 della citata l. n. 81 del 2017, in punto di regolamentazione del lavoro agile, naturalmente in quanto compatibili con lo scenario di assenza di un accordo individuale lavoratore-datore di lavoro. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla disciplina dell’esercizio del potere di controllo che, in base all’art. 21 l. n. 81 del 2017, è rimessa all’accordo relativo alla modalità agile di svolgimento del rapporto: con riferimento a tale profilo, troverà applicazione il sistema normativo “generale”, di cui all’art. 4 l. 20 maggio 1970, n. 300.

## 2. - Considerazioni operative.

Inquadrate brevemente le novità normative emergenziali in materia di

lavoro agile, da un punto di vista prettamente operativo, si segnala come, per l'attivazione della modalità in parola di svolgimento del rapporto di lavoro, sia sufficiente predisporre una comunicazione al singolo lavoratore ed effettuare le "Comunicazioni di *smart working* ai sensi del d.P.C.M. del 1° marzo 2020", seguendo l'apposita "Procedura semplificata per il caricamento massivo delle comunicazioni di *smart working* ai sensi del d.P.C.M. del 1° marzo 2020", appositamente attivata sul sito del Ministero del lavoro, per far fronte all'emergenza da coronavirus: [servizi.lavoro.gov.it/ModalitaSemplificataComunicazioneSmartWorking](https://servizi.lavoro.gov.it/ModalitaSemplificataComunicazioneSmartWorking). In merito ai contenuti della comunicazione unilaterale al lavoratore, di attivazione della modalità agile di lavoro, si propongono di seguito alcune mirate osservazioni.

Pare anzitutto utile inserire, in apertura, un richiamo al quadro normativo di cui al d.l. n. 6 del 2020 e ai conseguenti Decreti attuativi (in specie, d.P.C.M. 1° e 8 marzo 2020), e alla finalità di contenimento del contagio da COVID-19, per poi presentare la comunicazione di temporanea attivazione del lavoro agile in senso stretto, cronologicamente contestualizzata (con indicazione dei termini di inizio e di fine).

Di particolare rilievo è, poi, l'esplicitazione di ciò, che, per effetto dell'applicazione del lavoro agile, nulla cambia per quanto concerne la gestione del rapporto di lavoro, esplicitando, a titolo esemplificativo, che non subiscono mutamenti mansioni, orario di lavoro, riposi giornalieri e settimanali e, in generale, il trattamento legale, contrattuale, economico e retributivo del rapporto medesimo.

Ancora, con specifico riferimento all'orario di lavoro, occorre individuare e indicare – tra le altre cose – precisamente l'arco temporale di svolgimento della prestazione, prevedendo eventuali finestre di specifica interazione con l'organizzazione aziendale. Pare altresì particolarmente importante il richiamo all'obbligo di disconnessione dagli strumenti informatici, al termine dell'orario di lavoro, con la previsione dell'esclusione del diritto a trattamenti retributivi aggiuntivi, per il caso di variazione dell'orario.

Occorre, inoltre, indicare il soggetto cui fare riferimento all'interno dell'impresa, per mantenere costante il canale di collegamento con la stessa, e la precisazione in virtù della quale la prestazione lavorativa potrà essere

resa in qualsiasi luogo liberamente determinato dal prestatore di lavoro, con esclusione dei luoghi pubblici o aperti al pubblico, e con la raccomandazione di svolgere l'attività presso il proprio domicilio.

Utile pare anche l'inserimento di un richiamo ai poteri datoriali e agli obblighi del lavoratore, specificando che essi sono tutti confermati nell'espletamento dell'attività lavorativa con modalità agili, nel rispetto – in specie per il potere di controllo, come sopra anticipato – della normativa vigente e, in particolare, dell'art. 4 l. 20 maggio 1970, n. 300, come anche della disciplina in materia di tutela e protezione dei dati personali e della privacy. Specularmente, merita di essere contemplato un breve cenno all'obbligo di riservatezza su dati e informazioni aziendali accessibili al lavoratore attraverso l'infrastruttura informativa aziendale, inserendo quindi la previsione dell'obbligo di adottare, con specifico riferimento alla modalità agile di svolgimento della prestazione, tutte le precauzioni idonee a garantire l'effettiva riservatezza dei dati in parola.

Ancora. Elencata e brevemente descritta la dotazione infrastrutturale tecnologica fornita al singolo lavoratore per lo svolgimento da remoto della prestazione (laptop, tablet, etc.), va poi precisato che tutti i dispositivi sono conformi alle disposizioni del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di salute e sicurezza sul lavoro e che l'azienda si obbliga a offrire al prestatore una completa informazione, circa le apparecchiature fornite e il loro corretto utilizzo, nonché circa i rischi, generali e specifici, le misure da adottare per la protezione della persona, i requisiti minimi di idoneità dei locali privati adibiti allo svolgimento di attività lavorativa agile, etc.

Da ultimo, si ritiene utile precisare che, nel caso in cui, durante lo svolgimento dell'attività lavorativa con modalità agili, dovesse verificarsi un evento morbile a danno del prestatore, quest'ultimo dovrà immediatamente darne notizia alla datrice società, affinché questa adotti i conseguenti provvedimenti. A chiusura della comunicazione, pare utile inserire il riferimento all'informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile, *ex art.* 22, comma 1, l. n. 81 del 2017, da produrre in allegato alla comunicazione medesima.

### 3. - Oltre l'accordo individuale. Problemi qualificatori.

Tratteggiate le considerazioni di taglio operativo appena proposte, si propongono ora alcune minime riflessioni di carattere generale sull'intervento normativo emergenziale in commento, con l'auspicio di offrire alcuni mirati spunti di riflessione e approfondimento. Come ben si coglie già dalla lettura della disposizione sopra riportata del DPCM 8 marzo 2020, il fulcro della disposizione in esame risiede nel superamento dell'accordo individuale, quale fonte di disciplina e organizzazione della modalità agile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, e, quindi, nel passaggio dalla consensualità all'unilateralità dell'applicazione del lavoro agile.

Le ragioni di tale emblematico passaggio risiedono, del resto, nella finalità emergenziale che ha animato l'adozione dei Decreti di marzo 2020, sopra richiamati.

E invero, com'è noto, l'art. 18 l. n. 81 del 2017 (rubricato "Lavoro agile") ha introdotto la fattispecie in parola «allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», prevedendo che tale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato sia «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».

In altri termini, in un contesto per così dire "fisiologico", il lavoro agile è concepito come strumento teso a conseguire finalità di *work-life balance*. Diversamente, nel quadro "patologico" dell'emergenza da COVID-19, esso viene individuato quale strumento privilegiato per il contrasto e il contenimento – in specie in ambito lavorativo – del diffondersi del virus, realizzando attraverso di esso un bilanciamento tra gli interessi costituzionali coinvolti: diritto alla salute (art. 32 Cost.) e diritto al lavoro (art. 4 Cost.).

Un ulteriore profilo meritevole di cenno attiene, poi, alla questione qualificatoria che scaturisce inevitabilmente dalla lettura del d.P.C.M.

E invero, com'è noto, nel lavoro agile "standard", la «prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario

di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, comma 1, l. n. l. n. 81 del 2017).

Diversamente, il lavoro agile “emergenziale” si colloca e contestualizza fuori dell’alternanza dualistica tra i locali aziendali e la dimensione esterna degli stessi, situandosi esclusivamente nel campo “remoto” e, auspicabilmente, presso il solo domicilio del lavoratore. Difetta cioè quel fondamentale elemento *smart* di dinamismo, che colora il lavoro agile ordinario, in quanto trasposizione italiana dello *smart working*.

Ad avviso di chi scrive, quello che il Governo italiano ha introdotto con i d.P.C.M. che si sono succeduti negli ultimi giorni, ben si presterebbe ad essere inquadrato nella categoria del c.d. “telelavoro a domicilio”, basato sulla centralità dell’*home office*.

#### Riferimenti bibliografici

Al fine di non appesantire il presente contributo, per sua natura snello e auspicabilmente di agevole fruizione, si preferisce circoscrivere i richiami bibliografici, entro il perimetro dei seguenti brevi cenni: E. DAGNINO-M. MENEGOTTO-L.M. PELUSI-M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, 2017; A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l’idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 77 ss.; L. FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 165 e ss.; P. MANZELLA-F. NESPOLI, *Le parole del lavoro: agile o smart?*, in E. DAGNINO-M. TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, in *Adapt Labour Studies e-Book series*, 2016, 23 ss.; M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, 483 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell’impresa in via di trasformazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 3, 771 ss.; M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, Napoli, 2018.

## 10. Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività

---

### 1. - Coronavirus e valutazione dei rischi.

Uno dei maggiori problemi emersi con l'emersione dell'epidemia da coronavirus riguarda la sussistenza di un obbligo di aggiornare la valutazione dei rischi, il relativo documento e le conseguenti misure di prevenzione ai sensi dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2008, in base al quale ciò deve avvenire «in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità».

In realtà, il d.lgs. n. 81 del 2008 – le cui disposizioni hanno natura penale e sono dunque soggette a stretta interpretazione – impone di valutare «tutti» i rischi presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui operano i lavoratori (art. 2, lett.q; art. 28, comma 1), vale a dire i rischi specifici che sono connessi al contesto strutturale, strumentale, procedurale e di regole che il datore di lavoro ha concepito e messo in atto per il perseguimento delle proprie finalità produttive. E, dal canto suo, il citato art. 29 dispone l'aggiornamento della valutazione dei rischi sempre in relazione all'emersione di fenomeni che riguardano l'organizzazione intesa nel senso testé evocato.

Il fatto che, manifestandosi attraverso il contatto interpersonale, il rischio biologico legato al coronavirus si insinui nelle organizzazioni produttive non significa che esso si tramuti in un rischio specifico o professionale. Se si eccettuano le specifiche attività che si svolgono ad esempio nei servizi sanitari o nei laboratori, nelle altre ipotesi si tratta di un rischio generico

che non nasce dall'organizzazione creata dal datore di lavoro o che necessariamente si manifesta in essa, ma che, provenendo dall'esterno dell'organizzazione, ne "trae profitto" per manifestarsi e diffondersi.

D'altra parte, non si deve trascurare che la specifica disciplina dell'esposizione ad agenti biologici di cui al Titolo X del d.lgs. n. 81 del 2008 si riferisce «a tutte le attività lavorative nelle quali vi è rischio di esposizione ad agenti biologici» o perché il datore di lavoro deliberatamente intende esercitare attività che comportano uso di agenti biologici, derivandone specifici obblighi di comunicazione o di autorizzazione, o perché, pur non volendo operare con agenti biologici, egli organizza attività lavorative che, per la loro modalità di esercizio, possono implicare il rischio di esposizioni dei lavoratori a tali agenti (come le attività di cui all'Allegato XLIV), o attività in cui il rischio biologico sia intimamente connesso all'uso di certi strumenti o a certe modalità della lavorazione (es. il rischio di tetano per le falegnamerie). Tutte ipotesi differenti da quelle – come nel caso del coronavirus o, se si vuole, dei "normali" virus influenzali – in cui un agente biologico "esterno" – agendo su di un ambito territoriale praticamente sconfinato – si insinui improvvisamente anche in un'organizzazione produttiva in cui normalmente non sono presenti o "dedotti" agenti biologici. Ciò non significa che i c.d. rischi "esogeni" non debbano in certi casi essere valutati. Ad esempio, ove un'impresa invii lavoratori in paesi stranieri afflitti dal rischio terroristico ben potrà dirsi che tale rischio sia insito nella sua organizzazione, intesa in senso non reificato come il progetto produttivo e come il complesso delle regole che lo governano, con il conseguente obbligo di valutarlo. E altrettanto dicasi per la valutazione di un rischio da contagio ove si inviino lavoratori in paesi nei quali sia nota e prevedibile la presenza di epidemie.

Nel caso del coronavirus, non si tratta di un rischio che grava non solo su di una o più organizzazioni, ma ovunque e a prescindere da ciò che si fa e da dove si è. Se nell'esempio precedente si potrebbe evitare il rischio non inviando il lavoratore all'estero o magari facendolo lavorare con gli interlocutori di quel paese in *smart working*, nel caso dell'attuale emergenza del coronavirus neppure l'utilizzazione dello *smart working* garantisce in assoluto l'esclusione del contagio, potendo paradossalmente il lavoratore essere più al sicuro in un'azienda in cui si adottino misure precauzionali che

altrove. D'altra parte, se si giungesse al paradosso per cui chiunque organizzi un'attività lavorativa altrui dovrebbe valutare il rischio da coronavirus come proprio rischio professionale, si rischierebbe di perdere di vista che cosa sia effettivamente un rischio professionale.

Di fronte alla comparsa di un rischio biologico generico che minaccia la salute pubblica spetta alle pubbliche autorità – disponendo esse istituzionalmente dei necessari strumenti (competenze scientifiche e poteri) – rilevarlo, darne comunicazione, indicare le misure di prevenzione e farle osservare. Ad esse il datore di lavoro si dovrà adeguare, dovendo ovviamente rispettare il precetto generale di cui all'art. 2087 c.c., senza che per questo debba stravolgere il proprio normale progetto prevenzionistico in azienda. Tali misure si *affiancheranno provvisoriamente* – per la durata della fase di emergenza – a quelle ordinarie, conservando la propria distinta natura e funzione. *La valutazione di quel rischio è quindi operata a monte dalla pubblica autorità*, ai cui comandi il datore di lavoro dovrà adeguarsi adattando a tal fine la propria organizzazione alle *misure di prevenzione dettate dalla stessa pubblica autorità*. Tale *riorganizzazione* non è altro che un adeguamento alle direttive pubbliche e, come tale, non pare costituire un vero e proprio aggiornamento della valutazione dei rischi *ex* art. 29 d.lgs. n. 81 del 2008, con la conseguenza che l'inosservanza delle direttive pubbliche rilevarebbe non ai sensi dell'art. 55 dello stesso decreto, quanto in relazione alle speciali sanzioni pubblicistiche sancite dalla pubblica autorità.

Infatti, le modifiche che il datore di lavoro apporta alla propria organizzazione in esito alle indicazioni della pubblica autorità non sono frutto di una sua libera determinazione, ma sono condizionate da queste ultime. A tale proposito vale la pena ricordare che l'obbligo di valutazione dei rischi (e quanto ne consegue) è intimamente collegato al fatto che il datore di lavoro è il responsabile dell'organizzazione in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa (art. 2, lett. b, d.lgs. n. 81 del 2008). A lui e solo a lui, quale soggetto legittimato ad esercitare la libertà costituzionale di iniziativa economica privata in virtù ed entro i limiti dell'art. 41 Cost., spetta definire l'organizzazione della propria impresa valutandone i rischi per i propri lavoratori, avvalendosi a tal fine della collaborazione del RSPP e del medico competente e consultando il RLS, ma, non a caso, senza poter

delegare a chicchessia tale obbligo (art. 17 d.lgs. n. 81 del 2008). E a lui e solo a lui spetta conseguentemente individuare nel documento di valutazione dei rischi le misure di prevenzione che dovranno essere adottate nella propria organizzazione.

Diversamente, di fronte all'emergenza in atto, la pubblica autorità, per evidenti esigenze di salute pubblica, ha avocato a sé quei poteri che normalmente spetterebbero al datore di lavoro, sospendendo in certi casi lo stesso esercizio dell'iniziativa economica privata (si v. i n. 1-3 d.P.C.M. 11 marzo 2020), mentre, nei casi in cui non ha ritenuto di dover sospendere tale libertà costituzionale per non paralizzare il paese, ha provveduto essa stessa, in esito alla valutazione del rischio connesso al contagio che aveva effettuato a monte, ad individuare le misure di contenimento e di prevenzione da adottare nelle organizzazioni produttive. Pertanto, anche ove non sia stato privato della libertà di intrapresa, il datore di lavoro è stato nei fatti, e non solo, esautorato dalla pubblica autorità dalla possibilità di valutazione di quel rischio giacché, trattandosi di un *rischio pandemico immanente ovunque*, l'eventuale sua valutazione da parte di ogni singolo datore di lavoro (che, pur potendosi avvalere del medico competente – là dove nominato – non avrebbe comunque avuto a disposizione le elevate competenze scientifiche necessarie per valutare adeguatamente un rischio di tal genere e tutte le sue conseguenze), avrebbe rischiato di far emergere misure di prevenzione o non adeguate o addirittura diverse da azienda ad azienda: il che, di fronte ad un rischio senza confini che non si limita a produrre i propri effetti nei soli contesti aziendali, avrebbe potuto generare preoccupanti ripercussioni sul contesto generale.

In via di astrazione, è come se la posizione di garanzia datoriale fosse stata in qualche modo funzionalizzata a tutelare un interesse pubblico generale da altri valutato, potendo le sue azioni riverberare effetti anche sulla popolazione esterna (v. *infra*).

## 2. - Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?

Lungi dall'essere una vera e propria "fonte" del rischio da coronavirus, l'organizzazione diviene comunque, pur involontariamente ed incolpevolmente, uno straordinario veicolo per la sua diffusione. Quello che costi-

tuisce un gravissimo problema di “salute pubblica” per tutta la popolazione nei fatti diviene anche un problema di salute sul lavoro, giacché la stessa presenza nel luogo di lavoro rappresenta una possibile causa di contagio.

Pertanto, nel momento in cui, in seguito alla valutazione effettuata dalla pubblica autorità, il rischio del contagio da coronavirus è emerso nelle aziende non sanitarie, i datori di lavoro non solo non possono ignorarlo, ma debbono comunque assumere le cautele precauzionali imposte dalla loro preposizione gerarchica *ex art. 2086 c.c.* e dal loro generale obbligo di sicurezza *ex art. 2087 c.c.* Pur non dovendo farsi carico dell’applicazione del Titolo X del d.lgs. n. 81 del 2008 sull’esposizione ad agenti biologici, essi debbono tuttavia farsi garanti dell’applicazione in azienda delle misure di prevenzione dettate dalla pubblica autorità, spettando comunque ad essi valutare e decidere come adottarle nelle proprie aziende ove esse presentino margini di discrezionalità. Tuttavia, una cosa è l’obbligo del datore di lavoro di rispettare gli obblighi prevenzionistici connaturati alla sua specifica organizzazione, e altro è l’obbligo di attuare le misure prevenzionistiche anti-contagio dettate dalla pubblica autorità, le quali, contrariamente a quanto si potrebbe ipotizzare, non si integrano nel documento di valutazione dei rischi. Una distinzione che si riflette anche sul versante delle sanzioni, non potendosi sostenere che la violazione di una misura di prevenzione anti-contagio dettata dalla pubblica autorità (ad esempio la mancata utilizzazione delle ferie, o dello *smart working*) integri gli estremi di quelle contravvenzioni in materia prevenzionistica assoggettate, *ex art. 301 d.lgs. n. 81 del 2008*, al regime della prescrizione obbligatoria di cui all’art. 20 d.lgs. n. 758 del 1994. Quelle violazioni potranno subire altre sanzioni *ad hoc*, la cui individuazione tuttavia non è semplice (*v. infra*).

Il fatto che i due nuclei prevenzionistici siano concettualmente distinti non significa tuttavia che non possano sussistere momenti di comunicazione/interazione tra gli stessi. Si pensi all’art. 15, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2008 il quale configura come misure generali di tutela «la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio» (lett. g) e «l’allontanamento del lavoratore dall’esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la sua persona» (lett. m).

Per altro verso, si potrebbe pensare anche all'art. 18, comma 1, il quale impone al datore di lavoro e al dirigente di «adottare le misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza e dare istruzioni affinché i lavoratori, in caso di pericolo grave, immediato ed inevitabile, abbandonino il posto di lavoro o la zona pericolosa» (lett. h), nonché di «informare il più presto possibile i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione» (lett. i). Senonché, a ben guardare, tali previsioni riguardano situazioni estreme riconducibili a disfunzioni dell'organizzazione aziendale (l'improvviso incendio in azienda) nelle quali si verifica un'emergenza che impone la sospensione immediata del lavoro, mentre, nel caso del coronavirus, si è di fronte ad un'emergenza che coesiste con il lavoro.

In ogni caso, è evidente che, a fronte di queste ultime, il sistema di prevenzione aziendale può assumere anche una dimensione strumentale o servente rispetto alla soddisfazione di esigenze che trascendono non solo la tutela di un singolo lavoratore, ma addirittura il mero ambito aziendale. Infatti, preservare i lavoratori dal contagio nel luogo di lavoro significa non solo tutelare la loro salute, ma anche far sì che essi non costituiscano un fattore di rischio per i propri familiari. È quanto emerge nella lungimirante definizione di “prevenzione” di cui all'art. 2, lett. n, d.lgs. n. 81 del 2008, intesa come «il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno».

**Le “raccomandazioni” del d.P.C.M. 11 marzo 2020 e i protocolli di sicurezza anti-contagio.**

L'importanza del ruolo del sistema di prevenzione aziendale nel contrasto dell'emergenza in atto si coglie anche nelle “raccomandazioni” contenute nell'art. 1, n. 7 e 8, d.P.C.M. 11 marzo 2020, relativamente alle attività produttive che, a differenza di quelle di cui ai n. 1-3, non sono soggette a sospensione. Le raccomandazioni di cui al n. 7 riguardano sia le attività produttive sia quelle professionali e hanno ad oggetto: a) l'attuazione del massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a

distanza; b) l'incentivazione delle ferie e dei congedi retribuiti per i dipendenti nonché degli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; c) la sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; d) l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e l'adozione di strumenti di protezione individuale là dove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento; e) l'incentivazione delle operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali. La raccomandazione di cui al n. 8, relativa alle sole attività produttive, ha ad oggetto la limitazione al massimo degli spostamenti all'interno dei siti e il contingentato dell'accesso agli spazi comuni. Anche il n. 9 concerne le sole attività produttive, prevedendo che in relazione a quanto disposto nell'ambito dei n. 7 e 8, si favoriscano intese tra organizzazioni datoriali e sindacali. Infine, il n. 10 ribadisce l'invito, in tutte le attività non sospese, al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile, che, nel precedente n. 6, è configurato come modalità ordinaria della prestazione lavorativa anche nelle pubbliche amministrazioni.

Una delle raccomandazioni più interessanti ai fini della sicurezza dei lavoratori, ma anche più complessa, è quella relativa all'assunzione di «protocolli di sicurezza anti-contagio», per la quale è auspicato un ruolo delle parti sociali. A tale proposito, se per un verso potrebbe apparire discutibile che l'oggetto dei protocolli – pertinente ad una materia tipicamente indisponibile come la tutela della sicurezza sul lavoro – possa costituire oggetto di contrattazione, per altro verso non può escludersi che l'Esecutivo, caldeggiando intese tra le parti sociali, abbia voluto sottolineare, data l'eccezionalità del momento, l'esigenza che la definizione delle misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza del coronavirus sia il più possibile condivisa e partecipata da tutti gli attori, forse anche per indicare il “bene comune” qui in gioco, vale a dire la salute dei lavoratori, ma anche, per suo tramite, di tutta la popolazione.

È quanto è emerso nel “Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro”, sottoscritto dalle organizzazioni sindacali confederali il 14 marzo 2020 su invito del Governo, il quale ne favorisce, per quanto di sua competenza, la piena attuazione. Il Protocollo contiene linee guida

condivise per agevolare le imprese nell'adozione di specifici protocolli di sicurezza anti-contagio, i quali consentano la prosecuzione delle attività produttive in condizioni di salubrità e sicurezza applicando le misure di precauzione del Protocollo nazionale, che potranno anche essere integrate con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali.

Al fine di attuare le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'autorità sanitaria, il Protocollo si occupa di: informazione; modalità di ingresso in azienda; modalità di accesso dei fornitori esterni; pulizia e sanificazione in azienda; precauzioni igieniche personali; dispositivi di protezione individuale; gestione di spazi comuni aziendali; organizzazione aziendale (turnazione, trasferte e *smart working*, rimodulazione dei livelli produttivi); gestione entrata e uscita dei dipendenti; spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione; gestione di una persona sintomatica in azienda; sorveglianza sanitaria, medico competente, Rls; aggiornamento del protocollo. Il Protocollo si configura dunque come un utile strumento per la gestione dell'emergenza che, opportunamente recepito in relazione alle singole specificità aziendali, dovrebbe agevolare datori di lavoro e lavoratori ad affrontare una situazione che, altrimenti, imporrebbe la sospensione dell'attività produttiva.

Al di là dei suoi contenuti, emerge tuttavia un serio interrogativo sulla natura giuridica e sulla valenza del Protocollo. Inquadrate solo come un accordo interconfederale (quale indubbiamente è), ne conseguirebbe un'efficacia soggettiva solamente di diritto comune, con il paradossale effetto che un datore non iscritto alle organizzazioni datoriali firmatarie non sarebbe obbligato ad adottarlo. Per altro verso, considerando che l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio è oggetto di una specifica raccomandazione del d.P.C.M. 11 marzo 2020, quand'anche non intendessero adottare il Protocollo del 14 marzo 2020, i datori di lavoro non iscritti non potrebbero comunque ignorare la raccomandazione, cosicché, ove malauguratamente decidessero di non adottare neppure "proprie" misure anti-contagio, violerebbero l'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., rischiando inoltre di essere imputabili *ex artt.* 589 e 590 c.p.

ove il contagio causasse la morte di un lavoratore o gli arrecasse lesioni gravi o gravissime.

Per scongiurare il rischio di un'applicazione non generalizzata del Protocollo sarebbe forse necessario un recepimento del suo contenuto in atti pubblicitari, traducendo in norme vincolanti ciò che oggi è frutto di determinazioni volontarie. Quand'anche si ritenga che una simile soluzione non sia distonica con il n. 9 del D.P.C.M. dell'11 marzo 2020, il quale allude ad «intese tra organizzazioni datoriali e sindacali», non può non cogliersi come tale previsione sottolinei comunque l'esigenza di una responsabilizzazione volontaria in merito all'assunzione delle misure di prevenzione anti-contagio e ciò sia mediante la loro condivisione (ove possibile, come nelle attività produttive) a livello nazionale ed aziendale, sia in via unilaterale là dove un confronto negoziale sia più difficile da realizzare (nelle attività professionali, nel cui ambito i protocolli di sicurezza dovrebbero essere assunti dal responsabile dello studio).

È chiaro che l'opzione di misure di prevenzione solo volontarie presenta maggiori incognite in ordine alla loro effettività sul piano giuridico, non potendocisi certo accontentare solo di una tutela civilistica risarcitoria *ex post* in caso di violazione delle regole. Ciò impone un approfondimento nel prosieguo.

Per il resto, anche le altre raccomandazioni del d.P.C.M. 11 marzo 2020 assumono la natura di misure “straordinarie” di prevenzione dei lavoratori dal rischio di contagio del coronavirus, in una sorta di funzionalizzazione per la tutela della sicurezza dei lavoratori di strumenti originariamente concepiti per rendere più flessibile l'organizzazione del lavoro (lo *smart working*), oppure di diritti fondamentali dei lavoratori (ferie e congedi), oppure di altre libertà costituzionalmente riconosciute (l'iniziativa economica privata o quella di circolazione, anche tra loro interconnesse) soggette a penetranti limitazioni.

### 3. - L'incerta effettività delle raccomandazioni.

Sotto il profilo giuridico, emergono non poche perplessità sul valore delle raccomandazioni e sulle possibili conseguenze ove non vi si dia seguito. Stando al dato letterale – «si raccomanda» – parrebbe arduo ritenere che

L'attuazione della raccomandazione equivalga alla condizione che legittima la prosecuzione delle attività produttive e professionali. D'altro canto, non è credibile che, data l'emergenza in atto, l'Esecutivo abbia voluto seguire più una logica di *moral suasion* che di vera e propria prescrizione. Infatti le violazioni delle disposizioni del d.P.C.M. 11 marzo 2020 (quelle che sospendono le attività commerciali: n. 1-3) sono sanzionabili in base all'art. 650 c.p. in forza dell'art. 3, comma 4, d.l. n. 6 del 2020, in base al quale, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'art. 1, comma 2, dello stesso d.l. n. 6 del 2020 è punito appunto ai sensi di tale norma penale: misure di contenimento la cui individuazione è affidata appunto ai d.P.C.M.

Per verificare se anche le violazioni delle raccomandazioni subiscano la stessa sorte delle altre trasgressioni del d.P.C.M. 11 marzo 2020, occorre considerare non solo il tenore del predicato verbale («si raccomanda»), ma anche il loro contenuto, che ne accredita l'immagine di «previsioni in bianco», come si coglieva con riferimento ai protocolli di sicurezza anti-contagio prima della sottoscrizione del Protocollo nazionale condiviso. L'adozione di tutte le misure di prevenzione raccomandate nei n. 7 e 8 presuppone una valutazione del datore di lavoro in ordine alla loro praticabilità organizzativa. Per esempio, per attuare il massimo utilizzo di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte a domicilio o in modalità a distanza, si dovrà valutare se esistano attività che rispondano ai criteri di «telelaborabilità», se lo *smart working* sia compatibile con l'organizzazione dell'azienda, se i lavoratori adibiti alle attività esternalizzabili siano in grado di utilizzare tale modalità con riguardo alle competenze personali, alla disponibilità della strumentazione e all'agibilità degli spazi domestici. E parimenti soggette a valutazione saranno le altre misure.

Considerando l'assoluto valore dei beni in gioco in questa emergenza, quelle raccomandazioni, lungi dall'atteggiarsi come «vivi consigli», non possono non costituire indicazioni comunque precettive nel senso che il datore di lavoro non può non tenerne conto, dovendo comunque valutare *se, quali e in che modo* attuarle nella propria azienda, non potendosi escludere che alla loro considerazione possa essere condizionata la stessa pos-

sibilità per l'impresa (o lo studio professionale) di proseguire l'attività lavorativa.

Senonché, nello specifico, sia il particolare tenore del predicato verbale «si raccomanda», sia il carattere tendenzialmente “aperto” dei comportamenti oggetto di tali raccomandazioni, sia infine la necessità di una valutazione del datore di lavoro in ordine alla praticabilità organizzativa di detti comportamenti inducono a dubitare – in considerazione dei principi penali di legalità e di tassatività – che il datore di lavoro che non vi dia corso possa essere penalmente sanzionato *ex art. 3, comma 4, d.l. n. 6 del 2020* (con l'art. 650 c.p.) al pari di chi trasgredisca i veri e propri ordini di sospensione delle attività di cui ai n. 1-3 d.P.C.M. 11 marzo 2020.

Per altro verso, nel caso di inadempienza a tali raccomandazioni non paiono neppure applicabili le disposizioni in materia di prescrizione ed estinzione del reato di cui agli artt. 20 ss. d.lgs. n. 758 del 1994, le quali, ai sensi dell'art. 301 del d.lgs. n. 81 del 2008, si applicano alle contravvenzioni in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro previste da tale decreto nonché da altre disposizioni aventi forza di legge, per le quali sia prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, ovvero la pena della sola ammenda: in ogni caso, tutte disposizioni legislative che impongono obblighi di condotta specificamente legati ai precetti prevenzionistici connessi agli specifici rischi dell'organizzazione aziendale.

#### **4. - Il potere di disposizione e... le buone prassi.**

In questa situazione, non è neppure chiaro se, a fronte della particolare struttura delle suddette raccomandazioni, sia possibile ipotizzare una strada diversa: quella del “potere di disposizione” riconosciuto agli organi di vigilanza anche in materia di sicurezza sul lavoro ai sensi degli artt. 10 e 11 d.P.R. n. 520 del 1955, tuttora in vigore nonostante l'avvento del d.lgs. n. 81 del 2008. Il dubbio circa l'uso di tale strumento (ingenerato da alcuni risalenti interpretazioni ministeriali: Circolare del Ministero del lavoro n. 25 del 1996) riguarda il fatto che il d.P.C.M. dell'11 marzo 2020 non ne fa menzione, non essendo chiaro se il personale ispettivo possa avvalersi di tale potere solo nei casi in cui la legge lo preveda esplicitamente, oppure se possa ricorrervi “liberamente”, ovviamente nelle ipotesi in cui la legge non

preveda l'esercizio di altri poteri (come, dinnanzi alle contravvenzioni di cui all'art. 301 d.lgs. n. 81 del 2008, quello di prescrizione di cui all'art. 20 d.lgs. n. 758 del 1994). Si tratta di un dubbio non trascurabile, il cui eventuale fondamento precluderebbe il ricorso ad uno strumento che parrebbe fatto apposta per situazioni come quelle in esame, come emerge indirettamente in un'altra circolare ministeriale secondo cui la "disposizione" «impone al datore di lavoro un obbligo nuovo, che viene a specificare quello genericamente previsto dalla legge, specie laddove essa non regola fin nei dettagli la singola fattispecie considerata» (Circolare del Ministero del lavoro n. 24 del 2004, pur se riferita all'analogo istituto di cui all'art. 14 d.lgs. n. 124 del 2004): in sostanza, l'inevitabile discrezionalità riconosciuta al datore di lavoro nel seguire i contenuti generici delle raccomandazioni sarebbe sottoposta all'apprezzamento – anch'esso discrezionale – del personale ispettivo.

Se il dubbio si dissipasse e si ritenesse plausibile che, in esito ai propri controlli, il personale ispettivo delle ASL (o dell'INL ove competente *ex art.* 13 d.lgs. n. 81 del 2008) potesse utilizzare il potere di "disposizione" di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 520/1955, specificando così in via esecutiva al datore di lavoro, con adeguata motivazione, l'esatto obbligo da rispettare in ordine alle raccomandazioni, queste ultime risulterebbero adeguatamente presidiate anche sotto il profilo sanzionatorio: infatti – ferma restando la possibilità del ricorso contro la "disposizione" *ex art.* 21, comma 5, l. n. 833 del 1978 (ove adottata dagli ispettori della ASL) o *ex art.* 10, comma 2, d.P.R. n. 520 del 1955 (se adottata dal personale dell'INL), che non sospende l'efficacia della "disposizione" – l'eventuale violazione di quest'ultima risulterebbe assoggettata alla sanzione penale di cui all'art. 11, comma 2, d.P.R. n. 520 del 1955.

Forse, quel dubbio sull'utilizzazione del potere di "disposizione" potrebbe stemperarsi ove, con un'interpretazione certamente creativa, si inquadrasse sostanzialmente il Protocollo di sicurezza anti-contagio (ed i conseguenti protocolli aziendali) non come un semplice accordo negoziale bensì anche come una "buona prassi", visto che, conformemente alla definizione di "buone prassi" accolta nell'art. 2, lett. v, d.lgs. n. 81 del 2008, nella sostanza il Protocollo indubbiamente prospetta «soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di

buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro». A ciò si potrebbe obiettare che la predetta norma prevede che le buone prassi siano «elaborate e raccolte» solo da vari soggetti (Regioni, Inail, organismi paritetici) e «validate dalla Commissione consultiva permanente... previa istruttoria tecnica» ora dell'Inail «che provvede a assicurarne la più ampia diffusione». Tuttavia, se è vero che solo le buone prassi così validate (finora assai poche) acquisiscono quella pubblicità che le rende conoscibili e pubbliche, è vero pure che non mancano (e anzi sono numerose) buone prassi non ancora validate che perseguono le stesse finalità prevenzionistiche. E se è vero che le buone prassi sono elaborate e raccolte dai soggetti indicati dal legislatore, esse potrebbero essere “create” anche da altri soggetti, come, ad esempio, quelle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale nel cui ambito, non a caso, sono costituiti quegli organismi paritetici di cui all'art. 51 d.lgs. n. 81 del 2008 ricompresi tra i soggetti legittimati ad elaborarle ed a raccoglierle.

Pertanto, con un'interpretazione non formalistica, ma forse non così ardita, e comunque volta a garantire i migliori livelli di salubrità e di sicurezza nell'attuale drammatica emergenza, si potrebbe tentare di ipotizzare che il Protocollo – la cui assunzione è prevista dal d.P.C.M. 11 marzo 2020 anche previa intese tra le parti sociali; che è stato condiviso proprio da quelle organizzazioni sindacali di cui si parlava; che è stato sollecitato e, a quanto consta, sottoscritto dallo stesso Governo che se ne fa garante – possa configurarsi almeno sostanzialmente come una *buona prassi per contrastare il contagio nei luoghi di lavoro*. E, in questi termini, a fronte della sua adozione volontaria da parte del datore di lavoro, potrebbe allora emergere l'applicabilità del potere di “disposizione” previsto dall'art. 302-bis d.lgs. n. 81 del 2008 secondo cui «gli organi di vigilanza impartiscono disposizioni esecutive ai fini dell'applicazione delle norme tecniche e delle buone prassi, laddove volontariamente adottate dal datore di lavoro e da questi espressamente richiamate in sede ispettiva, qualora ne riscontrino la non corretta adozione, e salvo che il fatto non costituisca reato». Un potere di disposizione che in questa norma è espressamente previsto e che, consistendo in un ordine e non in una sanzione (che sorgerebbe in

caso di inosservanza della disposizione), lungi dal configurarsi in termini repressivi, evidenzia a tutto tondo la funzione di prevenzione. D'altro, canto, poiché nel Protocollo condiviso sono previste tutte le misure oggetto delle raccomandazioni del d.P.C.M. 11 marzo 2020, l'effettività di queste ultime emergerebbe proprio mediante l'applicazione del citato art. 302-*bis*.

Forse si tratta di una prospettazione eccessivamente creativa. Senonché, di fronte all'attuale emergenza e all'esigenza di garantire beni di assoluto valore, occorre chiedersi se non valga la pena di concedersi qualche veniale licenza interpretativa piuttosto che imbattersi in "licenze" di ben altra gravità che potrebbero emergere qualora, con evidenti forzature, si tentasse di ricondurre le inattuazioni delle raccomandazioni nelle strette maglie del diritto penale oppure nelle prescrizioni obbligatorie *ex* d.lgs. n. 758 del 1994, o addirittura ove mai si approdasse alla conclusione che esse non producano conseguenza alcuna.

\* Questo scritto trae spunto da un articolo più ampio dal titolo "Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?" in corso di pubblicazione in *Dir. Sic. Lav. – Rivista dell'Osservatorio Olympus*, 2019, n. 2, I.

# 11.

## L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: prime osservazioni

---

### 1. - Il contesto.

Tra le prime misure di contrasto alla diffusione del virus COVID-19, i decreti della Presidenza del Consiglio hanno individuato l'utilizzo del lavoro agile tanto in via generale (Art. 4, comma 1, lett. a) d. P.C.M. 1 marzo 2020; art. 1, comma 1, lett. n) d. P.C.M. 4 marzo 2020; artt. 1, comma 1, lett. e) e 2, comma 1, lett. r) d. P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1 nn. 7 e 10 d. P.C.M. 11 marzo 2020 (per tutti v. tra i primi M. Tiraboschi, 2017, 335), quanto nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (V. Talamo, 2018, 257 ss.).

La modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 l. 22 maggio 2017, n. 81, può pertanto essere applicata, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni", anche in assenza degli "accordi individuali" ivi previsti.

Sulla base di tale previsione, che anzitutto conferma la natura imperativa e non semplicemente promozionale del capo II della l. n. 81 del 2017 (D. Mezzacapo, 2017, 126 ss.), il problema principale per l'interprete sembra quello di comprendere fino a che punto l'applicazione (unilaterale) del lavoro agile da parte del datore possa operare in assenza dei suddetti accordi, e quali siano i limiti tracciati dai principi di tali disposizioni.

## 2. - Il lavoro agile senza “accordi”.

Il riferimento agli accordi, in primo luogo, non sembra casuale, bensì denota il riconoscimento della eterogeneità e pluralità di accordi che, in forma consensuale, possono convenire le parti all'interno del patto di lavoro agile: in primo luogo la definizione delle **modalità di esercizio del potere direttivo** (art. 19), uno tra i principali tratti identificativi del lavoro agile che pone in dubbio la specialità della fattispecie (A. Perulli, 2017, 14-15, *contra* G. Proia, 2018, 180 ss.), ma anche l'accordo sulle **sanzioni disciplinari o sull'esercizio del potere di controllo fuori dai locali aziendali**: tutti ambiti che in questo frangente tornano nella piena disponibilità del datore di lavoro.

Ad avviso di chi scrive **si può modulare unilateralmente anche l'apposizione di precisi vincoli di tempo e di luogo di lavoro**, eventualità che per l'inciso in cui è inserita rappresenta un'opzione normalmente rimessa alle parti (art. 18, comma 1, primo periodo): definire ad es. la distanza massima o le fasce orarie entro le quali operare in forma agile.

Altri elementi si prestano agevolmente ad una determinazione unilaterale, la predisposizione di *policies* circa l'utilizzo e la manutenzione degli strumenti tecnologici di lavoro da remoto e le **modalità di disconnessione**, o ancora l'assolvimento dell'obbligo, aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quelli generali di formazione, informazione e aggiornamento D.V.R. (A. Delogu, 2017, 116 ss.) di **consegna dell'informativa in materia di sicurezza**, che può essere standardizzata secondo modelli forniti da Inail.

## 3. - I principi del capo II della l. n. 81 del 2017 di necessaria applicazione.

Alcuni dei principi contenuti nella legge sono espressione di garanzie costituzionali e/o di principi generali che non possono subire compressione in assenza di accordo: si pensi alla garanzia del **diritto alla disconnessione**, espressione specifica del diritto al riposo oltre che alla riservatezza, o al **rispetto dei limiti in materia di durata massima giornaliera e settimanale di lavoro** di cui all'art. 18 comma 1, secondo periodo (sul rapporto con l'art. 17 d. lgs. n. 66 del 2003 si veda M. Ferraresi, 2017), dunque ancora del riposo a tutela della salute e sicurezza del lavoratore.

Neppure sembra che possano essere dismessi il **divieto di regresso** nel trattamento complessivo economico-normativo *ex art. 20* della legge (su cui v. M. Falsone, 2017, 567), l'obbligo di **parità di trattamento** ai sensi dell'art. 45 d. lgs. n. 165 del 2001 nel pubblico impiego e più in generale la necessità di un accordo bilaterale per modifiche inerenti la **retribuzione**. Più in generale non pare eludibile l'obbligo di **forma scritta**, attesa la delicatezza degli interessi in gioco durante l'esecuzione in forma tipica all'esterno dei locali del datore di lavoro, senza postazione fissa.

#### 4. - **Conclusioni: criticità e opportunità di fondo.**

Proprio sotto questo profilo la soluzione governativa evidenzia alcune criticità.

Per un verso, la logica di tali previsioni è *ictu oculi* quella di favorire il massimo ricorso all'istituto (Esplicitato dall'art. 1 nn. 7 e 10 d. P.C.M. 11 marzo 2020: "In ordine alle attività produttive e alle attività professionali si raccomanda che: a) sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza" "10) Per tutte le attività non sospese si invita al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile"), così come è evidente a tutti l'obiettivo di eliminare non solo le occasioni di incontro dei lavoratori, ma anche gli spostamenti da casa.

Per altro verso, i **tratti essenziali del lavoro agile** di cui agli art. 18-23 consistono nell'attivazione in forma di **accordo individuale** (dimensione tutelata anche dalle garanzie di libera recedibilità), da un lato, e nell'**esecuzione in parte fuori dai locali aziendali e "senza postazione fissa"**, dall'altro (S. Cairoli, 2018, 84 ss.).

Il primo aspetto, vista l'emergenza, può anche essere temporaneamente lasciato da parte fino al perdurare della pandemia, almeno per l'attivazione unilaterale della modalità di lavoro agile, ripristinando la libera recedibilità al suo termine.

Ma all'obiettivo di limitare lo spostamento del cittadino-lavoratore da casa si contrappongono ontologicamente sia l'esecuzione in forma alternata della prestazione, in parte dentro i locali aziendali (La quale pure può essere dilatata molto abbinando l'alternanza tra svolgimento interno ed

esterno a sistemi di computo dell'orario di lavoro medio di ampio calibro, estensibili *ex art. 4, comma 3 d. lgs. n. 66 del 2003*, fino a 4 mesi, ed anche oltre per mezzo di accordi collettivi), sia l'esecuzione "senza postazione fissa", incompatibile con l'obbligo di stare a casa.

Può obiettarsi che l'obbligo di stare nella propria abitazione discende da un provvedimento amministrativo e non da un ordine del datore di lavoro, ma si tratta di una circostanza nota ad entrambe le parti al momento dell'adibizione, nonché del palese presupposto logico e giuridico per l'applicazione unilaterale della modalità lavorativa.

E rinunciare anche a tali elementi in assenza dell'accordo individuale di attivazione del lavoro agile e di modulazione dell'esercizio dei poteri del datore di lavoro renderebbe impossibile una distinzione della fattispecie dal lavoro a domicilio e dal telelavoro, in sé difficoltosa (G. Santoro-Passarelli, 2017, 771 ss.).

Questi ultimi due istituti ammettono invece lo svolgimento di lavoro subordinato con postazione fissa: il lavoro a domicilio assicura lo svolgimento della prestazione da casa, e il telelavoro ammette lo stabile svolgimento all'esterno dei locali aziendali, peraltro senza complicazioni in ordine alla corresponsione della retribuzione, che può anche essere quella ordinaria a tempo.

Rispetto a tali opzioni alternative, però, il lavoro agile presenta agli occhi dell'esecutivo **due vantaggi**.

Il primo è quello di essere una modalità di svolgimento della prestazione più semplice da attivare in tempi rapidi: si pensi alla difficoltà del passaggio al cottimo puro nel lavoro a domicilio, alla complessa procedura di attivazione del telelavoro pubblico, o ancora alla possibilità per il lavoro agile, non esclusa dall'art. 18, comma 2, l. n. 81 del 2017, di fare utilizzare al lavoratore strumenti tecnologici di sua proprietà, secondo logiche BYOD – *bring your own device* che semplificano molti profili di responsabilità e gestione (A. Preteroti, 2017, 599).

Il secondo è quello di essere la modalità indicata dalla l. n. 81 del 2017 per favorire la conciliazione vita-lavoro (soprattutto nel pubblico impiego, visti gli ambiziosi obiettivi di cui all'art. 14 d. lgs. n. 124/2015) e la produttività, laddove gli altri due istituti hanno evidenziato croniche difficoltà di diffusione.

Di talché l'opzione governativa, al netto di una certa inadeguatezza nella prospettiva emergenziale, evidenzia un opportunistico incentivo a una più rapida e massiva diffusione dell'istituto del lavoro agile – prima di tutto culturale – nel mondo del lavoro, dai potenziali riflessi positivi nel medio-lungo periodo.

### **Riferimenti bibliografici**

Sul lavoro agile in generale si vedano G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 3, 771 ss.; M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 2017, 335; G. Zilio Grandi-M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2017, M. Ferraresi, *Lavoro agile*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2017, 3; AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in *WP CSDLE.it, collective volumes*, 2017, 6 e L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017.

In quest'ultima opera, sulla modulazione del potere direttivo G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione*, in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017, 180 ss. e sul lavoro agile nel pubblico impiego V. Talamo, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017, 257 ss.; su tale tema cfr. anche S. Cairoli, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2018, 1, 78 ss.

Sulla retribuzione del lavoratore agile M. Falsone, *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in G. Zilio Grandi-M. Biasi (a cura di), *Commentario breve cit.*, 597 ss.

Sugli obblighi di sicurezza A. Delogu, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, 108 ss.

Ivi anche D. Mezzacapo, *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, 126 ss. per riflessioni sulla vocazione promozionale o imperativa della norma.

Sull'assegnazione di strumenti di lavoro al dipendente A. Preteroti, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in Zilio Grandi-Biasi (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova, 2017, 599.



## 12.

# Emergenza COVID e contratto di lavoro autonomo

---

### 1. - Premessa: le fragilità del lavoro autonomo ai tempi del virus.

Davanti all'emergenza sanitaria in atto i lavoratori autonomi si trovano in una posizione di maggiore debolezza rispetto ai dipendenti. Questi ultimi, infatti, possono beneficiare di alcuni istituti protettivi che agli autonomi sono generalmente preclusi, quali in primo luogo l'indennità di malattia (che spetta anche in caso di quarantena, come previsto dagli ultimi interventi normativi del governo) e la cassa integrazione (a cui verrà verosimilmente fatto un ricorso massiccio, anche in deroga).

Lo ha già rilevato una delle principali associazioni di categoria, ACTA, che denuncia che **il 47% degli interpellati ha subito la cancellazione di almeno una commessa**, il 57% ha avuto la sospensione o il rinvio a data da definirsi di almeno una commessa, segnalando che la **percezione condivisa dai 3/4 dei freelance** è che ci saranno cancellazioni e rinvii nei prossimi mesi [ACTA 2020].

Maggiormente colpiti, quantomeno nell'immediato, saranno i lavoratori autonomi "economicamente dipendenti", cioè quelli che dipendono da un committente principale, nel cui ciclo produttivo sono strettamente integrati [PALLINI 2013].

Mentre il lavoro autonomo di "prima generazione", quello libero-professionale, pure in grande sofferenza a causa del generalizzato blocco delle attività, potrebbe avere gli strumenti per non fermarsi del tutto, gli scenari più preoccupanti riguardano il lavoro autonomo di "seconda" generazione, composto dai collaboratori autonomi figli della frammentazione dell'impresa post-fordista [BOLOGNA-FUMAGALLI 1997] e quello di "terza generazione", che comprende la vasta platea dei collaboratori più o

meno occasionali, tra cui gli emblematici lavoratori della *gig economy* [FUMAGALLI 2015].

## 2. - Contratti di lavoro autonomo e distribuzione del rischio.

Il problema giuridico che si pone di prepotenza in questi giorni difficili concerne la ripartizione dei costi sociali ed economici dell'emergenza in corso e l'individuazione di chi debba farsene carico: se il lavoratore, il committente o la collettività.

Come noto, nel rapporto di lavoro autonomo il rischio grava in linea di principio sul prestatore.

Già Barassi sottolineava che il lavoro autonomo viene «compiuto entro la sfera d'azione di chi se lo è assunto» [BARASSI 1901, 25], con la conseguenza che chi si impegna a compiere un'opera si assume il rischio di non poterla compiere per cause che esulano dalla propria sfera d'azione. Non a caso, l'assunzione del rischio rappresenta uno degli indici maggiormente utilizzato dalla giurisprudenza in materia di qualificazione del rapporto.

La questione, tuttavia, è più complessa.

Quando si parla di lavoro autonomo si fa riferimento a una pluralità di fattispecie tipiche e transtipiche [PERULLI 1996]: dal contratto d'opera (art. 2222 c.c.), al contratto d'opera intellettuale (art. 2229 c.c.), ai tipi negoziali di cui al libro IV del c.c. (mandato, trasporto, ecc.), alla collaborazione coordinata e continuativa (art. 409 c.p.c.), alla collaborazione occasionale c.d. ritenuta d'acconto (un normale contratto d'opera soggetto però a particolari regole fiscali e previdenziali), sino ad arrivare alle collaborazioni c.d. etero-organizzate (art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015), quantomeno quando sia esclusa l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato (art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015).

Per rispondere correttamente alla domanda “su chi grava il rischio?” occorre quindi fare riferimento alle specifiche discipline di ciascun tipo negoziale (si pensi al caso dell'agenzia, ove grava sull'agente il rischio che l'affare non venga concluso, fermo il compenso per l'attività), ma anche alla regolamentazione contrattuale adottata tra le parti, che potrebbero avere concordato previsioni particolari.

### 3. - Il diritto al compenso in caso di possibilità della prestazione già concordata.

Occorre tuttavia partire da una premessa: se è vero che in linea di principio nei rapporti di lavoro autonomo il rischio grava sul lavoratore, compreso quello di non poter svolgere la prestazione per cause che lo riguardino, tra cui la malattia (o la quarantena), è altrettanto vero che poiché il lavoratore autonomo si obbliga di regola a rendere un *opus perfectum*, ove sia ancora possibile rendere la prestazione nel rispetto delle norme emergenziali egli potrà (e anzi dovrà) offrirla al committente e avrà diritto al compenso (si pensi a un professionista che si fosse obbligato a rendere una consulenza che possa essere svolta a distanza). Né il committente potrebbe rifiutare una prestazione ritualmente offerta. Un eventuale recesso potrebbe essere esercitato solo nel pieno rispetto delle norme generali (e quindi con tutte le conseguenze risarcitorie che conseguono a un recesso *ante tempus*: artt. 2227 e 2237 c.c.).

Milioni di lavoratori autonomi italiani, in queste settimane, hanno fatto del tavolo della cucina il loro ufficio e continuano a lavorare e, auspicabilmente, a fatturare, quantomeno per le attività già programmate.

Per le attività non ancora contrattate, invece, il prestatore in linea di principio non è tutelato dal rischio che il committente non rinnovi le commesse, anche fuori dei casi di impossibilità, potendo tuttalpiù trovare applicazione le norme antiabusive di cui all'art. 3 l. n. 81 del 2017 [CAVALLINI 2018], laddove il committente faccia un uso strumentale dell'emergenza in corso.

### 4. - Sospensione delle attività del committente e diritto al compenso.

Un caso diverso è quello in cui il rapporto di lavoro autonomo sia continuativo in senso tecnico, come nel rapporto di agenzia e in tutti i contratti d'opera in cui sia dedotto non il compimento di un'opera ma lo svolgimento di un "servizio", con o senza previsione di un termine finale. È infatti pacifico che anche il contratto d'opera può essere costitutivo di un rapporto di durata in senso tecnico [SANTORO PASSARELLI 1990, 14].

In questi casi, occorre chiedersi se l'eventuale sospensione delle attività

del committente possa legittimare la sospensione del rapporto e con quali conseguenze sul piano del compenso.

Ad avviso di chi scrive, la questione teorica è la medesima che si pone in riferimento al rapporto di lavoro subordinato, con la significativa differenza che non esistono gli strumenti (come la CIG) idonei a mitigare il problema pratico.

Occorre quindi distinguere le diverse possibili ipotesi: se la prestazione può essere svolta a distanza, non può parlarsi di impossibilità oggettiva e dunque la prestazione potrà essere resa con diritto al corrispettivo; se la prestazione non può essere svolta a distanza ma richiede la presenza in azienda ed essa è impraticabile, occorre verificare se ci si trova in un'ipotesi di impossibilità oggettiva (materiale o *per factum principis*), nel qual caso si avrà sospensione di entrambe le obbligazioni, oppure se la sospensione sia imputabile al committente (che decida unilateralmente di sospendere le attività senza esservi tenuto), nel qual caso il prestatore avrà diritto al compenso.

Fuori del caso di impossibilità il recesso *ante tempus* comporterà l'obbligo di risarcire il lavoratore del mancato guadagno sino alla scadenza del contratto, mentre in caso di rapporto a tempo indeterminato sarà possibile recedere solo con congruo preavviso nel rispetto dell'art. 3 l. n. 81 del 2017 [PERULLI 2017, 186].

Per determinare se si verta in un'ipotesi di impossibilità, peraltro, occorre considerare che gli obblighi di sicurezza previsti dal d.lgs. n. 81 del 2008 trovano applicazione anche in riferimento ai lavoratori autonomi, quando svolgano l'attività nell'ambito dell'organizzazione del committente [PASCARELLA 2015].

In tutte queste ipotesi, peraltro, occorre rammentare che se la prestazione divenga solo parzialmente impossibile, potrà trovare applicazione la disciplina codicistica in materia di impossibilità parziale (art. 1464 c.c.) e le parti potranno convenire una riduzione della prestazione e del corrispettivo, mentre il committente potrà recedere dal contratto solo se non vi è alcun interesse all'adempimento parziale.

In ogni caso, correttezza e buona fede dovrebbero imporre a tutte le parti approcci cautelativi e volti a consentire, magari previa rinegoziazione, la conservazione del rapporto negoziale.

### **5. - Impossibilità della prestazione per cause inerenti il prestatore.**

Questione diversa è quella relativa alle conseguenze dell'impossibilità di rendere la prestazione per cause inerenti il prestatore, quali in primo luogo una condizione di malattia ovvero l'obbligo di isolamento domiciliare che renda impraticabile la continuazione dell'attività.

In questo caso, il rischio grava sul lavoratore, che non potrà rivendicare il diritto al compenso (salvo il diritto di valersi di sostituti: art. 2232 c.c.) né di forme di tutela indennitaria, salvi i casi limite previsti dai rispettivi ordinamenti previdenziali.

L'unica tutela, in questo frangente, è rappresentata dall'art. 14 l. n. 81 del 2017, che prevede che la malattia del lavoratore autonomo che presti la propria attività per il committente in via continuativa non comporta l'estinzione del rapporto, la cui esecuzione può essere sospesa su richiesta del lavoratore, senza diritto al corrispettivo e per un periodo non superiore a 150 giorni, salvo che il committente non provi di non avere interesse alla permanenza del rapporto [VALLAURI 2018].

Tutto quanto precede, è bene precisarlo, riguarda i lavoratori autonomi genuini, e non i "falsi" autonomi, che oggi più che mai hanno interesse a rivendicare l'effettiva natura del rapporto, anche solo per accedere alle forme di integrazione reddituale previste in favore dei dipendenti [SCARPELLI-CAVALLINI 2020].

### **6. - Le tutele esterne al rapporto.**

Sullo sfondo si collocano le tutele "esterne" al rapporto, che dovrebbero fornire ai lavoratori autonomi alcune forme di sostegno al reddito in questi giorni difficili.

Il tema della tutela previdenziale dei lavoratori autonomi è relativamente recente. Il nostro ordinamento previdenziale ha storicamente escluso i lavoratori autonomi dalle sue tutele e solo da poco si è cominciato a riconoscere l'opportunità di un cambio di passo, pur nel rispetto delle diversità strutturali che i lavoratori autonomi presentano rispetto ai dipendenti e delle profonde differenze intercorrenti anche tra le diverse tipologie di lavoratori autonomi [CANAVESI-ALES 2020].

Una prima misura di sostegno era stata prevista dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9,

che aveva introdotto, in favore dei lavoratori operanti nelle vecchie “zone rosse”, il diritto a un’indennità mensile pari a 500 euro, per un massimo di tre mesi, e la sospensione dei versamenti agli enti previdenziali.

Ora il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “Cura Italia”) ha previsto, nell’ambito di uno sforzo finanziario notevole (oltre due miliardi), una misura di generalizzata: gli artt. 27 e 28 prevedono il diritto a un’indennità *una tantum* di 600 euro, per il mese di marzo, in favore degli iscritti alla gestione separata (partite iva “senza cassa” e co.co.co.), nonché dei lavoratori autonomi iscritti alle gestioni speciali dell’Ago (e quindi principalmente artigiani, commercianti e coltivatori diretti).

Per quanto riguarda invece gli iscritti alle casse privatizzate, l’art. 43 istituisce un “Fondo per il reddito di ultima istanza”, per il quale vengono stanziati 300 milioni, volto a garantire il riconoscimento di un’indennità di ammontare indeterminato destinata anche ai lavoratori autonomi che in conseguenza dell’emergenza hanno cessato, ridotto o sospeso la loro attività (nella versione finale del decreto, fortunatamente, è scomparso il limite reddituale dei 10.000 Euro annui per il 2019, che avrebbe ristretto oltremodo l’ambito di applicazione del Fondo).

Tale disparità di trattamento tra professionisti “con cassa” e “senza cassa” desta diverse perplessità [D’AMICO 2020; AMORELLI 2020], pur trovando spiegazione nel fatto che solo l’INPS, e non le casse privatizzate, può essere direttamente utilizzata dall’autorità statale.

Misure specifiche, inoltre, stanno venendo adottate dai singoli enti previdenziali e dall’Agenzia delle Entrate, che hanno disposto in questi giorni varie moratorie sui versamenti fiscali e contributivi.

Una boccata d’ossigeno che, però, potrebbe non essere sufficiente e che potrebbe anzi trasformarsi in un boomerang se, tra qualche mese, sul capo degli autonomi che si saranno (speriamo) faticosamente rialzati dovessero piovere in un solo colpo obblighi di pagamento solo posticipati.

### Riferimenti bibliografici

Per i primi dati sulle contrazioni delle attività degli autonomi ACTA, *L’impatto del coronavirus sui freelance*, in [www.actainrete.it](http://www.actainrete.it), 3 marzo 2020. Tra i primi commenti relativi alla fragilità degli autonomi nel contesto dell’emergenza sanitaria F. SCARPELLI-G. CAVALLINI, *Coronavirus, ecco i rischi e le conseguenze per i lavoratori autonomi e le partite Iva*, in *Il fatto quotidiano*, 11 marzo 2020; B. D’AMICO, *Il decreto Cura Italia mette in quarantena i liberi professionisti*, in *Il foglio*, 16 marzo 2020; A.

AMORELLI, *Con il coronavirus chi ha una partita iva è stato abbandonato a se stesso*, in *www.thevision.com*, 13 marzo 2020.

Per una ricostruzione giuridica del lavoro autonomo economicamente dipendente in Italia M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013.

Le “generazioni” dei lavoratori autonomi sono state individuate da S. BOLOGNA-A. FUMAGALLI (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Milano, 1997, e, più recentemente, di A. FUMAGALLI, *Le trasformazioni del lavoro autonomo tra crisi e precarietà: il lavoro autonomo di III generazione*, in *Quad. ric. art.*, 2015, 241 ss.

Il primo studio italiano sulle distinzioni tra lavoro autonomo e subordinato, come noto, si deve a L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901.

Sulle diverse fattispecie del lavoro autonomo ancora attuale lo studio di A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano, 1996.

Nel senso che anche il lavoro autonomo può essere dedotto in un contratto di durata G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo*, in *Enc. giur.*, 1990, 1 ss.

Sulle tutele previste nello Statuto del lavoro autonomo: A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 172 ss.; G. Cavallini, *Il divieto di abuso di dipendenza economica e gli strumenti del “nuovo” diritto civile al servizio del lavoro autonomo*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo*, Milano, 2018, 285 ss.; M.L. VALLAURI, *Tutela della salute e sostegno alla genitorialità*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo*, Torino, 2018, 126 ss.

Sull'applicabilità del T.U. sicurezza agli autonomi V. PASQUARELLA, *L'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del d.lgs. 81/2008*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2015, 484 ss.

Sulle tutele previdenziali dei lavoratori autonomi molti interessanti i contributi raccolti in G. CANAVESI-E. ALES (a cura di), *La tutela per la disoccupazione nelle trasformazioni del lavoro*, Macerata, 2020.



## 13.

# Emergenza COVID-19 e conseguenze sulla somministrazione di lavoro

---

### 1. - Gli effetti dell'emergenza COVID-19 sul lavoro in somministrazione.

Nel pieno dell'emergenza sanitaria COVID-19 stanno **scadendo e cessando migliaia di contratti a tempo determinato e di somministrazione a termine**, anche a seguito dell'attivazione degli ammortizzatori sociali che impediscono le proroghe contrattuali. L'accordo siglato in data 6 marzo 2020 da Assolavoro e Felsa-CISL, Nidil-CGIL e Uiltemp-UIL ha, tempestivamente, previsto una serie di misure volte a tutelare la continuità retributiva e occupazionale (presso l'utilizzatore) dei lavoratori somministrati coinvolti nell'emergenza, tra le quali spicca la possibilità di attivare, in via sperimentale e del tutto eccezionale, il trattamento di integrazione salariale "in deroga" alla procedura ordinaria (art. 3), a valere sulle risorse del fondo di solidarietà di settore fino a un massimo di 10 milioni di euro (art. 6).

Trattasi di uno stanziamento di risorse non indifferente, seppur allo stato non sia possibile quantificare se possa bastare a garantire la copertura di tutti i periodi di sospensione, per i lavoratori somministrati, su tutto il territorio nazionale. Il ricorso al fondo di solidarietà, inoltre, **non offre una soluzione per tutti casi di perdita sopravvenuta della missione (cfr. art. 3, comma 2, dell'accordo), né per le ipotesi di recesso dell'utilizzatore, che può sempre avvenire ferme restando le condizioni pattuite tra le parti nel contratto commerciale.** In questo scenario, se il contratto di lavoro (tra agenzia e lavoratore) è stato stipulato a tempo determinato, il rapporto deve proseguire con l'agenzia fino alla sua naturale scadenza, come inizialmente stabilita, con la conservazione in capo al lavoratore, del

trattamento economico e normativo iniziale (cfr. art. 45 CCNL 15 ottobre 2019 applicato dalle agenzie di somministrazione), salvo eventuale ricollocazione presso un altro utilizzatore. Se, invece, il lavoratore è stato assunto a tempo indeterminato dall'agenzia, con missione a termine o a tempo indeterminato interrotta dall'utilizzatore, sarà messo in disponibilità, con il relativo trattamento economico e normativo, ovvero, in mancanza di ulteriori occasioni di lavoro, dovrà essere attivata la procedura (di *outplacement*) ex art. 25 CCNL.

Sta di fatto che nell'auspicabile fase di ripresa della normalità sociale ed economica, quando le attività ripartiranno e le aziende torneranno a chiudere gli ammortizzatori e ad assumere, risulterà in molti casi problematico richiamare i lavoratori (diretti e indiretti) assunti a tempo determinato i cui rapporti siano cessati durante lo stato di emergenza, palesandosi la necessità di **apporre la causale giustificativa dell'apposizione del termine al contratto di lavoro** che, come noto, si presenta il più delle volte di difficile declinazione.

## 2. - Il problema della causale nella fase post-emergenziale.

Il d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. Decreto dignità), convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2018, n. 96, ha infatti comportato l'**applicazione della disciplina del contratto a tempo determinato al contratto di somministrazione a termine** sottoscritto tra agenzia e lavoratore (cfr. art. 34, comma 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81) [BOLLANI 2018; MARAZZA 2018, 5 s.; MARESCA 2018a; SCARPELLI 2018, 16 s.]. Ne consegue la possibilità di stipulare un contratto di somministrazione a tempo determinato a-causale di durata non superiore a dodici mesi, mentre l'obbligo di giustificare l'apposizione del termine al contratto di lavoro, secondo le condizioni disposte dall'art. 19, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, decorre una volta superati i dodici mesi di durata della missione, oppure in caso di proroghe e rinnovi intercorsi anche nell'arco dei primi dodici mesi (art. 21, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81). In queste circostanze, l'agenzia è tenuta ad osservare le **causali tenendo conto delle esigenze organizzative che sul lato dell'azienda utilizzatrice richiedono l'invio in missione del lavoratore** [BOLLANI 2018; MARESCA 2018a; SCARPELLI 2018, 17 s.].

Il blocco parziale delle attività produttive disposto in esecuzione delle misure di contrasto al COVID-19 implicherà in numerose realtà aziendali dell'industria e dei servizi l'attivazione di regimi di orario ridotto e di ammortizzatori sociali [PIGLIALARMI 2020; PIGLIALARMI-SPATTINI 2020], contesto nel quale molti dei contratti di lavoro a termine e in somministrazione stipulati precedentemente alla sospensione della produzione, cesseranno anzitempo rispetto al periodo di a-causalità disciplinato dalla legge (dodici mesi), per ragioni non imputabili né all'azienda né al prestatore di lavoro. Con la conseguenza che, nel momento della ripresa delle attività produttive, **le aziende che volessero riattivare i predetti rapporti di lavoro, sarebbero formalmente tenute a giustificare il rinnovo contrattuale osservando le causali di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.**

Si tratta di una prospettiva non poco problematica per via del tenore fortemente stringente del regime delle causali introdotto dal decreto di dignità, sostanzialmente incompatibile con molte realtà produttive industriali e non che, pur facendo un utilizzo genuino della somministrazione a termine, si confrontano con esigenze organizzative del lavoro **non direttamente riconducibili alle condizioni previste all'art. 19, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.** Si presenta pertanto il rischio che queste aziende e, di riflesso, le agenzie di somministrazione, siano indotte ad attivare rapporti a tempo determinato (diretti o indiretti) con lavoratori diversi da quelli assunti prima dell'emergenza sanitaria, così da eludere l'obbligo di giustificare l'apposizione del termine al relativo contratto di lavoro.

### **3. - Il ruolo dell'autonomia privata individuale e collettiva a legislazione vigente.**

Nelle more di un provvedimento legislativo che disponga la non applicabilità del regime delle causali ai rinnovi contrattuali dei rapporti a termine e in somministrazione interrotti *a causa* dell'emergenza sanitaria, meritano di essere valutati gli spazi di azione che la legge riserva all'autonomia privata per gestire, nell'interesse delle aziende e dei lavoratori, il cortocircuito normativo e gestionale che si è evidenziato.

Si potrebbe valutare, innanzitutto, la possibilità che le agenzie di sommi-

nistrazione e le aziende utilizzatrici individuino nelle stesse circostanze connesse all'emergenza sanitaria le ragioni giustificative del rinnovo dei contratti di lavoro a termine cessati in concomitanza della interruzione (parziale) della produzione e dell'attivazione degli ammortizzatori sociali. L'intervento dell'autonomia privata individuale sarebbe da indirizzare, in questo senso, non tanto verso la giustificazione delle esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, o a quelle connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili della stessa (se vi fossero, il problema non si porrebbe affatto), quanto a **motivare la ragione della interruzione del rapporto, non imputabile alla volontà delle parti coinvolte nel dispositivo della somministrazione, enfatizzando contestualmente i profili di ragionevolezza della riattivazione del rapporto medesimo senza l'indicazione della causale**, almeno fino ad un arco temporale coincidente con i mesi che intercorrono tra la cessazione anticipata della missione e il termine legale di dodici mesi. Circostanza che, tuttavia, potrebbe esporsi a censure formalistiche da parte dei giudici o dell'ispettorato del lavoro.

---

104

**Maggiore affidamento potrebbe ricercarsi, sotto il profilo della certezza del diritto, nell'intervento dell'autonomia collettiva**, non solo per la funzione normativa che il contratto collettivo svolge in materia, ma perché la materia stessa è fortemente sindacalizzata, nel senso che almeno nelle realtà aziendali più strutturate, la gestione del contratto a termine e della somministrazione è soggetta un forte controllo sindacale. Se non fosse che **il regime delle causali previsto dal decreto dignità non è derogabile dall'autonomia collettiva**, essendo che il combinato disposto tra art. 19, comma 1, e l'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 non apre alcuno spazio di intervento al contratto collettivo qualificato ai sensi dell'art. 51 del medesimo decreto legislativo [MARESCA 2018b].

La sola possibilità di intervento normativo in materia, che la legislazione vigente riconosce alla contrattazione collettiva c.d. di prossimità, è ravvisabile nell'art. 8d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modificazioni, in l. 14 settembre 2011, n. 148. Questa disposizione abilita il contratto collettivo di ambito aziendale e territoriale qualificata ai sensi del comma 1, **ad operare anche in deroga a norme di legge e contrattazione collettiva nazionale**, sulle materie previste al comma 2, tra le quali figurano i contratti a termine

e i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro [MARESCA 2018b, 6 ss.]. Come noto, l'art. 8 contribuisce ad attenuare il carattere imperativo e inderogabile del precetto legale, trasformando la norma imperativa in "semi-imperativa", cioè derogabile dal contratto di prossimità e al contempo dotata di persistente efficacia cogente nei confronti dell'autonomia individuale [cfr. VALLEBONA 2011, 682].

Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese sottoscritte ai sensi dell'art. 8 devono essere finalizzate, tra le altre cose, **alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività**. La declinazione pratica e la puntualizzazione delle finalità generali individuate dalla disposizione è rimessa alla libertà negoziale delle parti che, solitamente, danno conto del contesto e degli obiettivi dell'intesa nella premessa dell'accordo. È in questa sede che l'autonomia collettiva potrebbe **giustificare la deroga al regime delle causali, richiamando il contesto emergenziale nell'ambito del quale i rapporti di lavoro a termine e in somministrazione sono cessati e sono stati riattivati**. A rigore, tuttavia, se si utilizzasse lo stato d'emergenza come variabile giustificativa dell'accordo in deroga, l'a-causalità andrebbe estesa ad un arco temporale coincidente con i soli mesi che intercorrono tra la cessazione anticipata del rapporto (per ragioni non imputabili alle parti) e il termine legale di dodici mesi.

Si consideri inoltre che capacità derogatoria dell'accordo di prossimità è condizionata alla sottoscrizione dello stesso da parte di associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, siano esse RSA ai sensi dell'art. 19 Stat. lav., purché costituite nell'ambito delle predette associazioni, siano esse RSU costituite ai sensi delle regole stabilite dall'autonomia collettiva negli accordi interconfederali. Considerato il contenuto e le finalità dell'accordo di prossimità qui prospettato, **sarebbe ragionevole coinvolgere nella negoziazione e nella conclusione dell'intesa modificativa anche le sigle sindacali della somministrazione (Felsa-CISL, Nidil-CGIL e Uiltemp-UIL)**.

### Riferimenti bibliografici

Sulle novità introdotte dal c.d. Decreto dignità e sulle relative implicazioni in materia di contratto a termine e somministrazione di lavoro, si v. A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, in inserto *Dir. prat. lav.*, 2018, n. 40, M. MARAZZA, *Decreto dignità: prime considerazioni sulle novità in materia di contratto di lavoro a termine e somministrazione di lavoro*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, 7, A. MARESCA, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità*, in *Arg. dir. lav.*, 2018a, 4-5, 1012 ss., P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 380, 2018, e F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "Decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, 9.

Sugli attuali strumenti normativi per la sospensione dell'attività d'impresa, azionabili nel contesto dell'emergenza sanitaria COVID-19, cfr. G. PIGLIALARMÌ, *Coronavirus: gli attuali strumenti normativi per la sospensione dell'attività d'impresa*, in speciale *Bollettino ADAPT*, n. 2,28 febbraio 2020, e G. PIGLIALARMÌ-S. SPATTINI, *Ammortizzatori sociali in caso di sospensione per COVID-19*, in *Bollettino ADAPT*, 11 marzo 2020.

Sulla contrattazione di prossimità in deroga alla legge, oltre a Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. Giur. lav.*, 2011, 3, 682, sia consentito il rinvio, anche per i numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali connessi ai diversi profili e limiti applicativi della disposizione, a P. TOMASSETTI, *Art. 8 l. 148/2011 (Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità)*, in R. DEL PUNTA-F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Milano, 2019, 2581 ss.

Sulla possibilità di deroga della disciplina legale in materia di contratto a termine e somministrazione ad opera della contrattazione di prossimità, cfr. M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino, 2017, spec. cap. III, sez. II, I. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolamentazione dei rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano, Giuffrè, 2013, 57, e A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Padova, 2013. Sugli specifici profili concernenti la derogabilità del regime delle causali, delle proroghe e dei rinnovi previsto dal c.d. Decreto dignità, cfr. A. MARESCA, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto dignità*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018b, n. 2.

## 14. C'è il CoViD19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?

---

### 1. - Emergenza di salute pubblica e contrasto alla diffusione del COVID-19: I limiti dei DPCM.

In origine era il d.P.C.M. Codogno. Poi, il molto atteso d.P.C.M. 11 marzo 2020, frustrando le aspettative sindacali, ma accontentando le richieste confindustriali, ha lasciato la possibilità a diverse imprese italiane, benché non forniscano beni e servizi di prima necessità, di decidere se sospendere o meno l'attività produttiva o professionale (Il consiglio di presidenza di Confindustria Lombardia, presieduto da Marco Bonometti, ha ritenuto indispensabile tenere aperte le aziende, dando continuità a tutte le attività produttive e alla libera circolazione delle merci, poiché interrompere oggi le filiere significherebbe perdere il mercato di appartenenza in un territorio a forte vocazione export).

Qualora il datore di lavoro non ricorra al lavoro agile nella sua versione unilaterale (come modificata dal d.P.C.M. 23 febbraio 2020) o non decida di incentivare ferie, permessi e altri strumenti di contrattazione collettiva (rispettivamente art. 7, lett. a e b), questi può decidere, discrezionalmente, (è solo «raccomandato»!) di sospendere le attività produttive, qualora non si tratti di reparti indispensabili alla produzione (dove sembra che nulla debba essere sospeso).

Due punti del d.P.C.M. vanno evidenziati:

1) per quanto attiene alle attività produttive – ma ciò si deve estendere a rigore di logica ovunque esistano strutture di rappresentanza sindacale – occorre «favorire gli accordi tra le parti sociali».

2) ove l'attività non sia stata sospesa occorre assumere protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza interpersonale di almeno un metro, garantire la dotazione di adeguati strumenti di protezione individuale.

**2. - Il d.P.C.M. contiene norme speciali che si innestano in un più generale sistema di prevenzione e protezione della salute del lavoratore.**

Le prescrizioni del d.P.C.M. appena esaminate sub 2) non impongono standard di protezione della salute e della sicurezza specifici. Non si dice ad esempio quali siano i dispositivi individuali da adottare (guanti? mascherine non certificate? mascherine FF? ecc.).

Non vi è dubbio in proposito che tali prescrizioni vadano raccordate con il sistema di protezione del lavoratore incardinato tra l'art. 2087 c.c. e il d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (T.U. sulla salute e sicurezza), in quanto trattasi di indicazioni aggiuntive rispetto a un sistema normativo – preesistente e generale – di protezione e prevenzione della salute e della sicurezza del lavoratore che resta pienamente efficace.

Come noto, in forza del disposto dell'art. 2087 c.c., il datore di lavoro «è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa *tutte* le misure che (...) sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro», secondo «la particolarità del lavoro» – avendo cioè a riguardo al livello di rischio nascente dalla specifica attività lavorativa o dalla situazione di contagio pandemico – secondo «l'esperienza» – cercando di prevenire i pregiudizi prevedibili a causa di eventi già verificatisi in precedenza – e secondo la «tecnica» – ossia adottando misure aggiornate al progresso della conoscenza scientifica e tecnologica in un determinato settore. La giurisprudenza ha tratto da questa norma l'obbligo del datore di lavoro di assicurare la massima sicurezza tecnologicamente possibile. La previsione codicistica è poi rafforzata dal T.U. del 2008 che tutela il bene giuridico della salute del lavoratore nei luoghi di lavoro adottando un approccio di prevenzione basato sulla necessità di identificare e, se possibile eliminare o contenere i rischi.

La normativa emergenziale e assolutamente eccezionale (come si evince dal suo termine di scadenza) non può che rafforzare queste regole che restano applicabili e pienamente efficaci.

Pertanto, visto l'aumento esponenziale del livello normale di rischio derivante dal pericolo della malattia virale Covid 19, è necessario **aggiornare il documento di valutazione dei rischi** confrontandosi con RLS e coinvolgendo il responsabile del servizio prevenzione e protezione in ordine alla predisposizione di misure anche urgenti e, eventualmente, il medico competente per quanto riguarda pareri di natura scientifica.

Attuare protocolli sicurezza anti-contagio, possibilmente concordati (art. 8 d.P.C.M.), che prevedano **un'organizzazione degli spazi di lavoro e ricreativi comuni a più lavoratori** tale per cui sia garantita la distanza di almeno un metro tra gli individui. Il DPCM all'art. 9 prevede la limitazione degli spostamenti nei siti e dell'accesso agli spazi comuni. Per esempio, il datore di lavoro dovrà utilizzare barriere fisiche o organizzare turnazioni di lavoro o di accesso ai suddetti spazi comuni.

Quando non sia possibile rispettare tali protocolli organizzativi, il datore ha l'obbligo di adottare idonei strumenti di protezione individuale conformi al principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile (livello di p; mascherine certificate ffp2-ffp3, in rapporto anche alle specifiche lavorazioni, protezioni facciali, guanti monouso). Nel caso specifico, il tipo di maschere filtranti richieste per evitare il contagio da Coronavirus classificato come "rischio biologico", sono regolate dalla norma europea UNI EN 149. Tale norma, a seconda dell'efficienza filtrante, classifica le maschere in FFP1, FFP2, FFP3. Le mascherine consigliate a chi si deve proteggere dal virus sono di classe FFP2 o, meglio, FFP3 che hanno un'efficienza filtrante del 92% e 98% rispettivamente. Le FFP1 chiamate "antipolvere" con il 78% di efficienza sono insufficienti per proteggere dal virus.

È altresì importante che tali protocolli prevedano, inoltre, la fornitura di tutti i sistemi per la sanificazione di mani e superfici (art. 7, lett. e). Sanificare gli ambienti e le singole postazioni di lavoro, gli spogliatoi o le mense se ne è consentita l'apertura e la fruizione

Infine, è importante che i lavoratori siano informati e formati sui comportamenti da tenere per evitare il contagio sul luogo di lavoro. Ad esempio, occorre chiarire loro come provvedere allo smaltimento dei dispositivi monouso potenzialmente infetti.

### 3. - Inadempimento datoriale degli obblighi di sicurezza e sospensione della prestazione lavorativa tra autotutela individuale e collettiva.

Che cosa succede se il datore di lavoro non ottempera? Può il lavoratore allontanarsi dal luogo di lavoro? Il rifiuto di lavorare in un luogo insalubre è una violazione dell'obbligo di obbedienza che nasce dal contratto di lavoro? È un fatto disciplinarmente rilevante passibile di sanzione disciplinare o di licenziamento?

Le conseguenze della violazione da parte del datore di lavoro del sistema di protezione e prevenzione della salute del lavoratore si prestano a essere indagate secondo due prospettive differenti: quella rimediale-risarcitoria, su cui qui non ci si soffermerà, e quella prevenzionale. È su quest'ultima che dobbiamo puntare l'attenzione ai tempi del CoVid19.

Infatti, l'art. 2087 c.c., è «norma aperta» che impone al datore di lavoro di adottare le cautele adeguate a salvaguardare nel modo più efficace la salute del lavoratore, fronteggiando la situazione di rischio che in concreto si presenta, anche quand'esse non siano prescritte tassativamente dalla legge.

Nella situazione emergenziale che stiamo vivendo la norma può essere un formidabile strumento di autotutela se letta insieme ad un'altra disposizione del Codice civile, l'art. 1460 («Nei contratti con prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede [1375]»). Poiché il contratto di lavoro è sinallagmatico, il principio di corrispettività legittima il rifiuto da parte del lavoratore di rendere la propria prestazione, nei limiti del principio di proporzione da valutarsi rispetto all'illegittimo comportamento del datore di lavoro e della conformità al canone di buona fede. In altri termini, questo meccanismo giuridico, permette al lavoratore di sospendere legittimamente la propria prestazione – conservando il diritto alla retribuzione – qualora il suo rifiuto di presentarsi sul luogo di lavoro sia giustificato dall'inottemperanza, anche parziale, del datore di lavoro ai doveri preventivi *ex art. 2087 c.c.* sopra enucleati.

La reazione del lavoratore è **proporzionata** rispetto a una mancanza datoriale “grave”, che viola oltre all’obbligo di sicurezza generale anche le numerose prescrizioni governative che mirano a contenere la diffusione di una malattia altamente contagiosa a diffusione pandemica.

La *ratio legis* è chiara: se il lavoratore è pronto ad adempiere in buona fede, ma il datore non è altrettanto pronto a ricevere quella prestazione nella propria organizzazione insalubre, l’ordinamento reagisce a questa situazione permettendo al lavoratore di “auto-sospendersi”. Sebbene, vale la pena chiarirlo, l’art. 1460 c.c. opera come un’eccezione processuale (*inadimplenti non est adimplendum*) da opporre alla controparte datoriale che irroggi una sanzione o il licenziamento disciplinare (in tal caso, qualora l’eccezione d’inadempimento sia fondata il fatto contestato sarà “insussistente” e il lavoratore dovrà essere reintegrato).

La combinazione tra gli artt. 1460-2087, in ultima analisi, diviene uno strumento per ottenere l’efficace attuazione di tutte le misure necessarie per la tutela dei beni dimostrandosi un mezzo di «dissuasione» dell’inadempimento dell’obbligo di sicurezza [SCHLESINGER 2008].

#### **4. - Non chiamiamo “sciopero” l’astensione collettiva per autotutela da Corona virus.**

Si apprende dai quotidiani che i lavoratori si sono organizzati e hanno dato vita a scioperi in diverse realtà industriali, come l’ex Ilva di Taranto, la Fincantieri di Marghera, ma anche all’Ast di Terni e alla Corneliani di Mantova. Cgil, Cisl e Uil hanno sostenuto queste proteste motivate, a quanto consta, dall’inottemperanza delle aziende agli obblighi di adottare le misure di sicurezza necessarie. Si legge in diversi comunicati (ma v. in particolare il comunicato di FIM, FIOM, UIL per il settore metalmeccanico) che qualora non ci si accordi per fermate produttive temporanee coperte dagli ammortizzatori sociali con la finalità di rendere salubri e sanificati i luoghi di lavoro, i sindacati proclameranno «sciopero» per tutte le ore necessarie.

Qualificare sciopero le astensioni collettive dal lavoro che i lavoratori stanno organizzando, sembra però fuorviante in questa situazione contingente. È vero che il sindacato ha a sua disposizione lo strumento di

autotutela per eccellenza dello sciopero (art. 40 Cost.), però l'attuale situazione di emergenza sanitaria legittima la trasposizione dell'eccezione individuale di cui all'art. 1460 c.c. dal piano individuale a quello collettivo. L'inadempimento del datore rispetto all'obbligo di adottare misure e protocolli anti-contagio non è, infatti, una violazione che produce conseguenze esclusivamente sul piano individuale (*supra* § 3). La velocità del contagio e la rapida diffusione di questo virus in gruppi d'individui che stanno tra loro a contatto – comprovata dalla scienza medica a livello mondiale –, piuttosto, confermano che ogni omissione di cautela che favorisca la circolazione del virus produce gravissime conseguenze sul piano collettivo. D'altra parte, la salute sul luogo di lavoro non è mai una questione che riguarda esclusivamente l'individuo, ma si tratta di un bene comune da tutelare con misure adeguate a fronteggiare un rischio che è radicato nella fisicità dei luoghi e che può alimentarsi dall'organizzazione del lavoro.

Peraltro, la prevenzione del contagio delle persone che attualmente si trovano sui luoghi di lavoro, esula dal mero scambio contrattuale prestazione-retribuzione, e diviene una questione più ampia, che involge questione di salute pubblica, visto che è «interesse della collettività» (art. 32 Cost.) che la pandemia non si diffonda oltre livelli che possano compromettere la sostenibilità dello stesso Sistema Sanitario Nazionale e, di conseguenza, violare il diritto alla salute di tutti i cittadini.

Per queste ragioni, non sarebbe esatto parlare di sciopero con le conseguenze che ne derivano in punto di disciplina – la perdita del diritto alla retribuzione in corrispondenza delle ore di sospensione della prestazione –, ma si dovrebbe più correttamente affermare che si tratti di astensione collettiva in autotutela (giustificata dal combinato disposto degli artt. 1460, 2087 c.c. e 32 Cost.) in risposta a un previo inadempimento datoriale e volta alla salvaguardia della salute pubblica. Questa configurazione, quale esercizio plurimo del diritto di autotutela, non farebbe venire meno il diritto alla retribuzione, visto che la collettività dei lavoratori, in buona fede, sarebbe pronta ad offrire la propria prestazione alla controparte che, però, non essendo pronta a riceverla si trova in condizione di *mora accipiendi*.

Sul piano pratico, ond'evitare che possa mettersi in dubbio la genuinità

del proliferare di azioni unilaterali non pienamente fondate e documentate, sarebbe opportuno – in assenza di una norma che disciplini una procedura *ad hoc* per l’astensione – inviare una diffida al datore di lavoro ove si specificino le mancanze e gli inadempimenti che giustificano l’astensione di cui sopra.

Il Covid 19, in fondo, può costituire una buona occasione per riconoscere anche nel nostro ordinamento la distinzione, tra sciopero e astensione in autotutela, che come la dottrina ha messo in luce <sup>1</sup> esiste da tempo in tutti gli altri Paesi europei. Del resto, rimanere insensibili rispetto a questa distinzione significa agevolare iniziative di autotutela spontanea e individuali che possono costituire abusi, sfociando nell’assenteismo giustificato formalmente dall’assenza per malattia, fenomeno che si sta dimostrando copioso in queste ore.

#### Riferimenti bibliografici

Il precetto normativo ha realizzato una tutela forte per il lavoratore, grazie all’opera della giurisprudenza che ha costruito un vero e proprio sotto-sistema specializzato di responsabilità civile. Da un lato, infatti, essa ha applicato il principio della cd. “massima sicurezza tecnologicamente fattibile” e, dall’altro, si è discostata dallo schema codicistico della responsabilità per colpa di cui all’art. 1218 c.c. per inquadrarla in quello della responsabilità oggettiva dove la colpa è presunta, allocando il costo del danno sul datore di lavoro che non sia stato in grado di provare di avere fatto tutto il possibile per evitarlo (spetta, invece, al lavoratore la sola prova del danno e del nesso causale). Sull’autotutela nel contratto di lavoro M. DELL’OLIO, *Autotutela (Diritto del lavoro)*, in *Enc. giur.*, Roma 1988; A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale*, Padova 1995; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino 2004.

Sul principio di corrispettività nel contratto di lavoro, si v. Cass. civ., 10 gennaio 2019, n. 434; Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 836; Cass. civ., 29 febbraio 2016, n. 3959; Cass. civ., 5 dicembre 29504.

Su autotutela e obbligo di sicurezza del datore di lavoro P. ALBI, *Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. 272.

Per una riflessione accurata sulla distinzione tra sciopero ed autotutela V. FERRANTE, *Sciopero ed eccezione di inadempimento nella disciplina dei servizi pubblici essenziali*, in *Jus*, 2009, 1, 121 ss.



## 15.

# Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19

---

### 1. - Introduzione.

Il rapido diffondersi del virus Covid-19 ha agito quale forza propulsiva dell'intensa decretazione, emergenziale e talvolta *spedita*, delle ultime settimane.

A seguito dell'estensione della cosiddetta *zona di segregazione* all'intero territorio nazionale, attuata col d.P.C.M. 9 marzo 2020, il successivo d.P.C.M. 11 marzo ha ulteriormente disposto, individuando attività "sospese" e attività "non sospese" perlomeno nell'arco di efficacia dal 12 al 25 marzo.

Per quanto di interesse in questa breve trattazione, **tra le attività "non sospese", specialmente di tipo produttivo e commerciale, il decreto sembra muoversi lungo due direttrici**: da un lato, **misure straordinarie**, quali il ricorso al lavoro agile e alle ferie, entrambi istituti finalizzati alla forte riduzione del numero di persone in circolazione e, dall'altro, con l'implementazione di **misure di contenimento** del virus attraverso strumenti di prevenzione e di protezione della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro.

In linea con quanto previsto dall'art. 1, n. 9, d.P.C.M. dell'11 marzo, con il **Protocollo d'intesa tra il Governo e le Parti sociali del 14 marzo** sono state stabilite le **condizioni e le loro modalità di attuazione per la tutela dei lavoratori**, *condicio sine qua non* per la prosecuzione delle attività produttive nel periodo di vigenza del d.P.C.M. dell'11 marzo.

## 2. - Misure di sicurezza sul lavoro tra obblighi, facoltà e tutela della privacy

Sono **obblighi a carico del datore di lavoro**:

(i) fornire adeguata informazione ai lavoratori e ai terzi che intendano accedere al luogo di lavoro delle misure di prevenzione e contenimento del Covid-19 in loco;

(ii) in caso di positività al virus di un dipendente, approntare adeguate misure di tutela della sicurezza e della salute dell'organico aziendale (aggiornamento della valutazione dei rischi con riferimento al rischio da Covid-19, informazione e formazione del personale, rispetto della prescritta distanza interpersonale, nonché, in particolare, frequente sanificazione degli ambienti e degli strumenti di lavoro), e, in assenza di provvedimenti degli organi preposti, farsi carico di comunicare agli stessi l'avvenuta esposizione del personale al rischio "biologico" di contagio da Covid-19.

Occorre sottolineare, per un verso, che il Protocollo d'intesa non ha rango di fonte di legge, nemmeno secondaria, rappresentando tutt'al più una regolamentazione cosiddetta di *soft law* e, per altro verso, che tali obblighi nemmeno discendono dalla suddetta già intervenuta decretazione (sulla quale molte parole potrebbero spendersi, ma non è questa la sede, in termini di rilevante distinzione tra raccomandazione e/o promozione e prescrizione, tra obbligo e relativa sanzione e persuasione e assenza di sanzione, tra norma e provvedimento).

Pertanto, **la natura di obbligo giuridico dei citati adempimenti in capo al datore di lavoro appare derivare dall'art. 2087 c.c.**, nonché dall'obbligo di valutare, a norma dell'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2008 (innanzi, TUSL), tutti i rischi che espongono i dipendenti a pericoli per la loro salute e sicurezza, eliminandoli o, comunque, riducendone per quanto possibile l'esposizione, **incluso il rischio biologico da Covid-19** all'interno dei luoghi di lavoro (*ex* art. 266 TUSL) giacché, da un lato, il Covid-19 è definito "rischio biologico generico" nell'*incipit* del Protocollo d'intesa e, dall'altro, nell'allegato XLVI del TUSL è presente, fra gli altri, anche il *Coronaviridae*, ossia l'aggregazione (o famiglia) di virus i cui componenti sono noti come "coronavirus".

Infatti, sebbene il tenore letterale dell'art. 267 TUSL possa indurre a non ritenerlo applicabile alla fattispecie in discussione, la quale non riguarda aspetti ambientali connessi all'uso delle specifiche sostanze nelle lavorazioni proprie del processo produttivo, tuttavia, in virtù di un'interpretazione estensiva della norma in esame, non pare possibile escluderne l'applicabilità anche in relazione alla diffusione del coronavirus, soprattutto nel caso in cui sussista la probabilità di contagio all'interno dell'azienda. Fuori dalle ipotesi menzionate, non pare vi siano indici per cui ritenere il datore di lavoro obbligato a segnalare alle competenti autorità lavoratori quali potenziali fonti di contagio.

Infatti, come si dirà immediatamente *infra*, ove versi in condizioni sintomatiche ovvero si trovi nelle condizioni di aver avuto contatti con persone risultate positive al Covid-19 o di essere transitato dalle cosiddette “zone a rischio”, è a carico dello stesso dipendente l'obbligo, teso a salvaguardare ordine e incolumità pubblici, di allertare i competenti servizi sanitari.

Invece, tra le ulteriori misure preventive di salvaguardia contro il contagio è previsto il **potere (non l'obbligo) per il datore di lavoro di raccogliere informazioni personali** nei confronti di dipendenti, fornitori, utenti e visitatori [FANTINI 2008, 213].

In particolare, il datore di lavoro ha facoltà di rilevare la **temperatura corporea dei dipendenti** e di non consentire l'accesso al luogo di lavoro a quelli che abbiano un valore superiore ai 37,5°; si tenga conto che, specularmente, a carico dei dipendenti sussiste, tra gli altri, un obbligo (del quale, come si è detto, essi devono essere informati dall'azienda) di restare al proprio domicilio in presenza di febbre oltre il suddetto valore soglia e/o di altri sintomi influenzali, nonché “l'impegno” a informare il datore di lavoro dell'insorgere di tali sintomi durante l'attività lavorativa.

Inoltre, nei confronti non solo dei dipendenti, ma di chiunque intenda “fare ingresso in azienda”, il datore di lavoro ha l'obbligo di informazione del divieto di accesso per tutti coloro che negli ultimi quattordici giorni abbiano avuto **contatti con persone contagiate e/o provengano da zone a rischio secondo le indicazioni dell'OMS**, facoltà esercitabile anche a mezzo di dichiarazione resa dall'individuo interessato.

Premesso che appare pleonastico il richiamo a “zone di rischio” poiché proprio l'OMS ha purtroppo accertato essere in atto una pandemia, oc-

corre sottolineare che, se realizzate o comunque raccolte, queste informazioni integrano pacificamente un **trattamento di dati personali**.

Infatti, il Protocollo d'intesa del 14 marzo 2020:

(i) **quanto al rilevamento della temperatura corporea**, dispone che i dati vengano registrati solo se superiori al valore soglia di 37,5° e, in tal caso, oltre alla tutela della dignità e della riservatezza del dipendente, che andrà posto in isolamento momentaneo in attesa dell'intervento di personale sanitario, i suoi dati personali andranno adeguatamente protetti e potranno essere trattati esclusivamente da soggetti preposti e formati a tal fine, nonché utilizzati per i soli fini di contenimento del contagio e conservati non oltre il termine dello stato di emergenza;

(ii) **quanto alle eventuali dichiarazioni** rese dai soggetti che intendono accedere al luogo di lavoro, sono valide le medesime indicazioni e, dunque, sarà sufficiente registrare l'avvenuto contatto con individui risultati positivi al Covid-21 e/o l'effettiva provenienza da "zone a rischio", senza necessità di informazioni aggiuntive in merito alla persona contagiata, né alla specificità del luogo.

---

118

Sul punto, si rileva una **discrasia tra il contenuto del Protocollo e il recente intervento del Garante per la protezione dei dati personali**, il quale, con i chiarimenti divulgati il 2 marzo, ha affrontato il tema dell'eventuale legittimazione, in capo a soggetti pubblici e privati, di pretendere da terzi informazioni ritenute utili ai fini della prevenzione del contagio da Covid-19, riguardanti, in particolare: la sussistenza di sintomi virali, gli ultimi spostamenti effettuati, comunque "vicende relative alla sfera privata" (verosimilmente, per ricostruire i contatti potenzialmente "sospetti" intrattenuti).

Infatti, in continuità con il proprio precedente *Parere* del 2 febbraio 2020, **la pronuncia del Garante è orientata nel senso di un espresso divieto di iniziative "fai da te" intraprese dai datori di lavoro** rispetto al possibile trattamento dei dati personali di dipendenti, fornitori e visitatori: «[i] datori di lavoro devono astenersi dal raccogliere [...] informazioni sulla presenza di eventuali sintomi influenzali del lavoratore e dei suoi contatti più stretti o comunque rientranti nella sfera extra lavorativa».

Tale posizione del Garante trae origine dalla premessa secondo cui, nel contesto dell'emergenza sanitaria in corso, il potere di acquisire informa-

zioni circa lo stato di salute (attuale o configurabile per eventuali contatti “sospetti” già intrattenuti) spetti unicamente alle Autorità istituzionalmente preposte alla gestione dell’emergenza (operatori sanitari, Protezione Civile), in conformità alle direttive del Governo e dei Ministeri competenti.

Di fronte a questa discrasia, occorre ricordare che, da un lato, il Protocollo del 14 marzo non ha valore cogente, e, dall’altro, che le *delucidazioni* del Garante del 2 marzo sono rese tramite un comunicato stampa, ossia un documento formulato a titolo meramente informativo e divulgativo, una *presa di posizione* o una sorta di *avviso chiarificatore*, ma certamente sprovvisto di effetti vincolanti.

Nel silenzio del Legislatore e nelle lacune dei decreti sinora susseguitisi, è di qualche rilievo la chiosa finale del richiamato intervento del Garante là dove cede il passo **a favore delle facoltà accordate al datore di lavoro tramite il Protocollo d’intesa tra il Governo e le Parti sociali** invitando «tutti i titolari del trattamento ad attenersi scrupolosamente alle indicazioni fornite dal Ministero della salute e dalle istituzioni competenti per la prevenzione della diffusione del Coronavirus, senza effettuare iniziative autonome che prevedano la raccolta di dati anche sulla salute di utenti e lavoratori che non siano normativamente previste o disposte dagli organi competenti».

### 3. - Applicazioni concrete e conclusioni.

Nel quadro corrente, la parte datoriale è dunque tenuta ad **adottare tutte le misure necessarie affinché i luoghi di lavoro non diventino sedi di contagio ai danni dei lavoratori in forza.**

Tra le misure ipotizzabili, preventive e protettive, vi è dunque anche la **misurazione della temperatura corporea dei dipendenti** attraverso strumenti non invasivi (termoscanner o termometri a infrarossi). Benché tali strumenti non permettano di accertare l’effettiva positività al virus, essi consentono in ogni caso di acquisire un utile elemento di allarme (da fronteggiare tramite le opportune precauzioni, tra cui, ad esempio, il divieto di accedere al luogo di lavoro fino ad eventuali misure definite all’Autorità sanitaria).

Ciò detto, trattandosi di verifica allo stato assai diffusa, appare utile analizzare le **conseguenze connesse all'eventuale rifiuto del lavoratore** di sottoporsi al suddetto accertamento.

In base ai principi generali di cui al Codice civile (anche in relazione all'obbligo di diligenza e di conformazione alle direttive aziendali *ex art.* 2104 c.c.) e alla legislazione speciale, è **possibile ritenere che il lavoratore sia obbligato a sottoporsi a tale misura**, anche in forza dell'art. 20, comma II, lett. i), TUSL, il quale dispone che il lavoratore debba sottoporsi ai controlli sanitari non solo nei casi previsti dalla normativa (fra cui quelli di esposizione al rischio biologico), ma anche in tutte le ipotesi in cui gli stessi siano disposti dal medico competente a fronte dell'esposizione a un rischio per la salute sulla base di apposito protocollo sanitario.

**Non sembra ipotizzabile**, nel caso di specie, a mente di quanto sopra, **alcuna violazione dell'art. 5 dello Statuto dei Lavoratori** (innanzi, St.l av.), giacché non si tratta di un accertamento sanitario né sull'infermità per malattia o infortunio, né, in senso stretto, sull'idoneità fisica alla normale mansione di lavoro (accertamento che, peraltro, nelle ipotesi di sorveglianza sanitaria obbligatoria esula dall'articolo citato) [BORTONE 1997, 149 s.], bensì di un controllo sanitario di sicurezza disposto dal medico competente finalizzato a impedire precauzionalmente l'ingresso in azienda dei lavoratori in significativo stato febbrile e, quindi, anche solo potenzialmente, infetti, con ciò impedendo l'esposizione delle altre persone presenti sul luogo di lavoro al rischio di possibile contagio da Covid-19 in ossequio al principio che impone di privilegiare "le misure di tutela alla fonte e di tutela collettiva" [DEL NEVO-DEL NEVO 2015, 602].

Dalla prospettata ricostruzione normativa consegue che l'eventuale rifiuto al suddetto accertamento potrebbe comportare in capo al prestatore:

- l'avvio di un procedimento di contestazione e l'irrogazione di una sanzione disciplinare ai sensi dell'art. 7 St.lav. (*ex multis*, Cass. civ., sez. lav., n. 4114 del 2017);
- la contravvenzione di cui all'art. 59, comma 1, lett. a), TUSL.

Né, peraltro, il lavoratore potrebbe sottrarsi a tale verifica in ragione del proprio diritto alla tutela della *privacy*. Infatti, nel caso in esame, il trattamento dei dati personali (anche sensibili, quali quelli relativi alla salute) effettuato dal datore di lavoro risulterebbe *ex art.* 9, par. 1, lett. g), GDPR,

del tutto legittimo siccome giustificato da *motivi di interesse pubblico rilevante*, o comunque *ritenuto prevalente sugli interessi del singolo*.

L'art. 2-*sexies* d.lgs. n. 101 del 2018, nel circoscrivere l'ampiezza di tale espressione, ha individuato in modo analitico le ipotesi in cui, nel contesto del trattamento di dati personali, l'interesse pubblico è ritenuto prevalente: tra tali ipotesi rientra espressamente proprio «l'adempimento degli obblighi [...] di igiene e sicurezza sul lavoro o di sicurezza o salute alla popolazione».

Alla luce delle riflessioni sopra riportate, **deve dunque ritenersi che**, ferme restando le menzionate limitazioni, tra le quali il divieto registrazione dei dati sotto-soglia e l'obbligo di cancellazione a emergenza terminata, **il trattamento ai fini del contenimento del contagio da Covid-19 dei dati dello stato febbrile dei lavoratori sia del tutto lecito**: conclusione, questa, supportata non soltanto dai puntuali indici normativi in argomento (di cui al GDPR e al d.lgs. n. 101 del 2018), ma anche dalla circostanza che, ove dovesse invece sostenersi l'illiceità di tale controllo, il datore di lavoro non potrebbe adempiere agli obblighi di prevenzione e protezione imposti dal TUSL per garantire salute e sicurezza dei propri dipendenti e nemmeno esercitare la facoltà concessagli con il Protocollo d'intesa del 14 marzo 2020 in forza dell'art. 1, n. 7, lett. d), e n. 9, d.P.C.M. dell'11 marzo.

### Riferimenti bibliografici

Sull'opportunità di una specifica e più efficace sorveglianza sanitaria a beneficio della tutela dell'incolunità psico-fisica dei lavoratori, si veda L. Fantini, *Il medico competente e la sorveglianza sanitaria*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D. Lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, 213 ss.

Sul rapporto con l'art. 5 St.lav., si veda R. BORTONE, *La sorveglianza sanitaria*, in L. MONTUSCHI, *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 149 ss.

Sulla natura obbligatoria dell'accertamento della temperatura, eventualmente imposto al dipendente ai fini dell'accesso ai locali aziendali, cfr. M. DEL NEVO-A. DEL NEVO, *L'ambito di legittimità dell'operato del medico competente*, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 2015, 12, 602.



## 16.

# Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus

---

### 1. - Premessa.

A fronte della sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, l'ultimo decreto legge, approvato il 17 marzo 2020, n. 18, introduce, tra le altre misure a sostegno dei lavoratori con obblighi di assistenza, uno specifico congedo, distinto e ulteriore rispetto a quello ordinario (art. 32 d.lgs. n. 151 del 2001 e art.8, commi 4, 5, 6, 7 e 8, l. n. 81 del 2017), per i lavoratori con figli minori da fruire, alternativamente, per quindici giorni continuativi o frazionati, qualora entrambi i genitori siano impegnati in un'attività lavorativa e non abbiano scelto di accedere alla corresponsione di un bonus per l'acquisto di servizi di baby-sitting da utilizzare per prestazioni da effettuare nel medesimo periodo.

Prima di soffermarsi sui diversi profili della disciplina, appare utile ricordare che il tema dell'equilibrio tra vita familiare e attività lavorativa, se visto con particolare riguardo alla figura materna, è stato affrontato di recente dall'Unione Europea con la Direttiva approvata 20 giugno 2019 n. 1158. Questo strumento, infatti, riscrive parzialmente gli istituti già presenti nel nostro ordinamento secondo la disciplina dettata dal d.lgs. 151 del 2001 con l'obiettivo di rafforzare la partecipazione femminile al mercato del lavoro mediante la riallocazione dei compiti familiari anche sull'altro genitore (con tale espressione intendendo il padre o qualsiasi altra persona che gli ordinamenti statali riconoscono come figura genitoriale).

Scriva la Direttiva nel considerando 10, che appare oggi quale monito

imprescindibile e quanto mai attuale, che uno dei principali fattori che contribuiscono alla sotto-rappresentanza delle donne sul mercato del lavoro «è la difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari. Quando hanno figli, le donne sono propense a dedicare meno ore al lavoro retribuito e a dedicare più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite (...)». Nella giurisprudenza si legge che «(...) è notorio che le lavoratrici-madri, specialmente se con figli in età da scuola dell'infanzia, materna o primaria, si trovino frequentemente a dover far fronte a impellenti e imprevedibili esigenze connesse all'accudimento della prole, le quali possono anche comportare l'improvvisa necessità di ritardare l'ingresso al lavoro o anticiparne l'uscita, è prevedibile, sulla base del senso comune e della comune esperienza» (Trib. Firenze, 22 ottobre 2019).

La necessità, espressa dalla Direttiva europea, di evitare che la propensione della madre a farsi carico delle esigenze familiari comporti ulteriori aggravii, rinunce o limitazioni significative sul piano lavorativo, si fa, naturalmente, ancora più pressante nell'attuale contesto emergenziale. A maggior ragione –va da sé– in contesti segnati da difficoltà economiche e sociali.

L'equiparazione delle figure genitoriali non consente soltanto la partecipazione del padre lavoratore, ma sostiene anche le famiglie monoparentali in assenza di altre persone di sostegno.

Il d.l. n. 18 del 2020 persegue dunque i medesimi obiettivi della direttiva, che assumono un carattere di particolare urgenza e centralità con la crisi sanitaria; d'altronde questi obiettivi, da realizzare mediante la necessaria distribuzione e riallocazione dei compiti di cura, diventano funzionali alla sostenibilità dei lavoratori impegnati, al momento, in assenza dei servizi didattici di ogni grado e livello, a tempo pieno anche nell'assistenza ai figli minori.

## 2. - Parità di genere e congedo.

Alla parità di genere, in effetti, fa riferimento l'art. 25 del provvedimento, con il riconoscimento ad entrambi i “genitori” lavoratori del diritto di fruire, alternativamente, del congedo parentale per un periodo comples-

sivo di quindici giorni a decorrere dal 5 marzo 2020 (non rientrano nell'ambito di applicazione le famiglie in cui uno dei due adulti è inoccupato e/o, a diverso titolo, in regime di sospensione dall'attività lavorativa. Tale circostanza è subordinata alla 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 altro genitore disoccupato o non lavoratore).

Il periodo complessivamente previsto dal decreto è dunque riconosciuto alle figure genitoriali che potranno fruire a turno dell'astensione dal lavoro. Non si chiarisce la ripartizione dei giorni, potendo essere gli stessi goduti in misura superiore da un genitore e/o anche soltanto da un solo genitore, ma in ogni caso appare evidente che la scelta di accedere al congedo non ricade su una unica figura familiare, che presumibilmente potrebbe essere la madre lavoratrice.

A differenza di quanto prescritto dall'art. 32 d.lgs. n. 151 del 2001, e di quanto può ricavarsi dalle indicazioni dell'ultima Direttiva Europea, il provvedimento non è strutturato nel senso di incentivare la partecipazione della figura paterna alla cura familiare. L'art. 32 citato, infatti, si rammenta, prevede un aumento del periodo ordinario di congedo qualora ad usufruirne sia anche il padre, mentre la Direttiva all'art. 6 stabilisce che «gli Stati membri provvedono affinché due mesi di congedo parentale non possano essere trasferiti».

Tuttavia, proprio l'assenza di qualsiasi riferimento al "genere" – basti pensare che il d.lgs. n. 151 del 2001 è rubricato «Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità», quasi a restituire l'idea di una differenza – sembra presupporre la piena equiparazione tra le figure genitoriali, senza che sia necessario sostenere il padre, evidentemente coinvolto, al pari della madre, nella gestione delle esigenze familiari, del resto, maggiori in ragione della presente emergenza sanitaria.

### **3. - L'ambito di applicazione del congedo. La distinzione tra settore privato e settore pubblico.**

L'ambito di applicazione del congedo di cui all'art. 25 riguarda soltanto i

lavoratori del settore privato. Per il personale alle dipendenze della pubblica amministrazione è prevista una disposizione specifica che, pur rinviando per le modalità di fruizione del congedo a quanto previsto per il settore privato, differisce da quest'ultimo con riguardo all'arco temporale di riferimento che si estende fino alla riapertura dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado di cui al d.P.C.M. 4 marzo 2020.

Questa distinzione, anche tenendo conto che il periodo complessivo di quindici giorni previsto per il settore privato può essere successivamente esteso, può apparire non del tutto convincente, ove ai lavoratori dipendenti della pubblica amministrazione è stata estesa la disciplina privatistica. In questo caso si assiste, al contrario, ad un processo di sottrazione alle norme generali per via di un provvedimento d'urgenza che in qualche modo conferma la tendenza a limitare la spinta, in parte esaurita, alla privatizzazione del pubblico impiego.

### 3.1. - Congedo e tipologie contrattuali

---

126

Interessati dall'art. 25 sono i lavoratori subordinati, i lavoratori iscritti alla gestione separate e quelli autonomi iscritti all'Inps.

Il Decreto, dunque, non perimetra l'ambito di applicazione della misura elencando le tipologie contrattuali, ma identifica i soggetti in considerazione dell'Ente previdenziale di appartenenza.

In una logica lavoristica sarebbe stato più ovvio richiamare, oltre al rapporto di lavoro subordinato, le collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c., il lavoro autonomo ai sensi dell'art. 2222 c.c. e ai sensi degli art. 47-*bis* ss. d.lgs. n. 81 del 2015, così come modificato dal d.l. n. 128 del 2019.

Nel trascurare i tradizionali riferimenti ricognitivi del "rapporto", il provvedimento solleva dubbi almeno con riguardo al lavoro autonomo, nella difficoltà di conoscere a priori coloro che versano la propria contribuzione, a vario titolo, nei diversi fondi dell'Ente previdenziale Inps. Tuttavia, è possibile procedere per "esclusione" in considerazione del nono comma dell'art. 25, che così recita: «il bonus di cui al comma 8 è altresì riconosciuto ai lavoratori autonomi non iscritti all'INPS, subordinatamente alla comunicazione da parte delle rispettive casse previdenziali del numero dei beneficiari».

Dunque, se per i lavoratori autonomi non iscritti all'Inps si intendono coloro che versano i propri contributi ad altre casse previdenziali, debbono considerarsi come rientranti nel campo di applicazione del provvedimento in esame tutti gli altri lavoratori autonomi.

### **3.2. - L'età del minore quale condizione (non universale) di accesso al congedo.**

I lavoratori così come sopra identificati potranno fruire del congedo qualora genitori di figli minori di età fino ai dodici anni. Il limite di età corrisponde a quanto previsto dalla disciplina del congedo ordinario, tra l'altro, limite aumentato dalla modifica introdotta dall'art. 7 d.lgs. n. 80 del 2015, ove prima il congedo era previsto soltanto fino agli otto anni di età. Tale limite non sussiste, o meglio l'età non costituisce più condizione per l'accesso a tale misura, quando si è genitori di figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, primo comma della l. 5 febbraio 1992, n. 104, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale. Ne segue che la patologia riconosciuta non è di per sé sufficiente al godimento del congedo, a prescindere dall'età anagrafica del figlio, se quest'ultimo non sia anche iscritto ad una scuola e/o ad una struttura assistenziale.

### **3.3. - Congedo per assistere minori di età superiore ai dodici anni e divieto di licenziamento.**

Il limite fissato nei dodici anni di età non costituisce altresì impedimento alla fruizione del congedo che viene esteso fino ai sedici anni, se pur in questa, ipotesi in corrispondenza della sospensione dal rapporto di lavoro, non verrà corrisposta una indennità. Anche in tale caso è legittimato alla fruizione del congedo soltanto chi appartiene ad un nucleo familiare dove 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.

Qui il periodo di congedo non è circoscritto ai quindici giorni, ma può essere fruito per tutto il tempo 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.

L'estensione del congedo, se pur non retribuito, ai minori di età superiore ai dodici anni appare colmare una lacuna importante, in considerazione del divieto di poter lasciare a casa i suddetti minori e così rischiando di integrare la fattispecie penale del reato di abbandono di cui all'art. 591 c.p. Il decreto stabilisce inoltre il divieto di licenziamento, qualora il genitore interessato eserciti il suddetto diritto, così introducendo una specifica norma di protezione che comporta in caso di violazione la nullità del provvedimento posto in essere e la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, quasi ad integrare indirettamente le ipotesi di nullità di cui all'art. 18, comma 1, l. n. 300 del 1970, così come modificato dal d.lgs. n. 81 del 2015, e l'art. 2 d.lgs. n. 23 del 2015.

#### 3.4. - Modalità di fruizione del congedo.

Tornando al congedo complessivo di quindici giorni per i genitori di figli fino a dodici anni, la fruizione continuativa o frazionata, senza alcuna ulteriore specificazione, seguirà i parametri di calcolo previsti per il congedo ordinario.

Dovendo essere fruito "alternativamente" dai genitori, non è chiaro, qualora venga ripartito, in quale misura. Se, ad esempio, un genitore si astiene dall'attività lavorativa per un numero di giorni continuativo superiore all'altro genitore e/o tra i giorni di riposo, senza ripresa dell'attività lavorativa, c'è da chiedersi se questi debbano essere computati nel calcolo complessivo, oppure per 15 giorni occorra considerare soltanto le giornate di lavoro effettive. Tale ultima interpretazione appare maggiormente conforme alla *ratio* del provvedimento.

Per quanto riguarda la fruizione del congedo frazionato si può rinviare a quanto previsto dall'art. 32 del d.lgs. n. 151 del 2001 che rimette alla contrattazione collettiva le modalità di fruizione del congedo su base oraria, nonché i criteri di calcolo della base oraria e l'equiparazione di un determinato monte ore alla singola giornata lavorativa, fatta eccezione per alcuni settori (comparto sicurezza e difesa di quello dei vigili del fuoco e soccorso pubblico). In caso di mancata regolamentazione, da parte della

contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, delle modalità di fruizione del congedo parentale su base oraria, ciascun genitore può scegliere tra la fruizione giornaliera e quella oraria. La fruizione su base oraria è consentita in misura pari alla metà dell'orario medio giornaliero del periodo di paga quadri settimanale o mensile immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha inizio il congedo parentale. La fruizione oraria del congedo parentale non è poi cumulabile con permessi o riposi di cui al presente decreto legislativo.

### **3.5. - L'entità dell'indennità per il congedo fino a dodici anni di età. Cenni.**

Con riferimento all'indennità per i lavoratori dipendenti del settore privato, l'indennità è pari al 50% della retribuzione e, dunque, più alta di quella normalmente prevista ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 151 del 2001, che distingue tra fasce di età del minore e in base al reddito individuale.

A differenza, tuttavia, del calcolo previsto per l'indennità nel caso di congedo ordinario, non va aggiunto il rateo giornaliero di cui al secondo comma dell'art. 23 d.lgs. n. 151 del 2001 relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice.

Altresì, per i genitori con figli di età non superiore ai 12 anni, iscritti in via esclusiva alla gestione separata, spetta, con riguardo al periodo di fruizione e alle medesime condizioni di cui ai lavoratori subordinati, una indennità calcolata su ciascuna giornata indennizzabile, pari al 50 per cento di 1/365 del reddito individuato secondo la base di calcolo utilizzata ai fini della determinazione dell'indennità di maternità.

La medesima indennità è poi estesa ai genitori lavoratori autonomi iscritti all'INPS ed è commisurata, per ciascuna giornata indennizzabile, al 50 per cento della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita annualmente dalla legge, a seconda della tipologia di lavoro autonomo svolto.

### **4. - Il congedo tra disciplina speciale e generale.**

Da ultimo appare utile verificare come può continuare ad operare il con-

gedo ordinario e in che misura esso abbia costituito il tessuto sul quale innestare la “specialità” del congedo disposto dal d.l. n. 18 del 2020.

Da un lato, coloro che subito, e cioè dal 5 marzo 2020, hanno esercitato il diritto al congedo parentale di cui all’art. 32 d.lgs. n. 151 del 2001 vedranno trasformato quel congedo nel congedo previsto dal decreto, con il timore che siano già decorsi i 15 giorni previsti, ma gli stessi saranno retribuiti al 50% della retribuzione.

Il che vuol dire che non potranno neppure fruire del bonus per i servizi di babysitting alternativo al congedo straordinario potendo, dunque, soltanto ricorrere al congedo ordinario.

Diversamente coloro che in passato abbiano già fruito del congedo parentale ordinario esaurendo il periodo previsto, potranno comunque sospendere la prestazione di lavoro mediante l’accesso al congedo straordinario. In tal senso il “quantum” di quest’ultimo opera in termini di sommatoria e/o in sostituzione rispetto a quanto dettato in via generale dall’ordinamento.

Se, dunque, i quindici giorni previsti non sembrano sufficienti a coprire l’intera durata dell’emergenza sanitaria, il congedo ordinario ben può operare in prossimità dello spirare dei quindici giorni complessivi, potendo comunque azionare quest’ultimo di cui all’art. 32 d.lgs. n. 151 del 2001, se pur l’indennità prevista è inferiore a quella fissata nel decreto per il congedo straordinario.

Il “tempo” di fruizione e l’attuale necessità di dover integrare il medesimo mediante il ricorso al congedo ordinario non si pone invece per i lavoratori della pubblicazione amministrazione, introducendo una distinzione apparentemente irragionevole.

Dall’altro il suddetto congedo straordinario, che richiama le modalità di fruizione della sospensione dal rapporto di lavoro e quelle di calcolo dell’indennità di quello ordinario, non menziona un termine di preavviso, così derogando al periodo di cui all’art 32, comma 3, d.lgs. n. 151 del 2001 che rinvia alle modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi. Qualora non vi sia un accordo collettivo, il lavoratore dipendente deve comunicare almeno cinque giorni prima la volontà di fruire del congedo, indicando l’inizio e la fine del periodo; periodo ridotto a 2 giorni nel caso di congedo parentale su base oraria. Il suddetto preavviso non è dovuto per impossi-

bilità sopravvenuta, causa che ben può giustificare, anche nel caso di specie, l'assenza di una comunicazione anticipata al datore di lavoro.

Il provvedimento non menziona poi la possibilità, prevista all'art. 8, settimo comma del d.lgs. 81/2015, di poter chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale o entro i limiti del congedo, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purché con una riduzione d'orario non superiore al 50 per cento. Ne segue che, in assenza di un esplicito rinvio, tale possibilità non sia estendibile al nuovo congedo.

Inoltre, non è esplicitamente richiamato l'art. 54, comma 6, d.lgs. n. 151 del 2001, che contempla la «nullità del licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale (..)», mentre il divieto di licenziamento è espressamente previsto in caso di fruizione del congedo per i figli minori di età compresa tra i dodici anni e sedici anni. Né è possibile ricavare nell'art. 46 del medesimo decreto che vieta i licenziamenti per un periodo di sessanta giorni a decorrere dal 23 febbraio 2020, in quanto il divieto riguarda esclusivamente i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. Il che, ove si ritenesse che la mancanza di un rinvio specifico, come nel caso del preavviso sopra menzionato, corrisponda ad una deroga dalla disciplina generale, l'esercizio del diritto al congedo non sarebbe sostenuto da alcuna sanzione. Tuttavia, trattandosi in qualche modo di un diritto potestativo si potrebbe dire che qualsiasi atto diverso e/o contrario del datore di lavoro sia affetto da nullità.

Mentre poi la misura è estesa anche ai genitori affidatari, non vi è cenno invece ai lavoratori dipendenti genitori di figli adottivi per i quali, al pari degli affidatari, l'art. 36 d.lgs. n. 151 del 2001 stabilisce che il congedo parentale possa essere fruito dai genitori adottivi e affidatari, qualunque sia l'età del minore, entro dodici anni dall'ingresso del minore in famiglia, e comunque non oltre il raggiungimento della maggiore età. L'indennità è poi dovuta, per il periodo massimo complessivo previsto, entro i sei anni dall'ingresso del minore in famiglia.

Resta poi la questione di estremo rilievo di tutti i rapporti di lavoro temporanei (subordinati e non) destinatari della misura e per i quali il congedo appare una misura che, pur sospendendo la sola prestazione, in qualche modo di fatto anticipa la conclusione del rapporto contrattuale, in

tal senso ritenendo che la fruizione del bonus possa essere preferita dai suddetti lavoratori.

Concludendo, la possibilità di fruire di un congedo straordinario e/o di un bonus per servizi di baby-sitting esteso nel settore privato a quasi tutti i lavoratori è apparsa una misura necessaria che prende coscienza e considera seriamente i “bambini” del coronavirus e le difficoltà familiari.

Si tratta sicuramente di un primo passo dovuto e importante di cui si auspicano ulteriori integrazioni.

#### **Riferimenti bibliografici**

C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 804; M. BARBERA, *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, XVII, II, Roma, 2008, 2008; M.V. BALLESTRERO, *La Costituzione e il lavoro delle donne, Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, Napoli, 75; S. SCARPONI, *Lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e citizenship*, in *Lav. dir.*, 2001, 97; D. GOTTARDI, *Maternità e paternità per la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 10, 973; F. MALZANI, *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, n. 238, 2015; R. NUNIN, *I congedi parentali dopo il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in *Lav. giur.*, 2016, 14; L. CALAFÀ, *Il sostegno della genitorialità dopo il Jobs Act*, in *Lav. giur.*, 2015, 10, 877; S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova, 2016.

17.

## Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro

---

1. - Il differimento delle udienze nel “primo” periodo di emergenza (9 marzo – 15 aprile).

Già il d.l. 5 marzo 2020, n. 11, all’art. 1, primo comma, aveva introdotto un regime parzialmente generalizzato di sospensione delle udienze cadenti nel periodo 9-22 marzo, con loro differimento a data successiva al termine di tale periodo. L’art. 83, comma 22, d.l. 16 marzo 2020, n. 18 (in prosieguo anche D.L. Cura Italia) ha abrogato il predetto art. 1 del D.L. n. 11, così come l’art. 2, ma la relativa disciplina risulta pressoché integralmente riproposta, sia pure con alcune modifiche; per effetto della nuova disciplina, introdotta dal 1° comma del citato art. 83, il termine finale di questo periodo di rinvio delle udienze, decorrente dal 9 marzo, è stato prorogato al 15 aprile 2020.

Per quanto attiene, invece, al periodo temporalmente successivo rispetto a quello riguardato dal comma 1 (ovvero dal 16 aprile al 30 giugno 2020), l’art. 83, comma 7 lett. g), d.l. Cura Italia, ha inserito il differimento delle udienze (ovviamente a data successiva al 30 giugno 2020) tra le misure organizzative che i Capi degli Uffici Giudiziari possono adottare al fine di limitare il pericolo di contagio.

Entrambi i regimi di differimento delle udienze (**necessario**, il primo, **discrezionale** il secondo) hanno in comune la previsione (contenuta nell’art. 83, comma 3, n. 1 d.l. n. 18 del 2020) di una serie di eccezioni. Tra le quali, per quanto trova applicazione alle controversie di lavoro, rilevano principalmente due fattispecie: una di carattere generale, riguardante

«tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti» ed altra più specifica, relativa ai «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona».

Ad entrambe le ipotesi sembra applicabile la previsione, espressamente sancita solo per la verifica della sussistenza della fattispecie generale, in base alla quale, la ricorrenza della condizione di urgenza debba essere accertata, «per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile», mentre nelle altre cause (ovvero – è da ritenere – quelle promosse dopo il 9 marzo e sino al 15 aprile o, in presenza di una misura organizzativa, dopo il 16 aprile e sino al 30 giugno), «dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso».

Questa ultima previsione, con riferimento ai riti lavoristici, sempre introdotti con ricorso, lascia perplessi, poiché è sempre il giudice designato a fissare l'udienza di discussione della causa ed è difficile comprendere, a questi fini, in quali termini, sotto il profilo temporale, il giudice designato possa essere vincolato dalla dichiarazione d'urgenza emessa dal capo dell'ufficio giudiziario prima della assegnazione della causa, considerati, da un lato, il necessario rispetto dei termini a comparire e, dall'altro, la necessità per il Giudice designato, in aggiunta alle normali valutazioni di carattere organizzativo derivanti dal carico del ruolo, di considerare anche le straordinarie esigenze, determinate dall'emergenza e dalle conseguenti problematiche sanitarie costituenti il fondamento di tutta la disciplina in esame, di un più rigido scaglionamento degli orari di udienza.

È indubbio che la dichiarazione di urgenza, oltre a poter essere disposta d'ufficio dal Magistrato all'atto di verificare quali siano le cause da rinviare rispetto ad ogni udienza già fissata, può essere stimolata da un'istanza a lui rivolta telematicamente dalla parte interessata, istanza rispetto alla quale il provvedimento ben può essere emesso inaudita altera parte, avendo natura meramente ordinatoria, non incidente sul contraddittorio.

## 2. - Quando ricorre l'ipotesi del grave pregiudizio che impone la dichiarazione d'urgenza?

La formula utilizzata dalla disposizione riproduce quella di cui all'art. 642

c.p.c. (in tema di concessione della provvisoria esecuzione del decreto nella fase di emissione), denotando l'intenzione di attribuire al giudice, caso per caso, una certa discrezionalità nella valutazione di esigenze di urgenza, da ritenersi per lo più riconducibili, nelle controversie lavoristiche, a qualunque situazione di pericolo per l'attore di non vedere concretamente attuate le ragioni azionate in caso di differimento dell'udienza.

Ciò che comporta l'applicabilità della previsione anche alle controversie aventi contenuto economico, ad es., in tutti i casi nei quali il differimento della trattazione, alla stregua della natura del credito o di prospettazioni del ricorrente che appaiano, almeno *prima facie*, fondate, potrebbe incidere significativamente sulla sua condizione personale o familiare.

Sembra doversi comunque escludere un'interpretazione restrittiva che limiti la portata della disposta eccezione ai soli casi di irreparabilità del pregiudizio.

Va anche osservato che la disposizione ha inserito tra i procedimenti non rinviabili specificamente elencati quelli di cui agli artt. 283, 351 e 373 c.p.c., ovvero le inibitorie finalizzate alla sospensione della efficacia esecutiva o dell'esecuzione delle pronunce di primo grado, emesse con il rito di cognizione ordinario e di tutte quelle di secondo grado (oltre che in caso di revocazione e di opposizione di terzo); se l'art. 373 c.p.c. (applicabile anche alle sentenze di secondo grado emesse con il rito del lavoro) fosse stato richiamato solo con riferimento alle pronunce emesse con il rito ordinario di cognizione, il mancato rinvio all'art. 431 c.p.c. potrebbe spiegarsi ipotizzando la volontà di imporre, in materia di lavoro, una valutazione caso per caso dell'urgenza. Atteso il richiamo illimitato, sembra più plausibile che il mancato rinvio all'art. 431 c.p.c. sia il frutto di mera dimenticanza (peraltro dimostrata anche dal mancato richiamo di altre ipotesi di inibitoria non meno rilevanti: ad es. *ex* artt. 649, 615 c.p.c., etc.). È, tuttavia, indubbio che ciò comporterà l'esigenza della Corte di Appello di pronunciarsi sul pericolo di grave pregiudizio.

### **3. - Quali sono i procedimenti cautelari che hanno ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali della persona?**

L'individuazione dell'esatto contenuto della categoria giuridica "diritti

fondamentali della persona” imporrebbe una trattazione sovrabbondante rispetto alle finalità della presente nota, involgendo l’esame di fonti sovranazionali (come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo) e approfondimenti di carattere costituzionale (soprattutto alla luce della formula utilizzata dalla Carta Fondamentale nell’art. 2 e della sua qualificazione come clausola aperta). È altrettanto noto il dibattito dottrinale tra chi ritiene che, per diritti della persona si intendano esclusivamente diritti assoluti (tutelati, quindi, *erga omnes*) e di natura non patrimoniale e chi, invece, esclude tale dimensionamento, osservando che la rilevanza patrimoniale di questi diritti emerge comunque all’esito della loro lesione.

Per quanto qui rileva, può pragmaticamente osservarsi che il riferimento ai diritti fondamentali della persona impone di ritenere che non ogni procedimento cautelare debba essere sottratto al rinvio, ma solo quelli aventi ad oggetto diritti che involgano i principi di cui agli artt. 1-12 Cost. ed alla successiva parte relativa ai diritti-doveri del cittadino, sì da includere, in particolare, e senza pretesa di esaustività, il diritto al nome, all’onore, alla salute, al ritratto, all’immagine, all’identità personale, alla riservatezza, all’integrità della vita di relazione, al lavoro, etc.

Il che non esclude necessariamente dall’eccezione al rinvio i procedimenti cautelari aventi ad oggetto diritti di contenuto squisitamente economico, ma – ad avviso di chi scrive – in applicazione della clausola generale sopra esaminata e, pertanto, sulla base della valutazione del caso concreto.

#### **4. - Come vanno considerati i procedimenti oggetto della fase sommaria del rito ex art. 1, commi 47 ss., l. 92 del 2012.**

È noto che, secondo quanto ancora recentemente ribadito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 194 del 2018, il diritto al lavoro sancito dagli artt. 1, 4 e 35 Cost. va qualificato come «*fondamentale diritto di libertà della persona umana*» e, pur non garantendo «il diritto alla conservazione del lavoro», tuttavia «esige che il legislatore (...) adegui (...) la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti»

(così già Corte Cost. n. 45 del 1965). Anche più recentemente, la Consulta ha ribadito: che l'art. 4 Cost. garantisce il «diritto a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente» (Corte Cost. n. 60 del 1991); la conseguente vigenza di una «garanzia costituzionale [del] diritto di non subire un licenziamento arbitrario» (Corte Cost. n. 541 del 2000); l'«indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost., che ha portato, nel tempo, a introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro» (Corte Cost. n. 46 del 2000); l'affermazione che «la materia dei licenziamenti individuali è oggi regolata, in presenza degli artt. 4 e 35 della Costituzione, in base al principio della necessaria giustificazione del recesso» (Corte Cost. n. 41 del 2003).

Se si considera che, secondo la consolidata ricostruzione del rito operata da dottrina e giurisprudenza, il procedimento previsto dall'art. 1, commi 47 ss., l. n. 92 del 2012, quanto meno nella fase sommaria, risponde all'esigenza di garantire con carattere di generalità una tutela sommaria, sebbene non cautelare, ma comunque urgente, ai diritti tutelati dall'art. 18 S.L., sorprende che questo procedimento non sia stato inserito ex professo tra le eccezioni all'obbligo, nel primo periodo, ed alla facoltà, nel secondo periodo, di differimento delle udienze. Si consideri, infatti, che trattasi di un procedimento per sua natura finalizzato esattamente alla tutela, nel senso sopra riguardato, del diritto al lavoro.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, anche al fine di adottare una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, che altrimenti non giustificerebbe la disparità di trattamento, va ritenuto che il rito Fornero, pur non potendosi qualificare come di natura cautelare, bensì sommaria, cumuli entrambe le *rationes* normative poste a fondamento della disposta eccezione alla previsione del rinvio e che, quindi, le relative udienze della fase sommaria non possano essere soggette a differimento.

##### 5. - Le misure organizzative per contenere il pericolo di contagio nel “secondo” periodo di emergenza (15 aprile – 30 giugno).

Relativamente al periodo decorrente dal 15 aprile al 30 giugno, l'art. 83, comma 6, d.l. Cura Italia (in conformità al precedente art. 2 d.l. n. 11) obbliga i «capi degli uffici giudiziari» (previe una serie di consultazioni) ad

adottare «misure organizzative (...) al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone»; al settimo comma, la predetta disposizione, individua una serie di possibili misure riguardanti, sia l'organizzazione del lavoro degli uffici, che lo svolgimento delle udienze.

Per quanto attiene a queste ultime, possono riguardare le controversie di lavoro, le misure di cui: alla **lett. f)**, che prevede udienze da tenersi «mediante collegamenti da remoto»; alla **lett. g)**, che prevede il possibile rinvio «a data successiva al 30 giugno 2020»; alla **lett. h)**, che prevede una sorta di trattazione scritta (a contenuto limitato) ed in via telematica.

Va precisato che, in virtù di quanto ora disposto dal comma 5 dell'art. 1 d.l. n. 18 del 2020, le misure organizzative di cui alle lett. f) ed h) possono essere facoltativamente adottate dai Capi degli Uffici anche nel primo periodo (9 marzo-15 aprile) per i casi di eccezione al differimento necessario delle udienze.

Venendo all'esame di tali misure:

– Sull'ipotesi di cui alla **lett. g)** si è già detto nel precedente paragrafo. È evidente che la scelta operata è nel senso di imporre che la soluzione del differimento facoltativo, per il periodo successivo al 15 aprile 2020, sia adottata da ogni Ufficio Giudiziario sulla base di criteri quanto più possibile uniformi e non rimessi al singolo magistrato.

– Per quanto attiene alle udienze da remoto di cui alla **lett. f)**, la norma ha previsto che tale fattispecie sia consentita per tutte le «udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti»; ciò che porta immediatamente ad escludere l'utilizzabilità di questo strumento nelle udienze che prevedano la comparizione di ausiliari o di testimoni; rispetto alle quali, quindi, salvo che non ricorrano le eccezioni di cui al comma 3 n. 1, sarà giocoforza che i capi degli uffici, se ritengano che la trattazione nelle forme ordinarie non consenta, in relazione alle concrete condizioni logistiche degli Uffici, di garantire «il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della Salute» ed in particolare, di «evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone», dovranno prevedere il differimento a data successiva al 30 giugno 2020.

Per le udienze che potranno tenersi da remoto, la lettera f) dell'art. 1,

comma 7, d.l. Cura Italia ha, poi, previsto che i collegamenti siano «regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia».

Ciò è avvenuto con provvedimento in data 10 marzo 2020, che ha disposto che il collegamento debba essere «organizzato dal Giudice» ed ha individuato i programmi informatici utilizzabili ed a disposizione dell'Amministrazione.

La lett. f) dell'art. 1, comma 7, d.l. Cura Italia prevede testualmente: «Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti... giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale».

Tali previsioni rendono manifesto il timore di un utilizzo dello strumento informatico che, per il solo fatto di consentire che le parti ed i loro difensori formulino dichiarazioni a distanza, possa non offrire al giudice che le raccolga, una sufficiente garanzia di autenticità e libertà.

La diffidenza per questo strumento e per le ipotetiche violazioni del contraddittorio che potrebbero derivare soprattutto dalla inadeguatezza dello strumento elettronico nella concreta disponibilità della parte, appare alla base delle disposizioni contenute in alcuni (primi) provvedimenti dei capi degli Uffici Giudiziari, che condizionano la attuabilità dell'udienza da remoto ad una espressa manifestazione di consenso a questa modalità di trattazione ad opera di tutte le parti (così, ad es., il Pres.te della Corte di Appello di Roma con provvedimento 13 marzo 2020 prot. 9266).

– Per quanto attiene, infine, alle udienze con trattazione scritta di cui alla **lett. h)**, la relativa disposizione facoltizza a questa modalità di svolgimento mediante il mero «scambio e deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice» e solo per le udienze «che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti».

La prima considerazione, del tutto ovvia, riguarda l'inapplicabilità della disposizione, oltre che all'udienza in cui si svolga attività istruttoria, più in

generale all'udienza *ex art. 420 c.p.c.*, che impone la presenza delle parti anche ai fini del tentativo di conciliazione e ne qualifica l'assenza come «comportamento valutabile».

In realtà, la misura di cui alla lettera h) non si concilia facilmente con la vocazione orale del rito lavoristico.

Essa appare sostanzialmente compatibile con la sola udienza di discussione ai sensi del sesto comma del citato art. 420 c.p.c. A ciò non osta la previsione che l'udienza si realizzi mediante il deposito di «note scritte contenenti le **sole istanze e conclusioni**», perché tale previsione può cumularsi con quella del citato sesto comma dell'art. 420 c.p.c., conciliandosi con essa, sol che vengano fissati distinti termini, dapprima per il deposito e lo scambio di «note difensive», eventualmente anche in replica, e, all'esito, per il deposito delle note (sostitutive) d'udienza, contenenti le «sole istanze e conclusioni».

#### 6. - La sospensione dei termini processuali e sostanziali.

---

140

Il comma 2 dell'art. 1 d.l. n. 11 del 2020 aveva previsto la sospensione, nell'arco del periodo 9-22 marzo, dei «termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1, ferme le eccezioni richiamate». Per effetto dell'art. 83, comma 2, d.l. Cura Italia, l'arco temporale all'interno del quale opera la sospensione è stata estesa sino al 15 aprile 2020.

Nell'immediatezza dell'entrata in vigore del d.l. n. 11, in alcuni commenti si era ipotizzato che, per effetto del rinvio al 1° comma che disciplinava il differimento delle udienze, la sospensione disposta dal comma 2 dell'art. 1, non riguardasse la generalità dei termini cadenti nel periodo riguardato, bensì solo quelli relativi ai procedimenti le cui udienze fossero fissate all'interno del periodo e rinviate d'ufficio.

La questione, ad avviso dello scrivente, era assai discutibile sul piano ermeneutico, sia considerando che nello stesso art. 1 del D.L. n. 11, al terzo comma, è prevista altra disposizione con la quale, allorquando si è inteso riferirsi ai soli procedimenti oggetto di rinvio, lo si è specificato, sia soprattutto in virtù dell'esigenza di privilegiare una lettura che eviti profili di irrazionalità della disposta sospensione.

In ogni caso, la questione appare risolta dall'abrogazione dell'art. 1 d.l. n. 11 del 2020 e dalla nuova formulazione del comma 2 dell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020, che ha statuito che la sospensione, all'interno del periodo 9 marzo – 15 aprile, riguarda «il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali» ed ha precisato che vi soggiacciono «i termini stabiliti (...) per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali».

Deve, quindi, ritenersi che la sospensione riguardi tutti i termini processuali cadenti nel periodo 9 marzo – 15 aprile, con la sola eccezione di quelli relativi ai procedimenti le cui udienze verranno comunque trattate in detto arco temporale (il terzo comma dell'art. 83 esclude espressamente l'operatività dei commi 1 e 2 in tutti i casi nei quali, in via di eccezione al 1° comma, le udienze non possano essere rinviate).

Nella relazione illustrativa al citato art. 83, si precisa espressamente che l'intento della disposizione è quella di far sì che la sospensione si applichi «a tutti i procedimenti civili e penali e non certo ai soli procedimenti in cui sia stato disposto un rinvio di udienza»; sempre all'interno della relazione è, inoltre, stato precisato che il generico riferimento a tutti i procedimenti «civili e penali», e non più a quelli di cui al primo comma (che aggiungeva l'aggettivo «pendenti»), risponde anche alla finalità di escludere il «dubbio» che la sospensione non possa trovare applicazione ai termini per l'impugnazione delle sentenze; in verità, anche tale dubbio appare privo di fondatezza, poiché, a realizzare la “pendenza” della lite, è necessario e sufficiente che il giudizio sia stato proposto in primo grado e che il termine per l'impugnazione sia cadente nel periodo di sospensione

Nel terzo periodo del comma 2 dell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020, si prevede che, «ove il decorso» del termine sospeso «abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine» del periodo. La disposizione appare sovrabbondante e, salva una lettura che la renderebbe del tutto priva di razionalità, non può far opinare che la decorrenza dal 16 aprile 2020 del termine sospeso operi con esclusivo riferimento a quei termini che abbiano iniziato a decorrere soltanto all'interno del periodo di sospensione. L'istituto della sospensione introduce una parentesi tempo-

rale all'interno del periodo considerato, rendendo il decorso del tempo, *in parte qua*, improduttivo di effetti; conseguenza che opererà, quindi, sia rispetto ai termini che abbiano cominciato a decorrere prima del 9 marzo, sia rispetto a quelli la cui teorica decorrenza sarebbe iniziata dopo tale data e prima del 15 aprile.

Il d.l. n. 18 del 2020 ha inserito nel comma 2 dell'art. 83 un quarto periodo del seguente tenore: «Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il decorso».

La disposizione risponde allo scopo di evitare che, rispetto a tali termini, la sospensione sia ritenuta non potere operare o addirittura produca l'effetto perverso di farne retroagire la scadenza ad una data antecedente all'inizio del periodo di sospensione.

Per effetto di detta disposizione, anche successivamente al 15 aprile 2020, gli Uffici Giudiziari dovranno provvedere al rinvio d'ufficio di tutte le udienze relative a procedimenti nei quali, *ex lege*, o in virtù di provvedimento del Giudice, fossero assegnati alle parti termini a ritroso (ad es., per la costituzione in giudizio *ex art. 416 c.p.c.*) per l'esercizio di attività difensive cadenti all'interno del periodo di sospensione.

È comunque indubbia l'esigenza che i Magistrati provvedano con tempestività (ovvero, possibilmente, prima dello spirare del termine a ritroso) rispetto a tutte le udienze che risultino fissate all'interno del "primo" periodo; l'astratta possibilità che tali udienze non siano differite, in quanto relative a cause ritenute "urgenti", rende, infatti, incerta l'effettiva sospensione del termine.

Una questione irrisolta appare quella del termine a data fissa cadente all'interno del periodo di sospensione; tuttavia, poiché anche tale termine deve ritenersi sospeso, sarà dato alle parti interessate chiedere ed ottenere la concessione di un nuovo termine, in applicazione estensiva dell'art. 153, comma 2, c.p.c.

La relazione illustrativa valorizza anche il fatto che la disposizione abbia puntualizzato che la sospensione «riguarda tutti i termini procedurali» e, quindi, involga «anche [i] procedimenti esecutivi e concorsuali»; ne dovrebbe, quindi, conseguire la sicura applicazione anche ai termini per la proposizione delle istanze di ammissione al passivo, che, peraltro, essendo

previsti come termini a ritroso rispetto all'udienza di verifica dei crediti, imporranno la rifissazione di tale udienza da parte del Tribunale Fallimentare. Peraltro, rispetto a questi termini, la sicura qualificabilità della fase di verifica dei crediti come oggetto di attività giurisdizionale contenziosa impone di ricollegare l'effetto sospensivo già solo al riferimento, contenuto nella disposizione, a «qualsiasi atto dei procedimenti civili».

Quanto alla sospensione dei termini di prescrizione e decadenza, va ricordato che l'art. 10, comma 4, d.l. n. 9 del 2020 prevedeva tale effetto, relativamente al periodo 22 febbraio-31 marzo 2020, in favore dei residenti nei Comuni di cui all'all. 1 al d.P.C.M. 1° marzo 2020 (cd zona rossa). La sospensione riguardava «il decorso dei termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, nonché dei termini per gli adempimenti contrattuali», nonché «i termini relativi ai processi esecutivi» ed «alle procedure concorsuali, nonché i termini di notificazione dei processi verbali, di esecuzione del pagamento in misura ridotta, di svolgimento di attività difensiva e per la presentazione di ricorsi giurisdizionali».

Il comma 18 di detta disposizione estendeva, poi, l'operatività territoriale-soggettiva di detta sospensione in caso di successivo ampliamento delle c.d. "zone rosse".

Il progressivo ampliamento (attuato con i d.P.C.M. 4 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020 e 11 marzo 2020) dell'area riguardata dalle misure di limitazione delle attività e soprattutto delle facoltà di mobilità, aveva indotto ad ipotizzare che la sospensione di tutti i termini, anche di carattere sostanziale, espressamente prevista dal citato art. 10, comma 4, potesse ritenersi estesa all'intero territorio nazionale. Conclusione, questa, ad avviso di taluni, avvalorata dalla previsione, nel terzo comma dell'art.1 d.l. n. 11 del 2020, della seguente disposizione: «Resta ferma l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 10 del decreto-legge 2 marzo 2020 n. 9».

Quest'ultima disposizione, peraltro di incerta lettura, non essendo chiaro se il suo intento fosse quello sopra ipotizzato o, invece, quello di confermare l'efficacia dell'art. 10 con il suo originario ambito territoriale di applicazione nonostante la soppressione, nelle ex zone rosse, delle più stringenti limitazioni originariamente previste dal d.l. n. 9 del 2020, è stata

anch'essa travolta dalla abrogazione dell'intero art. 1 d.l. n. 11 del 2020, ad opera del comma 22 dell'art. 83 d.l. Cura Italia.

L'unica disposizione contenuta, a riguardo di questa tematica, nell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020 è ora quella di cui al comma 8: «Per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui ai commi 5 e 6 che precludano la presentazione della domanda giudiziale è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti medesimi».

La disposizione riproduce parzialmente il comma 3 dell'art. 2 d.l. n. 11 del 2020, rettificando l'esclusione (ivi contenuta) dell'effetto sospensivo per i termini cadenti nel "primo" periodo di emergenza, ma ribadendo che la sospensione, quanto agli effetti sostanziali (prescrizione e decadenza), si realizza soltanto se non sia possibile evitare le conseguenze estintive del diritto con un atto stragiudiziale e sempre che «la presentazione della domanda giudiziale» sia preclusa dai «provvedimenti» di cui ai primi due commi della stessa disposizione.

---

144

Ora, se si considera che le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 83 non introducono discipline preclusive della «presentazione» di alcuna domanda giudiziale, sempre consentita, sia pure con modalità telematiche (ora, peraltro, non facoltative, bensì obbligatorie, sino al 30 giugno 2020, a sensi del comma 11 del medesimo art. 83), l'unico riferimento concreto che sembra ascrivibile, in parte qua, alla disposizione, per quanto attiene ai diritti tutelabili in sede civile, riguarda i procedimenti che si svolgano avanti agli uffici giudiziari per i quali ancora non opera il processo telematico, ovvero soltanto Cassazione e Giudice di Pace. Anche rispetto a detti procedimenti, tuttavia, la preclusione produce effetti squisitamente processuali, come tali già prevenuti dalla sospensione del termine disposta dal comma 2.

Ne consegue che, anche così come modificata dal d.l. n. 18 del 2020, la disposizione in esame appare priva di ogni concreta rilevanza applicativa, se non nel senso di chiarire il limitato effetto, ai fini sostanziali, della sospensione dei termini disposta dal comma 2 dell'art. 83.

Ciò è di particolare evidenza in tema di decadenza dall'impugnazione del licenziamento.

Ad avviso di chi scrive, infatti, proprio per effetto del citato ottavo comma dell'art. 83, l'effetto decadenziale è impedito dalla sospensione dei termini processuali disposta dal comma 2, soltanto nel caso del secondo alinea del comma 2 dell'art. 6 l. n. 604 del 1966, ovvero in relazione al termine di sessanta giorni susseguente al rifiuto del tentativo di conciliazione; ed infatti, la decadenza dagli altri termini, sia da quello di cui al comma 1 dell'art. 6 l. n. 604 del 1966 (sessanta giorni dal licenziamento), sia da quello di cui al primo alinea del comma 2 del medesimo art. 6 (centottanta giorni dall'impugnazione stragiudiziale), può essere impedita anche da un'attività stragiudiziale (la contestazione del recesso e, rispettivamente, la richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione) e ciò, di per sé, esclude la sospensione degli effetti sostanziali come prevista dal comma 8 dell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020.



## 18.

# La necessaria continuità dell'azione amministrativa e l'emergenza epidemiologica da COVID-19

---

### 1. - Le misure organizzative volte ad assicurare la continuità dell'azione amministrativa.

L'emergenza epidemiologica da COVID-19 ha ormai paralizzato l'intero Paese, ad eccezione della "macchina amministrativa", la quale – a differenza delle attività produttive e commerciali – non può certo arrestarsi. A questo scopo, il legislatore ha adottato diverse misure organizzative volte ad assicurare la continuità dell'azione amministrativa, *id est* delle prestazioni di lavoro rese dai pubblici dipendenti.

Prima di entrare nel merito dell'argomento, vale peraltro la pena di precisare come le misure che ci si accinge ad illustrare non riguardino i servizi per le emergenze ed i servizi pubblici essenziali direttamente coinvolti nella gestione dell'emergenza epidemiologica in atto, ai quali sono piuttosto dedicate le disposizioni di cui agli artt. da 21 a 24 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, nonché numerose altre disposizioni disseminate all'interno del d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Chiarito questo aspetto, vengono innanzitutto in rilievo i d.P.C.M. 8 marzo 2020, 9 marzo 2020 e 11 marzo 2020, tutti adottati sulla base del disposto di cui all'art. 3, comma 1, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito in l. 5 marzo 2020, n. 13. Così, allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi dell'epidemia in corso, ai sensi dell'art. 1, c. comma 1, lett. e), d.P.C.M. 8 marzo 2020 – disposizione la cui efficacia è stata estesa dall'art. 1, comma 1, d.P.C.M. 9 marzo 2020 all'intero territorio nazionale – il legislatore ha anzitutto raccomandato «ai datori di lavoro pubblici e privati di promuovere [...] la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti

dei periodi di congedo ordinario e di ferie». Al medesimo scopo, ma tenendo conto al contempo dell'esigenza di salvaguardare la continuità dell'azione amministrativa, l'art. 1, n. 6, d.P.C.M. 11 marzo 2020 ha disposto che, sull'intero territorio nazionale, «le pubbliche amministrazioni assicurano lo svolgimento in via ordinaria delle prestazioni lavorative in forma agile del proprio personale dipendente, anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi di cui agli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81 e individuano le attività indifferibili da rendere in presenza». Peraltro, se la prima delle due misure è valevole nei confronti dei datori di lavoro privati e pubblici fino al 3 aprile 2020 (cfr. art. 5, comma 1, d.P.C.M. 8 marzo 2020), la seconda si applica esclusivamente nei confronti dei datori di lavoro pubblici e solo fino al 25 marzo (cfr. art. 2, comma 1, d.P.C.M. 11 marzo 2020). Infatti, per quanto riguarda il lavoro agile, nei confronti dei datori di lavoro privati trovano applicazione delle misure differenti, ovvero quelle di cui all'art. 2, comma 1, lett. r), d.P.C.M. 8 marzo 2020, nonché quelle di cui all'art. 1, n. 7, lett. a), e n. 10, d.P.C.M. 11 marzo 2020. La principale differenza tra queste misure e quelle valevoli nei confronti delle pubbliche amministrazioni sta nel fatto che queste ultime, a differenza dei datori di lavoro privati, sono esentate sia dall'obbligo di consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza l'informativa scritta di cui all'art. 22, comma 1, l. n. 81 del 2017 sui rischi generali e specifici connessi alla particolare modalità di svolgimento della prestazione di lavoro, sia da quello di effettuare le comunicazioni obbligatorie di cui al successivo art. 23, comma 1.

Sempre in tema di lavoro agile, giova ricordare come l'art. 18, comma 5, d.l. n. 9 del 2020 abbia modificato l'art. 14, comma 1, l. 7 agosto 2015, n. 124, sopprimendo l'inciso «per la sperimentazione». Il significato di tale intervento ce lo fornisce lo stesso legislatore e, più precisamente, la Circolare del Ministro per la pubblica amministrazione 4 marzo 2020, n. 1, recante «Misure incentivanti per il ricorso a modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa», la quale – infatti – chiarisce che, «per effetto delle modifiche apportate [...], è superato il regime sperimentale dell'obbligo per le amministrazioni di adottare misure organizzative per il ricorso a nuove modalità spazio temporali di svolgimento della prestazione lavorativa con la conseguenza che la misura opera a regime». Agli indirizzi

operativi contenuti all'interno della Circolare in discorso e volti ad incentivare il ricorso a modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa, lavoro agile *in primis*, va poi affiancato il disposto di cui all'art. 18, comma 1, d.l. n. 9 del 2020, ai sensi del quale, «allo scopo di agevolare l'applicazione del lavoro agile [...] quale ulteriore misura per contrastare e contenere l'imprevedibile emergenza epidemiologica, i quantitativi massimi delle vigenti convenzioni-quadro di Consip S.p.A. per la fornitura di personal computer portatili e tablet possono essere incrementati sino al 50 per cento del valore iniziale delle convenzioni». Peraltro, consapevole della scarsità di risorse a disposizione per l'acquisto di nuove strumentazioni, la Circolare n. 1 del 2020 si è affrettata a precisare che, «a fronte dell'indisponibilità o insufficienza di dotazione informatica da parte dell'amministrazione», è in ogni caso possibile ricorrere a «modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa anche nei casi in cui il dipendente si renda disponibile ad utilizzare propri dispositivi», con l'obbligo – in questo caso – di garantire «adeguati livelli di sicurezza e protezione della rete secondo le esigenze e le modalità definite dalle singole pubbliche amministrazioni» (art. 3). In questo senso, peraltro, già disponeva la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° giugno 2017, n. 3, recante «Indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempo di vita e di lavoro dei dipendenti» (cfr. par. 1.D). Nello stesso verso del predetto art. 18, c. 1, si muove oltretutto anche l'art. 75 d.l. n. 18/2020, rubricato «Acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per l'accesso di cittadini e imprese».

Si segnala poi la Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione 12 marzo 2020, n. 2, recante «Indicazioni in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165», e che ha provveduto a sostituire la Direttiva 25 febbraio 2020, n. 1, (cfr. art. 9). Quest'ultima – diretta alle P.A. di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, le quali, nell'ambito delle proprie competenze, sono tenute ad assicurare «l'applicazione delle misure oggetto della direttiva alle società a controllo pubblico e agli enti vigilati» (art.

1) – oltre a fornire alcune indicazioni operative in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica in atto, si preoccupa altresì di garantire la continuità dell'azione amministrativa. Così, se da un lato si afferma che «le misure adottate [...] sono, fra l'altro, finalizzate a ridurre la presenza dei dipendenti pubblici negli uffici e ad evitare il loro spostamento», dall'altro si precisa che «tuttavia non pregiudicano lo svolgimento dell'attività amministrativa da parte degli uffici pubblici» (art. 2). Non a caso, la Direttiva dispone che «le pubbliche amministrazioni, anche al fine di contemperare l'interesse alla salute pubblica con quello alla continuità dell'azione amministrativa, nell'esercizio dei poteri datoriali assicurano il ricorso al lavoro agile come modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa» (art. 3). Coerentemente, le p.a. sono tenute a limitare «la presenza del personale negli uffici ai soli casi in cui la presenza fisica sia indispensabile [...], adottando forme di rotazione dei dipendenti per garantire un contingente minimo di personale da porre a presidio di ciascun ufficio, assicurando prioritariamente la presenza del personale con qualifica dirigenziale in funzione del proprio ruolo di coordinamento» (art. 2). Mentre, «per le attività che, per la loro natura, non possono essere oggetto di lavoro agile, le amministrazioni, nell'esercizio dei propri poteri datoriali, adottano strumenti alternativi quali, a titolo di esempio, la rotazione del personale, la fruizione degli istituti di congedo, della banca ore o istituti analoghi, nonché delle ferie pregresse nel rispetto della disciplina definita dalla contrattazione collettiva» (art. 2). A questo proposito, il d.l. n. 18 del 2020 ha poi chiarito che «esperite tali possibilità le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio» e che «il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge» (art. 87, comma 3). Ciò detto, deve peraltro osservarsi come la Direttiva n. 2 del 2020 inviti le p.a. a rivedere le «attività che possono essere oggetto di lavoro agile, [proprio] con l'obiettivo prioritario di includere anche attività originariamente escluse» (art. 3), sì da evitare il ricorso ai suddetti istituti, nonché – soprattutto – l'esenzione dal servizio. In materia di lavoro agile è da ultimo intervenuto il d.l. n. 18 del 2020, il quale – all'art. 39, comma 1 – ha previsto che «fino alla data del 30 aprile 2020, i lavoratori dipendenti disabili nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n.104 o che abbiano nel proprio

nucleo familiare una persona con disabilità nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile ai sensi dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione». Inoltre, sempre con d.l. n. 18 del 2020, il legislatore ha poi provveduto a ribadire alcune delle indicazioni già contenute all'interno della Circolare n. 1 del 2020 e della Direttiva n. 2/2020, nonché a disporre che «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-2019, ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» (art. 87), con ciò di fatto estendendo l'ambito di applicazione temporale della misura di cui all'art. 1, n. 6, d.P.C.M. 11 marzo 2020.

## **2. - La centralità del lavoro agile.**

In estrema sintesi, aldilà di alcune indicazioni operative utili a gestire l'emergenza epidemiologica e – in particolare – a ridurre il rischio contagio contenute all'interno della Direttiva n. 2 del 2020 (cfr. art. 7), valide essenzialmente per le attività indifferibili da rendere in presenza, si registra come le misure organizzative adottate dal legislatore al fine di salvaguardare al contempo la continuità dell'azione amministrativa e la salute e la sicurezza dei cittadini e dei pubblici dipendenti si possano sostanzialmente riassumere nella volontà di semplificare e promuovere il ricorso all'istituto di cui al Capo II della l. n. 81 del 2017, ora attivabile in via unilaterale dal datore di lavoro pubblico e privato.

La speranza è che, una volta terminata l'emergenza, le p.a. riescano a fare tesoro di questa esperienza, dando vita a progetti strutturati di lavoro agile volti questa volta a realizzare le finalità per le quali è stato originariamente predisposto l'istituto in discorso, ovvero ad incrementare l'efficienza delle p.a. e ad agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei pubblici dipendenti.

**Riferimenti bibliografici**

E. DAGNINO, *Il lavoro da remoto per il contrasto al Coronavirus: la disciplina provvisoria*, in *Bollettino speciale ADAPT*, n. 2, 28 febbraio 2020.

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

M. MENEGOTTO-G. PIGLIALARMÌ, *Coronavirus: primo commento alle misure emergenziali adottate dal Governo sulla questione lavoro*, in *Bollettino ordinario ADAPT*, n. 8, 24 febbraio 2020.

M. TURRIN, *Il lavoro agile quale misura per fronteggiare l'emergenza COVID-19*, in *www.rivistalabor.it*, rubrica "Aggiornamenti", 3 marzo 2020.

## 19.

# La politica fiscale in Italia ai tempi del Covid-19: dall'austerità espansiva al mega-moltiplicatore

---

1. Le autorità cui competono le decisioni di politica economica svolgono un ruolo assai delicato nel funzionamento delle nostre società, soprattutto per le conseguenze che la loro azione esercita su variabili molto rilevanti ai fini delle condizioni di vita dei cittadini che ricadono sotto la relativa “giurisdizione”. A volte anche una variazione delle imposte, della spesa pubblica o della relativa ripartizione tra gruppi sociali dell'ordine di un decimale di Pil è sufficiente determinare la crisi di un settore produttivo, migliaia di licenziamenti, la sottrazione a molte centinaia di indigenti delle risorse essenziali alla sopravvivenza. Sarebbe quindi assai opportuno che i riferimenti teorici ed empirici su cui le scelte delle autorità di politica economica si fondano fossero resi ben chiari alla comunità, in modo da permettere ai cittadini di valutare, alla luce di tali riferimenti, la coerenza di quelle scelte rispetto agli obiettivi enunciati. Probabilmente i modelli economici non sono affidabilissimi sul piano della capacità predittiva, e quindi la coerenza di una decisione di *policy* rispetto al modello di riferimento non basta a garantirne l'efficacia. Tuttavia, affinché gli elettori possano esprimere nell'urna giudizi orientati da qualche fattore diverso

dal fascino carismatico o dalla simpatia, sarebbe importante quanto meno sapere se un governo sta seguendo nelle sue decisioni una qualsivoglia logica oppure no.

È probabilmente noto a tutti che, nell'ultimo quarantennio, in maniera sostanzialmente omogenea nel pianeta, la politica economica ha avuto come riferimento un nucleo di principi molto preciso. Molti studiosi fanno riferimento a questo nucleo di principi con l'espressione *neoliberalismo*. Le idee chiave di questo approccio alla regolazione dell'economia, per citare un saggio sul tema che ha riscosso un certo successo (OSTRY, LOUNGANI, FURCERI, 2016), sono fondamentalmente due: "l'intensificazione della competizione attraverso la deregolamentazione e l'apertura dei mercati nazionali (inclusi i mercati finanziari) alla concorrenza straniera" e "la compressione del ruolo dello Stato, ottenuta per mezzo delle privatizzazioni di ampi comparti del settore pubblico e l'imposizione di limiti al potere dei governi di praticare disavanzi di bilancio e di accumulare debito". Secondo molti commentatori, l'Europa sarebbe addirittura l'area del pianeta dove l'esperimento neo-liberista è stato portato più lontano, addirittura con l'affidamento del governo della moneta ad un organo tecnocratico svincolato da ogni responsabilità politica nei confronti della comunità di cui dovrebbe in teoria curare gli interessi (art. 130 TFUE) e con il sostanziale divieto di usare la politica fiscale espansiva in funzione anti-congiunturale (art. 126 TUE+Fiscal Compact).

Pertanto, si può dire che fino a qualche giorno fa il quadro concettuale di riferimento delle istituzioni di *governance* macroeconomica in Europa fosse assai chiaro, e che gli Stati membri dell'UE fossero sostanzialmente molto fedeli a questo approccio. Quelle poche volte che il governo di qualche Stato membro ha provato, seppur molto timidamente, a mettere in discussione questo sistema di principi dinanzi alla "corte" di Bruxelles, è stato sempre rapidamente ricondotto all'ordine con la *moral suasion* oppure, nei casi di più accentuata riottosità (come nel caso della Grecia nel 2015), con piccole ma efficaci dosi di terrorismo finanziario.

2. Questo quadro di coerenza tra principi e pratiche politiche è andato improvvisamente in frantumi con l'arrivo in Europa dell'epidemia nota come COVID-19. Prima alcuni stati membri hanno unilateralmente deciso di disapplicare il principio della libertà di commercio, bloccando

l'esportazione di alcuni prodotti considerati "strategici" nella lotta all'epidemia. Poi è cominciata la corsa all'utilizzo della spesa pubblica in deficit nel tentativo di limitare i presumibilmente gravi danni dell'epidemia in termini di Pil e occupazione. Anche il governo italiano ha adottato la strada della politica fiscale espansiva, deliberando la spesa di 25 miliardi di euro per fare fronte all'emergenza. Si tratta di una misura di dimensioni assai limitate (grosso modo corrispondente all'1.3% del Pil) e probabilmente si poteva e si doveva fare molto di più. Nella conferenza stampa in cui sono stati presentati tali provvedimenti, il ministro dell'economia Gualtieri si è detto tuttavia molto fiducioso circa la loro efficacia espansiva, sostenendo che tali misure sarebbero in grado di (cito testualmente) «attivare a beneficio del sistema economico italiano flussi per 350 miliardi». Si tratta di una previsione assai impegnativa. Forse troppo. Le domande che in questi casi invariabilmente si insinuano nella mente del non addetto ai lavori sono: «ma come fanno a formulare queste previsioni?»; «esiste un algoritmo che permette di predire l'effetto sul Pil di un dato aumento della spesa pubblica? E se sì, su quali modelli è fondato?». Il pensiero dovrebbe correre immediatamente a un concetto che, almeno fino a qualche anno fa, attraversava trasversalmente i manuali di macroeconomia di base: il famigerato *moltiplicatore* della spesa pubblica di Keynes. Poi, purtroppo, la narrazione dominante ha fatto della teoria macroeconomica keynesiana un «residuo di un'epoca passata» e «un approccio fuorviante ai fini della comprensione del mondo moderno» e il moltiplicatore è andato piano piano scomparendo dai libri di testo.

Molto in pillole, in un'opera a lungo considerata un punto di riferimento significativo per il sapere economico e una guida irrinunciabile per le autorità di governo dell'economia, John Maynard Keynes sosteneva che se un governo avesse deciso di incrementare la spesa pubblica (cioè di effettuare acquisti addizionali di beni dalle imprese) dell' $x$  % del Pil, finanziando quella spesa con un prestito dai risparmiatori, o anche usando moneta "stampata" per l'occasione, quella spesa avrebbe innescato una serie di effetti a catena sulla domanda di beni di consumo, dando luogo ad un incremento del reddito nazionale di dimensione pari all' $xm$ %. L'economista britannico riteneva anche che il valore di  $m$  (il cosiddetto *moltiplicatore*) sarebbe stato un numero significativamente maggiore di uno. Que-

sta assunzione implicherebbe cioè incrementi del reddito nazionale di dimensione più che proporzionale rispetto all'incremento della spesa pubblica che ne è all'origine. L'argomentazione è ben nota: lo Stato appalta la costruzione di una strada, la ditta che vince la gara d'appalto assume operai per costruirla, gli operai con lo stipendio ricevuto vanno a comprare beni alimentari, abiti, giocattoli per i figli e farmaci per i genitori anziani. Ma allora le industrie alimentari, tessili, farmaceutiche e quelle che producono giocattoli, per soddisfare la richiesta dei nuovi clienti, dovranno assumere nuova manodopera. A loro volta, questi lavoratori neoassunti useranno i propri salari per acquistare altri beni, stimolando altre industrie ad espandere la produzione e l'occupazione, e così via... Secondo Keynes, la spesa pubblica *in deficit* sarebbe quindi una sorta di farmaco salvavita cui ricorrere nelle situazioni disperate, e infatti consigliò ai governanti del suo tempo di farne uso ogni qual volta una crisi economica avesse minacciato di danneggiare in maniera grave il tessuto sociale della comunità.

3. Il fatto che il governo del nostro Paese abbia improvvisamente deciso di riesumare Keynes è una novità degna di nota. Fino a due settimane fa, ogni esortazione ad adottare misure fiscali anticongiunturali veniva immediatamente tacitata con argomenti retorici variegati: la spesa pubblica “brutta e cattiva” che alimenta inefficienza e corruzione, il mostro del debito pubblico, lo spettro dell'inflazione e altre calamità inenarrabili. In questa narrativa, l'economista di Cambridge era invariabilmente dipinto come un cattivo maestro che avrebbe provato a sedurci instillandoci l'infantile illusione di poter trovare scorciatoie per la prosperità. Mera retorica incapace di venire a patti con le ferree leggi dell'economia – dicevano i nuovi maestri – invitandoci invece a fare un salutare bagno di realismo. Non di “lassismo fiscale” avrebbe avuto bisogno il nostro paese – ci ammonivano – ma di lavorare più duramente e rinunciare ai troppi lussi a cui eravamo abituati: strade, ospedali, scuole, università, trasporti, stipendi, pensioni. Si tratta della teoria dell'*austerità espansiva*, che nell'ultimo ventennio si era pian piano insinuata nel senso comune.

Il punto di vista di Keynes e dei “nuovi maestri” può essere messo schematicamente a confronto prendendo proprio come riferimento il modello del moltiplicatore. Keynes evidentemente non aveva torto a sostenere

(nessuno dei nuovi maestri lo nega) che la spesa pubblica induce un aumento a catena dei consumi. Tuttavia, secondo i nuovi maestri, egli avrebbe colpevolmente trascurato una serie di ripercussioni negative molto serie. Cominciarono Friedman e Meiselman col far osservare che, se l'aumento del deficit statale non è accompagnato da una immissione di liquidità, capita che i tassi d'interessi crescano in misura significativa, inibendo le imprese dall'effettuare nuovi investimenti. Sempre Friedman suggerì che l'aumento del livello di attività economica innescato dalla spesa pubblica avrebbe finito per "riscaldare" la dinamica dei prezzi, disincentivando l'offerta di lavoro e neutralizzando in tal modo l'effetto espansivo iniziale. Barro aggiunse che era assai probabile che gli individui reagissero alla spesa statale in deficit con una certa preoccupazione per le imposte future con cui (inevitabilmente) avrebbero dovuto prima o poi ripagare il debito contratto dallo stato, e che quindi decidessero di "stringere la cinghia" piuttosto che allargarla. Infine, i professori Alesina e Giavazzi ritennero altrettanto probabile che l'aumento della spesa in deficit avrebbe mandato in fibrillazione i sottoscrittori del debito pubblico i quali, preoccupati per l'aumento del rischio di *default* del loro debitore, avrebbero cominciato a pretendere tassi di interesse più alti, provocando un'ulteriore compressione degli investimenti. Insomma, Keynes avrebbe raccontato solo il lato allegro della storia, mentre i "nuovi maestri" ci stavano aprendo gli occhi sui suoi aspetti inquietanti.

Ovviamente, il problema è capirci qualcosa sulla dimensione del "saldo" tra gli aspetti allegri e quelli inquietanti della storia, cioè in sintesi sul valore numerico di quel famoso "moltiplicatore". Quanto è grande  $m$ ? Nei testi di macroeconomia keynesiana si usano (a fini didattici) esempi in cui il moltiplicatore è 4 o 5, in genere seguiti dalla doverosa precisazione che la realtà è probabilmente meno piacevole a causa dei feed-back negativi chiariti nelle righe precedenti. Quanto meno piacevole? Qui, purtroppo, la teoria aiuta poco. Si deve chiedere aiuto all'analisi empirica, che però sconta il fatto di essere fondata su presupposti epistemologici assai fragili. La teoria economica non dispone di un "laboratorio" dove poter effettuare esperimenti controllati: il suo laboratorio è la storia, ma si tratta di un laboratorio particolare, dove le condizioni di contesto in cui si svolge l'esperimento non possono essere mantenute stabili artificialmente dallo

sperimentatore. E così non di rado capita di vedere uffici studi di diverse organizzazioni internazionali, tutte degne di ottima considerazione, fornire stime dei presunti effetti di misure di politica fiscale che differiscono in misura considerevole, oppure costretti a rivedere con grande imbarazzo previsioni rivelatesi *ex-post* assai distanti dalla realtà.

Gli studiosi di filiazione keynesiana non dubitano che il moltiplicatore sia in ogni caso un valore significativamente maggiore di 1. Non si sa bene di quanto maggiore, ma insomma fare spesa pubblica in deficit durante i periodi di contrazione dell'attività economica – secondo costoro – dovrebbe far bene. Ma nell'ultimo trentennio questo punto di vista è stato ampiamente minoritario. Negli anni 90 del secolo scorso, alla luce di studi condotti sulle economie di alcuni paesi europei (Danimarca, Irlanda e Svezia), i professori Giavazzi e Pagano sostennero che il moltiplicatore della spesa pubblica fosse addirittura *negativo*: in altre parole, ci si doveva attendere che un aumento della spesa pubblica avrebbe prodotto una *riduzione* del Pil, piuttosto che un suo aumento. Negli anni immediatamente successivi alla crisi economica del 2008, le principali istituzioni di *governance* dell'economia globale (FMI, BCE, Commissione Europea) formulavano i programmi di aggiustamento per i paesi che accedevano agli aiuti internazionali sulla base di modelli econometrici che assumevano un valore di  $m$  pari a 0.5, in ogni caso un valore talmente basso da sconsigliare l'uso della politica fiscale in funzione anticongiunturale. Qualche anno dopo il professor Blanchard, all'epoca *chief economist* del FMI, fece tuttavia un coraggioso atto di abiura, ammettendo che probabilmente quel valore era stato sottostimato di circa un punto. Da quel momento, studiosi e *policy-maker* ricominciarono a guardare al messaggio keynesiano con occhiali meno preconcetti, e la politica fiscale anticongiunturale ritornò ad essere considerata nel novero delle "carte" che un governo può giocare per far fronte ad una congiuntura economica avversa.

La manovra messa in campo dal ministro Gualtieri nei giorni scorsi sembra quindi iscriversi in questo fenomeno di generale riconsiderazione delle proposizioni chiave del modello keynesiano come base per il *design* delle politiche anticongiunturali. L'infezione da COVID-19, oltre ai gravissimi costi in termini di vite umane, rischia evidentemente di avere ripercussioni altrettanto gravi sul nostro sistema economico. Il blocco

forzato di gran parte delle attività produttive per evitare il diffondersi del contagio e l'inevitabile azzeramento dei flussi turistici verso il nostro paese non promettono evidentemente nulla di buono nemmeno su quel fronte. Ben venga quindi questa subitanea conversione sulla via di Damasco delle autorità di politica economica nazionali.

4. C'è però un elemento che lascia assai perplessi nella "narrazione" del governo italiano, e cioè le previsioni concernenti la dimensione dei presunti effetti moltiplicativi sul livello di attività economica. Come si diceva, il ministro dell'economia si è detto fiducioso di attivare, grazie a una spesa pubblica corrispondente a circa l'1.3% del Pil, "flussi per 350 miliardi", una cifra corrispondente grosso modo al 19% del Pil. In altre parole, il ministro Gualtieri ritiene che il moltiplicatore della spesa pubblica non sia un numero negativo, come pensavano i professori Giavazzi e Pagano; e nemmeno +0.5, come ritenevano i centri studi di FMI, BCE e Commissione Europea nei drammatici anni della Grande Recessione; e nemmeno +1.5, come sostenuto dal professor Blanchard nella sua auto-sconfessione. Secondo Gualtieri invece il moltiplicatore avrebbe addirittura un valore grosso modo intorno a +14, un valore di molte volte più grande di quello prospettato anche dagli studiosi più fiduciosi nell'efficacia espansiva della spesa pubblica in deficit. L'espressione "moltiplicatore" è quindi probabilmente inadeguata a descrivere la "potenza di fuoco" che il governo del nostro paese sembra attribuire allo strumento messo in campo: forse *mega-moltiplicatore* gli rende più giustizia.

Ora, io non so se lord Keynes attualmente dimora in Paradiso o all'Inferno, ma sono certo che, dovunque sia, ci guarda con sconcerto e perplessità. Nel giro di pochi giorni siamo passati dal considerarlo un "cattivo maestro" al diventare molto (ma molto) "più keynesiani di Keynes". Ma lasciando da parte quello che pensa Keynes di noi, la cosa davvero sconcertante di questo modo del nostro governo di presentare i suoi provvedimenti è un'altra. In un sistema tributario basato in maniera preponderante sulle imposte commisurate al reddito e al valore degli scambi, la correlazione tra il reddito nazionale e il prelievo fiscale è ovviamente assai stretta. Si può allora facilmente dimostrare, con un po' di algebra elementare, che se davvero un aumento della spesa pubblica di dimensione pari all'1% del Pil determinasse un aumento del reddito del

14%, questo implicherebbe un aumento del gettito fiscale anch'esso grosso modo del 14%. In altre parole, basterebbe fare un po' di spesa pubblica in deficit per curare non soltanto le fluttuazioni congiunturali del reddito e dell'occupazione, ma anche per riparare ai nostri ben noti squilibri dei conti pubblici: l'aumento dei redditi indotto dalla spesa aggiuntiva dovrebbe infatti dar luogo ad un incremento degli incassi dell'Erario *di gran lunga* maggiori della spesa stessa, riequilibrando rapidamente entrate e uscite della PA. La domanda sorge allora spontanea: se rimediare alla "crisi fiscale" del nostro paese era così semplice, perché abbiamo invece passato tanti anni ad autoflagellarci con tagli draconiani a tutti i servizi essenziali?

È quindi difficile allontanare il sospetto che questo *mega-moltiplicatore* che sembrerebbe essere il modello di riferimento teorico del governo sia in realtà niente di più che un espediente retorico per provare a dissolvere le perplessità sollevate da più parti circa l'adeguatezza, sul piano quantitativo, dell'intervento messo in campo. Dire che il topolino partorirà una montagna sarà probabilmente sembrato a qualcuno un ottimo modo per eludere la domanda "perché un topo così piccolo?". Proveremo invece (sommessamente) a suggerire di abbandonare le illusioni su effetti miracolistici di pochi spiccioli di spesa pubblica e di prendere più sul serio le (diffuse) perplessità sulle dimensioni dell'intervento.

#### Riferimenti bibliografici

- A. ALESINA-R. PEROTTI, *Fiscal Adjustments in OECD Countries: Composition and Macroeconomic Effects*, in *IMF Staff Papers*, 44, 1997.
- R.J. BARRO, *Are Government Bonds Net Wealth?*, in *Journal of Political Economy*, 82, 1974.
- O. BLANCHARD-D. LEIGH, *Growth Forecast Errors and Fiscal Multipliers*, in *American Economic Review*, 103, 3, 2013.
- FRIEDMAN M., *Disoccupazione e inflazione? Un riesame della curva di Phillips*, in Marconi M., *La stagflazione*, Bologna, Il Mulino, 1985.
- FRIEDMAN M., MEISELMAN D., *The Relative Stability of Monetary Velocity and the Investment Multiplier in the United States 1897-1958*, in *Stabilization Policies*, Commission on Money and Credit, Englewood Cliffs, N.J., USA, 1963.
- GIAVAZZI F., PAGANO M., *Can Severe Fiscal Contractions Be Expansionary? Tales of Two Small European Countries*, *NBER Macroeconomics Annual*, 5, 1990.
- GIAVAZZI F., M. PAGANO, *Non-Keynesian Effects of Fiscal Policy Changes: International Evidence and the Swedish Experience*, *Swedish Economic Policy Review*, 3, 1996.

KEYNES J.M., *The General Theory of Employment, Interest and Money*, in Moggridge D. (a cura di), *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, London, MacMillan, vol. 7, 1973.

OSTRY J.D., LOUNGANI P., FURCERI D., *Neoliberalism: Oversold?*, *Finance and Development*, June 2016, 38.



## 20.

# Accordo sindacale telematico. Decalogo di emergenza

---

### 1. - Comunicazione telematica informativa

La parte datoriale invia la comunicazione informativa alle Organizzazioni Sindacali individuate secondo criteri di legge e/o convenzionali applicabili al caso specifico. La trasmissione potrà avvenire per via telematica, secondo i requisiti della posta elettronica certificata, all'indirizzo legalmente attribuito alla parte sindacale coinvolta (c.d. domicilio digitale). Resta salva la possibilità di utilizzare la posta elettronica semplice ove ciò corrisponda al mezzo abituale di comunicazione tra rappresentante sindacale e azienda (domicilio elettronico convenzionale).

163

### 2. - Esame congiunto e accordo di riservatezza

La richiesta di esame congiunto dovrà seguire le stesse modalità tecniche della comunicazione telematica informativa. Occorre prevedere esplicitamente un accordo di riservatezza tra le parti, in quanto le tecniche comunicative successivamente descritte consentono, se impropriamente utilizzate, di registrare facilmente audio e video degli interventi vocali dei partecipanti.

### 3. - Tavolo negoziale digitale

La negoziazione in via telematica consta, nella modalità più semplice, della trasmissione *on-line* di comunicazioni scritte o vocali. L'archetipo digitale che, tuttavia, più si avvicina al "tavolo negoziale" ordinario, connotato da momenti di emotività e vivace dialettica, implica l'utilizzo di una piatta-

forma digitale audio-video in cui sia possibile rappresentare visivamente e contestualmente gli interlocutori con microfoni e video aperti.

#### 4. - **Convocazione del tavolo: tempo e luogo**

Con debito anticipo, vanno definiti tra le parti il giorno e l'orario di inizio della riunione, con onere di sollecito a chi non si fosse tempestivamente connesso, e il luogo virtuale dell'indirizzo della piattaforma, dove si svolgerà la riunione del "tavolo negoziale digitale".

#### 5. - **Prima riunione telematica (videoconferenza)**

La prima riunione serve, da un lato, per testare la familiarità dell'utilizzo della piattaforma da parte dei partecipanti e, quindi, per avviare la trattativa propedeutica ad un accordo sindacale e definire il calendario degli incontri successivi (che diversamente dai tavoli sindacali tradizionali sono temporalmente cadenzati con maggiore vicinanza). Le parti potranno in questa fase stabilire convenzionalmente che le successive modalità di comunicazione e di trasmissione dei documenti avvengano per posta elettronica semplice e all'uopo indicheranno ciascuna l'indirizzo di posta elettronica cui univocamente ricondurre la paternità dei contenuti dei messaggi *e-mail*. Durante la riunione si nomina un segretario che, al termine della stessa, redige un testo in cui si dà atto dell'incontro, si riporta il calendario degli incontri successivi ed eventualmente si indica la modalità convenzionale di comunicazione e di trasmissione dei documenti per *e-mail*. Tale testo, in formato *pdf*, è trasmesso per posta elettronica alle parti.

#### 6. - **Riunioni formali con scambio digitale di documenti**

Le successive riunioni in videoconferenza, precedute da trasmissione di bozze di documenti di lavoro, richiedono maggiore formalità, coniugando la contestualità della riunione digitale con la trasmissione telematica della documentazione (verbalizzazione, singoli documenti). Il segretario della riunione funge da soggetto verbalizzante e al termine della stessa invia la minuta del verbale, in formato *word* modificabile, alle parti. Le stesse si

trasmettono reciprocamente, in formato *pdf*, dichiarazione di conferma alla partecipazione alla riunione e di approvazione del verbale.

#### 7. - **Ultima riunione con accordo telematico**

La riunione formale con l'accordo sul testo definitivo potrà prevedere dei meccanismi di sottoscrizione digitale dell'accordo condiviso. È opportuno, anche per le inevitabili limature, che il testo condiviso venga comunque trasmesso elettronicamente per la sottoscrizione definitiva delle parti.

#### 8. - **Trasmissione del testo digitale definitivo**

La trasmissione del testo definitivo dell'accordo sindacale opera secondo le modalità della trasmissione dei documenti informatici di cui al Codice per l'Amministrazione Digitale (c.d. CAD), oppure, previo salvataggio in formato *pdf*, potrà essere scambievolmente trasmesso attraverso lo strumento della posta elettronica.

#### 9. - **Sottoscrizione elettronica dell'accordo**

La sottoscrizione finale si realizza con l'apposizione definitiva della firma che potrà essere di tipo elettronico (secondo i requisiti del CAD); se manuale, la firma viene vergata su ciascun foglio del documento stampato dell'Accordo, il quale, scannerizzato e salvato in formato *pdf*, viene ritrasmesso alla controparte. Ove risulti gravoso l'utilizzo di *scanner* e/o fotocopiatrici, le parti stabiliscono che, ai fini della sua validità, l'Accordo finale sia trasmesso in formato *pdf* allegato ad una mail di accompagnamento nella quale si comunica: la propria identità, la qualità/qualifica, i poteri di rappresentanza e la dichiarazione di sottoscrizione, con accettazione integrale, dell'Accordo allegato. Alla medesima comunicazione di posta elettronica è allegata copia di documento di identità della parte. L'idoneità di tali testi a possedere valore probatorio sarà valutabile in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità del sistema elettronico utilizzato.

## 10. - Deposito telematico

Potranno prevedersi procedure di deposito dell'Accordo, secondo le modalità attuative e le specifiche tecniche relative al **nuovo applicativo** informatico del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali dedicato al **deposito telematico dei contratti aziendali e territoriali**.

### Riferimenti normativi

D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante "Codice dell'amministrazione digitale" (CAD), così come da ultimo novellato dal d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, che ha introdotto tra le definizioni, di cui al comma 1 lettera u-*quater*, quella di identità digitale. Il CAD consente di distinguere: documenti informatici contenenti rappresentazioni e riproduzioni che, non risolvendosi in un testo grafico, continuano ad essere disciplinati dall'art. 2712 c.c., e documenti informatici contenenti un testo che sono disciplinati dall'art. 20 del CAD se sottoscritti con un qualche tipo di firma elettronica o privi di sottoscrizione, oppure dall'art. 21 del CAD se sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale. Ulteriori tipologie di documento informatico sono state delineate dalla giurisprudenza che, ad esempio, ha qualificato come documento informatico il messaggio di posta elettronica trasmesso da un indirizzo aziendale personale ad uso esclusivo, ritenendo che l'attribuzione dell'*account* operato dall'azienda sia idoneo a ritenere identificabile il mittente, almeno per le comunicazioni interne; dunque la posta elettronica, seppur priva di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche, ovvero fra le rappresentazioni meccaniche indicate, con elencazione non tassativa, dall'art. 2712 c.c. e, dunque, forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale viene prodotta non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime (Corte di Cassazione, ordinanza 14 maggio 2018, n. 11606). L'art. 45, comma 2, del CAD, stabilisce, con riferimento al documento informatico trasmesso per via telematica, che questo si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione del gestore.

D.P.C.M. del 24 ottobre 2014, che disciplina le caratteristiche del Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale (SPID) di cittadini e imprese. In particolare, le regole tecniche e le modalità attuative dello SPID sono state definite congiuntamente dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) e dal Garante Privacy. SPID è un sistema pubblico e unificato per l'identità digitale che consente di associare ad ogni cittadino una serie di credenziali quali una *username* e una *password* da poter utilizzare in vari contesti di servizi telematici erogati da molteplici amministrazioni e da privati.

Regolamento (UE) del 23 luglio 2014, n. 910 del Parlamento europeo e del Consiglio, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE (c.d. Regolamento e-Idas), il quale, per quanto attiene ai servizi elettronici di recapito certificato, afferma nell'art. 43 che «ai dati inviati e ricevuti mediante un servizio elettronico di recapito certificato non sono negati gli effetti giuridici e l'ammissi-

bilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della loro forma elettronica o perché non soddisfano i requisiti del servizio elettronico di recapito certificato qualificato».

D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68 sulla posta elettronica certificata (PEC), definita dall'art. 1, comma 2, lett. g), come «ogni sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici allegati». La PEC è solo una delle tecniche di trasmissione certificata dei messaggi di posta elettronica esistenti. In questa prospettiva, il legislatore italiano con la l.18 giugno 2009, n. 69 (Competitività) ha modificato l'art. 16-bis l.28 gennaio 2009, n. 2, legge di conversione del d.l. n. 185 del 2008 (c.d. decreto anticrisi), indicando espressamente che al fine di attuare i principi sanciti nel CAD ogni amministrazione pubblica può utilizzare la PEC o altri sistemi analoghi. Nello stesso CAD, all'art. 48, comma 1, si legge che la trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio o di ricezione può avvenire mediante PEC o altre soluzioni tecnologiche che verranno individuate, in futuro, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

### Riferimenti bibliografici

M. BASSINI-M. CUNIBERTI (a cura di), *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019; E. BATTELLI, *Il valore legale dei documenti informatici*, Napoli, 2012; G. FINOCCHIARO-F. DELFINI (a cura di), *Identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, commento al regolamento UE 910/2014*, Torino, 2017; ID., *Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici*, Giuffrè, Milano, 2003; ID., *La firma digitale*, in F. GALGANO (diretto da), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000; A.M. GAMBINO-A. STAZI-D. MULA, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Torino, 2019; A.M. GAMBINO-M. SCHMIDT-KESSEL, R. SCHULZE-A. ZACCARIA (a cura di), *EU eIDAS Regulation: Regulation (EU) 910/2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market*, Monaco, 2019; A.M. GAMBINO, *Firma elettronica*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004; ID., *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano, 1997; A. GENTILI, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 176; M. ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Giuffrè, Milano, 1997; ID., *Il falso digitale*, Giuffrè, Milano, 2003; A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018; G. PASCUZZI (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, Bologna 2016; C. PERLINGIERI-L. RUGGERI, *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015; F. RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2003; F. RIZZO, *Il documento informatico: "Paternità e Falsità"*, Napoli, 2004; G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, 2016; S. SICA-V. ZENO-ZENGOVICH (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2019; D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016; D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Leggi collegate*, Torino, 2016.



## 21.

# Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale

---

### 1. - Le condizioni di attivazione del lavoro agile nella decretazione emergenziale: norme di riferimento.

L'emergenza sanitaria in corso ha rivelato un potenziale ancora inespresso del lavoro agile: quello di strumento organizzativo elastico e rapidamente attuabile, e quindi idoneo a garantire la continuità produttiva a fronte di pubbliche calamità ed altri eventi imprevedibili. Si tratta di un potenziale che la contrattazione collettiva aveva già valorizzato: ad esempio, a seguito del crollo del Ponte Morandi di Genova e delle gravi ripercussioni prodotte da tale disastroso avvenimento sulla viabilità del capoluogo ligure, Leonardo spa e le rappresentanze nazionali di Fim, Fiom e Uilm hanno sottoscritto il 12 settembre 2018 un'intesa (<https://www.fismic.it/wp-content/uploads/2018/09/Verbale-di-Accordo-Leonardo-.pdf>) che, in deroga all'accordo sindacale del 10 aprile 2018, ha esteso transitoriamente a tutti gli addetti del sito genovese la possibilità di accedere allo *smart work*, previa verifica della praticabilità tecnica della connessione da remoto, per un massimo di dieci giornate al mese, allo scopo di «limitare i disagi sofferti dai dipendenti, di contribuire al decongestionamento del traffico urbano ed al contempo di garantire il regolare proseguimento delle attività produttive».

È tuttavia innegabile che solo con la recente decretazione d'urgenza scaturita dall'allarme COVID-19, e con i relativi provvedimenti d'attuazione, tale duttilità funzionale abbia assunto un rilievo sistematico, al punto da

lasciar presagire che dopo il ritorno alla normalità l'istituto possa essere oggetto di un ripensamento complessivo.

Il dispositivo tecnico mediante cui il legislatore dell'emergenza ha liberato il suddetto potenziale è la formula, ripetuta in modo pressoché invariato a partire dal d.P.C.M. 23 febbraio 2020, art. 2, che consente di ricorrere a questa modalità di esecuzione della prestazione lavorativa con riferimento «ad ogni rapporto di lavoro subordinato» e «anche in assenza degli accordi individuali» previsti nella fonte ordinaria di disciplina del lavoro agile, ovvero gli artt. 18 ss. l. n. 81 del 2017.

Nell'interpretazione prevalente tra i primi commentatori [BINI, 2020; RUSSO 2020], le formule suddette varrebbero a costituire in capo al datore di lavoro un vero e proprio potere unilaterale di instaurazione del lavoro agile, da intendersi, a quanto sembra, come specifica declinazione del suo potere direttivo. Si tratta di un'interpretazione dagli effetti dirimenti, suscettibile di travolgere l'impostazione primigenia dell'istituto; e tuttavia non condivisibile, come si cercherà di argomentare, tanto sul piano sistematico quanto, soprattutto, su quello teleologico.

## 2. - La funzione del lavoro agile nel sistema delle misure di contrasto al COVID-19.

È proprio dalla *ratio* dei provvedimenti governativi che occorre prendere le mosse ai fini di una corretta interpretazione del loro contenuto precettivo. Infatti, la imponente stratificazione normativa in materia di lavoro agile accumulatasi nelle ultime settimane presenta – né poteva ragionevolmente essere altrimenti date le circostanze – una formulazione a tratti imprecisa, al pari della disciplina-madre [RICCIO, 2017], suggerendo di non affidarsi alla sola esegesi letterale.

In questo senso, si possono preliminarmente porre in evidenza due circostanze. In primo luogo, che la funzione dell'istituto in parola nel quadro della decretazione emergenziale si è evoluta nel tempo, adattandosi alle differenti misure di contenimento scandite dal Governo a mano a mano che la diffusione del COVID-19 si espandeva oltre i primi focolai del Nord Italia. In secondo luogo, che da nessuno dei numerosi decreti governativi è ricavabile l'intenzione di collegare in modo univoco, e soprattutto esclu-

sivo, l'allentamento dei vincoli all'utilizzo del lavoro agile ad un interesse tipicamente datoriale, quale potrebbe essere l'efficace assolvimento dei propri obblighi di prevenzione dei rischi nell'ambiente di lavoro, che giustificherebbe l'esercizio da parte di costui del potere di allontanare i lavoratori dai locali dell'azienda anche attraverso l'imposizione del lavoro da remoto.

Scendendo in maggiore dettaglio, si osserva che in un primo momento, corrispondente all'emanazione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito in l. 5 marzo 2020, n. 13) e del d.P.C.M. 23 febbraio 2020, l'attivazione agevolata del lavoro agile si offre in funzione di garanzia della continuità delle attività lavorative nei comuni e nelle aree per le quali le autorità competenti ne abbiano disposto la sospensione, nonché per gli abitanti di detti comuni o aree che svolgano la propria attività al di fuori di esse (cfr. art. 1, comma 2, lett. o, d.l. n. 6 del 2020, a mente del quale detti provvedimenti restrittivi operano «salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3»), ponendosi così, in particolare nella seconda delle ipotesi menzionate, anche a supporto di esigenze personali dei lavoratori non direttamente coincidenti con quelle dell'impresa.

Successivamente, con il d.P.C.M. del 25 febbraio 2020, detta corsia preferenziale diviene applicabile in sei Regioni del Nord Italia anche all'esterno delle c.d. «zone rosse», integrando così ulteriori funzioni a cui non sono estranee coloriture pubblicitarie. In particolare, oltre alla indiscussa finalità di prevenzione del contagio nei luoghi di lavoro, essa appare ricollegabile anche ad un più generale obiettivo di tutela della salute pubblica rispetto a situazioni di pericolo che potrebbero derivare dall'assemblamento dei lavoratori sui mezzi di trasporto. Inoltre, in tale quadro il lavoro agile si configura quale strumento idoneo a fronteggiare i carichi di cura familiare determinati dalla chiusura degli istituti scolastici, disposta dalle autorità territoriali anche al di fuori dei principali focolai di contagio.

A dimostrazione di tale polifunzionalità depone il tenore testuale del citato d.P.C.M., il cui art. 2 dichiara applicabile il lavoro agile «per i datori di lavoro» delle Regioni interessate dal provvedimento e «per i lavoratori» ivi

residenti o domiciliati, ancorché esercitino la propria attività in altri territori. Non sembra dunque casuale che negli stessi giorni, il 26 febbraio, la direttiva n. 1/20 del Ministro della Pubblica Amministrazione (<http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/26-02-2020/direttiva-n1-del-2020>) abbia esortato le amministrazioni a favorire «modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa» – espressione nella quale non può non rientrare anche il lavoro agile, pur oggetto nello stesso documento di uno specifico invito a potenziarne il ricorso tramite l'individuazione di «modalità semplificate e temporanee di accesso» – identificando una platea di destinatari privilegiati di simili misure di favore nella quale figurano «i lavoratori portatori di patologie che li rendono maggiormente esposti al contagio, i lavoratori che si avvalgono di servizi pubblici di trasporto per raggiungere la sede lavorativa, i lavoratori sui quali grava la cura dei figli a seguito dell'eventuale contrazione dei servizi dell'asilo nido e della scuola dell'infanzia».

Con l'art. 4, comma 1, lett. **a**, d.P.C.M. 1° marzo 2020 la misura agevolativa viene estesa all'intero territorio nazionale, senza tuttavia che da tale modifica possa inferirsi uno scostamento dal solco tracciato dai provvedimenti anteriori. Il fatto che la norma dichiari applicabile il lavoro agile «dai datori di lavoro», superando il precedente riferimento ai lavoratori, trova spiegazione nella portata ormai generale del campo applicativo della nuova disciplina, che rende superflua la distinzione prima operata.

I tre successivi d.P.C.M. dell'8, 9 e 11 marzo 2020, leggibili in combinato disposto in quanto le norme dettate dall'ultimo *in subjecta materia* risultano complementari e non incompatibili con le previsioni dei primi due, segnano invece un ulteriore stadio dell'evoluzione funzionale del lavoro agile nella decretazione di emergenza. Essi introducono, com'è noto, il c.d. *lockdown*: una serie di stringenti limitazioni alla libertà personale di circolazione, efficaci salvo proroghe fino al 3 aprile 2020, cui fanno eccezione, tra gli altri, gli spostamenti motivati da «comprovate esigenze lavorative». In tale contesto l'applicazione del lavoro agile, di cui si raccomanda il «massimo utilizzo» (art. 1, n. 7, lett. **a**, e n. 10, d.P.C.M. 11 marzo 2020), sempre in base alle modalità semplificate ribadite dall'art. 2, comma 1, lett. **r**, d.P.C.M. 8 marzo 2020, viene a configurarsi alla stregua di un obbligo congiunto di imprese e lavoratori, riconducibile ad un generale

principio di precauzione. In altri termini, lo spostamento motivato da esigenze lavorative potrà ritenersi giustificato (o, se si preferisce, le esigenze si riterranno «comprovate»), in conformità al principio dell'«#IoRestoaCasa» cui si ispira il provvedimento, laddove si dimostri che la prestazione lavorativa non era eseguibile altrimenti. Questo profilo è stato ben colto dalla Regione Lombardia, che nella campagna informativa intrapresa a seguito dell'entrata in vigore del *lockdown* ha indicato come l'esenzione dal divieto di spostamento operi «Per le normali attività lavorative che non possono essere svolte in *smart working*» (<https://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/DettaglioRedazionale/servizi-e-informazioni/cittadini/salute-e-prevenzione/Prevenzione-e-benessere/red-coronavirusnuoviaggiornamenti>).

### 3. - Conseguenze operative dell'interpretazione proposta.

La più recente evoluzione funzionale impressa al lavoro agile avvicina quindi significativamente alla sfera obbligatoria del lavoratore lo svolgimento della prestazione secondo la modalità in argomento. Non per questo, tuttavia, l'operazione compiuta dal legislatore dell'emergenza si deve leggere alla stregua di un deferimento dell'individuazione di detta specifica modalità solutoria alla scelta unilaterale del datore.

Si deve considerare in proposito che i decreti da ultimo citati, nell'identificare le misure alternative allo spostamento motivato da «comprovate esigenze lavorative», contemplan sempre opzioni diverse dalla fruizione del lavoro agile, stabilendo in particolare che «siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva» (art. 1, n. 7, lett. **b**, d.P.C.M. 11 marzo 2020). Si tratta di opzioni che, pur essendo oggetto di raccomandazioni o prescrizioni rivolte prioritariamente al datore di lavoro (oltre alla norma appena citata, cfr. art. 87, comma 3, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. Decreto «Cura Italia», a mente del quale le pubbliche amministrazioni, laddove non sia possibile ricorrere al lavoro agile, «utilizzano gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva») sovente richiamano l'esercizio di un diritto potestativo del lavoratore, come nel caso dei con-

gedi e dei permessi (inclusi quelli speciali introdotti dagli artt. 23, 24 e 25 d.l. n. 18 del 2020), e come tali risultano incompatibili con un'interferenza datoriale praticata attraverso modalità coercitive. Pertanto, se il lavoratore rimane in linea di principio partecipe, attraverso l'esercizio della propria volontà, della scelta circa l'adozione di misure organizzative che consentano di limitare gli spostamenti delle persone senza precludere la continuità dell'attività aziendale, non si vede perché tale compartecipazione non debba essere mantenuta anche con riferimento all'attivazione del lavoro agile.

In senso favorevole ad una condivisione delle decisioni organizzative di gestione dell'emergenza sanitaria si esprime, del resto, il «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro» (<https://www.cisl.it/attachments/article/15466/Protocollo.pdf>) sottoscritto dal Governo e dalle parti sociali il 14 marzo 2020, che al punto 8 («Organizzazione aziendale») prevede che le misure preventive – chiusura dei reparti non adibiti alla produzione, rimodulazione dei livelli produttivi, utilizzo dello *smart work*, della banca ore, delle ferie ecc. – siano adottate dall'azienda mediante intese con le rappresentanze sindacali.

In definitiva, un assetto più ragionevole e rispettoso delle caratteristiche intrinseche degli istituti coinvolti sembra essere il seguente: ferma restando la possibilità del prestatore di astenersi dal lavoro ricorrendo agli istituti sospensivi del rapporto, quest'ultimo e il datore hanno il dovere di concordare, laddove ciò sia tecnicamente possibile, una modalità di svolgimento della prestazione alternativa alla presenza nel luogo di lavoro (*rectius* il lavoro agile); solo nell'ipotesi in cui detta modalità non sia realizzabile, saranno giustificati alla stregua di «comprovate esigenze lavorative» gli spostamenti effettuati per raggiungere il luogo di lavoro, fatta salva, in quest'ultimo caso, la facoltà datoriale di sospendere l'attività produttiva, anche alla luce della valutazione dell'effettiva possibilità di salvaguardare la sicurezza dell'ambiente di lavoro attraverso l'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o altre misure di prevenzione.

Cosa significa, dunque, applicare il lavoro agile «a ogni rapporto di lavoro» e «anche in assenza degli accordi individuali» previsti dagli artt. 18-23 l. n. 81 del 2017? Si ritiene che la prima espressione valga a rendere inefficaci

le clausole dei contratti collettivi applicabili allo specifico rapporto che, come si verifica in numerosi accordi aziendali, possano limitare la fruizione del lavoro agile in ragione di elementi quali l'anzianità di servizio e la tipologia contrattuale in essere. Quanto all'accordo individuale evocato nei decreti presidenziali, esso non corrisponde all'elemento sostanziale del consenso negoziale, bensì identifica un dato formale, ossia il documento redatto per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova (art. 19 l. n. 81 del 2017), cui è demandato il compito di definire soluzioni «tailor made» che riflettano specifici assetti di interesse su determinate questioni attinenti alla gestione del rapporto [SPINELLI, 2018]. Con la conseguenza che, come è stato correttamente rilevato [BINI, 2020], in assenza di tali specificazioni la disciplina applicabile nel regime emergenziale riguardo a questioni quali, ad esempio, l'orario di lavoro, i controlli e il potere direttivo, sarà ricostruibile unicamente alla stregua delle scarse norme legislative. In altri termini, l'effetto dei decreti governativi non è quello di sovvertire i fondamenti concettuali dell'istituto del lavoro agile, ma quello più circoscritto di semplificare e velocizzare sul piano formale l'avvio di tale modalità di esecuzione del rapporto in conformità alle esigenze dettate dalla eccezionale situazione esterna.

La consensualità appare invero un elemento ontologico del lavoro agile, la cui centralità «nevralgica» nell'impianto dell'istituto [CUTTONE, 2017; MARTONE 2018] è tale da farlo assurgere a principio, e in quanto tale ne impone l'osservanza anche ai sensi dei decreti emergenziali. Il consenso del lavoratore, inteso come manifestazione affermativa di volontà, non può infatti essere eluso a fronte della definizione di taluni aspetti pratici concernenti la fase attuativa della prestazione agile, quali l'uso di risorse proprie del lavoratore – ad esempio la connessione telematica, i cui costi sono solitamente imputati al prestatore – e la stessa individuazione del luogo, che spetta univocamente a quest'ultimo, potendo il datore eventualmente, ma non necessariamente, approvare la scelta operata [RICCIO, 2017].

Così interpretata, la complessa normativa emergenziale appare idonea a garantire un equilibrio accettabile tra molteplici finalità: la responsabilizzazione dei cittadini (anche nelle loro vesti di datori e prestatori di lavoro), il mantenimento di margini di scelta in capo al lavoratore riguardo alle

modalità di esecuzione della propria prestazione lavorativa e la necessità di una composizione di interessi, ancorché effettuata in modo pragmatico e condizionata dal preminente interesse generale. In questo senso, tuttavia, appare criticabile la previsione, contenuta all'art. 63 d.l. n. 18 del 2020, di un premio economico da corrispondere ai lavoratori, rapportato al numero di giornate svolte nella propria sede di lavoro nel mese di marzo 2020. Tale disposizione, consentendo di monetizzare l'esposizione al rischio di contagio, introduce infatti un fattore turbativo del delicato equilibrio anzidetto.

#### Riferimenti bibliografici

S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020;

M. CUTTONI, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – Collective Volumes*, n. 6, 2017, 47;

M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, 293;

A. RICCIÒ, *L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – Collective Volumes*, n. 6, 2017, 61;

M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020;

C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018.

## 22.

# L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"

---

### 1. - I permessi aggiuntivi di cui all'art. 24 del decreto «Cura Italia»: coordinate generali.

Nell'ambito delle misure straordinarie per il sostegno delle famiglie e dei lavoratori durante la fase di emergenza epidemiologica da COVID-19, l'art. 24 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ha previsto un significativo incremento dei permessi per l'assistenza ai soggetti disabili, al fine di salvaguardare il valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti.

Segnatamente, il primo comma della disposizione prevede che «il numero di giorni di permesso retribuito coperto da contribuzione figurativa di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, è incrementato di ulteriori complessive dodici giornate usufruibili nei mesi di marzo e aprile 2020». Il secondo comma reca invece una disciplina speciale per il comparto sanità, stabilendo che «il beneficio di cui al comma 1 è riconosciuto al personale sanitario compatibilmente con le esigenze organizzative delle aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale impegnati nell'emergenza COVID-19 e del comparto sanità».

Per inquadrare i profili di maggiore interesse del nuovo beneficio è necessario tracciare sinteticamente le coordinate generali al cui interno esso si inserisce.

Come è noto, l'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992, riconosce ai lavoratori del settore pubblico e privato il diritto di fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera

continuativa, per assistere un familiare affetto da *handicap* in situazione di gravità, così come definita dall'art. 3, comma 3, della medesima legge. Analogo beneficio è attribuito per l'assistenza allo stesso figlio con *handicap* in situazione di gravità ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente.

Accanto alle figure che la legge individua come beneficiarie dei permessi – e cioè il coniuge, nonché i parenti o affini entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con *handicap* in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti – la Corte costituzionale ha aggiunto anche il convivente *more uxorio*, in una prospettiva di parificazione della famiglia naturale alla famiglia di fatto come luogo di assistenza morale e materiale dotato di carattere di stabilità e reciprocità (Corte cost., 23 settembre 2016, n. 213).

Condizione per il riconoscimento del beneficio è che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno presso strutture pubbliche o private che assicurino assistenza sanitaria continuativa, a meno che quest'ultima non versi in stato vegetativo persistente e/o con prognosi infausta a breve termine o debba recarsi fuori dalla struttura per visite ovvero terapie certificate, con apposita documentazione sanitaria che attesti il bisogno di assistenza (cfr. Circolare Inps 6 marzo 2012, n. 32; Messaggio Inps n. 14480 del 28 maggio 2010 – Nota del Ministero del lavoro 20 febbraio 2009, n. 13). Analogamente, la fruizione dei permessi va concessa in caso di ricovero del familiare presso strutture residenziali di tipo sociale, quali case-famiglia, comunità-alloggio o case di riposo, perché queste non forniscono assistenza sanitaria continuativa (Cass. civ., 14 agosto 2019, n. 21416).

Sebbene la l. 4 novembre 2010, n. 183, abbia abolito i requisiti della continuità e della esclusività dell'assistenza originariamente previsti dall'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992 (Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2018, n. 2819; Tar Trento, sez. I, 9 agosto 2018, n. 180), il diritto all'astensione dal lavoro resta saldamente ancorato all'effettivo svolgimento dell'attività assistenziale. Ed infatti, se è vero che per la fruizione del beneficio non occorre una continuità di presenza, rimane nondimeno necessaria la sod-

disfazione dell'esigenza cui è preordinato il diritto, la quale può concretizzarsi anche nell'adempimento di incombenze amministrative o pratiche, purché nell'interesse del familiare assistito. Sulla base di tali argomenti, la Cassazione ha qualificato come «abuso del diritto» l'utilizzo del beneficio per finalità diverse, censurando da ultimo il comportamento di un lavoratore che si era recato dal padre disabile per soli quindici minuti nell'arco dei tre giorni di permesso (Cass. civ., 22 gennaio 2020, n. 1394, secondo cui tale condotta viola i principi di correttezza e buona fede, in quanto priva il datore di lavoro della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno sviamento dell'intervento assistenziale». In senso analogo Cass. civ., 25 marzo 2019, n. 8310).

Questa correlazione è tanto più significativa alla luce dell'ampliamento dei giorni di permesso disposto dall'art. 24 del decreto «Cura Italia», nella duplice prospettiva delle garanzie che lo Stato offre per l'assistenza delle persone più vulnerabili in un contesto di limitazione generale degli spostamenti personali (cfr. i d.P.C.M. 8 e 9 marzo 2020), ma anche del dovere di utilizzo responsabile che esso sollecita quando la sospensione della prestazione lavorativa riguarda coloro che operano nei settori di pubblica utilità e dei servizi essenziali, ovvero in quelli produttivi non sospesi dal d.P.C.M. 22 marzo 2020, specialmente ove rivestano un ruolo strategico nella gestione dell'emergenza.

## **2. - Primi nodi problematici: l'estensione dei permessi aggiuntivi ai lavoratori affetti da handicap grave e la loro possibile duplicazione.**

In linea con la disciplina generale, gli ulteriori giorni di permesso regolati dall'art. 24 d.l. n. 18 del 2020, sono frazionabili in ore e possono essere utilizzati consecutivamente nello stesso mese. Sebbene la disposizione non sia particolarmente chiara, le dodici giornate aggiuntive sono da intendersi come monte complessivo del beneficio per entrambi i mesi di marzo e aprile 2020, durante i quali è pertanto consentita una sospensione dal lavoro della durata totale di diciotto giorni (tre per ciascun mese più dodici spalmabili). Con il messaggio n. 1281 del 20 marzo 2020, l'Inps ha

altresì chiarito che i giorni di permesso di marzo 2020 non scadono il 31 marzo 2020, ma possono essere utilizzati anche ad aprile 2020.

La misura straordinaria introdotta dal decreto «Cura Italia» è destinata ad avere un impatto applicativo assai ampio, considerato che l'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992, costituisce l'infrastruttura normativa a partire dalla quale sono state disciplinate, mediante apposito rinvio legislativo, ulteriori categorie di permessi differenziate quanto ai soggetti tutelati e a quelli beneficiari. Si tratta di una pluralità di strumenti di politica assistenziale il cui denominatore comune è la tutela della salute psico-fisica del disabile quale espressione dello Stato sociale.

Al riguardo vanno menzionati: *a*) l'art. 33, comma 6, l. n. 104 del 1992, che estende i permessi di cui al comma 3 al lavoratore che versi personalmente in condizione di *handicap grave*, il quale può avvalersene in alternativa alle due ore di permesso giornaliero previste dal comma 2; *b*) l'art. 42 d.lgs. n. 151 del 2001 (T.U. maternità-paternità), che attribuisce ai genitori lavoratori, anche adottivi, una serie di benefici per l'assistenza dei figli affetti da *handicap grave*, differenziati in ragione dell'età di questi ultimi, saldandosi con la previsione già contenuta nell'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992.

Nei giorni immediatamente successivi alla pubblicazione del d.l. n. 18 del 2020, l'estensione della durata dei giorni di permesso al di fuori di quanto espressamente previsto dall'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992, è stata messa in dubbio, anche a causa delle informazioni contrastanti fornite dall'Inps (con il messaggio n. 1281 del 2020, cit.) e dall'Ufficio per le politiche in favore delle persone con disabilità istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

In realtà, l'applicazione del beneficio aggiuntivo anche alle altre fattispecie menzionate non ha ragione di essere contestata, essendo una conseguenza naturale dell'intreccio di rinvii che le discipline dettate per i casi particolari e quella introdotta per ragioni straordinarie di necessità e urgenza concentrano sulla regolamentazione di ordine generale. A risolvere la questione è tuttavia intervenuto il Ministero del lavoro, con un'apposita circolare diramata il 24 marzo 2020, nella quale si chiarisce che i dodici giorni di permessi aggiuntivi spettano anche nel caso dell'art. 33, comma

6, l. n. 104 del 1992, ovvero ai lavoratori cui sia stata riconosciuta personalmente una disabilità grave.

La medesima circolare ha altresì precisato che questi ultimi si raddoppiano qualora, sulla base della normativa generale, si abbia diritto a sei giorni di permesso per due familiari: in tal caso, i giorni di permesso retribuito aggiuntivi sarebbero trentasei (6 giorni a marzo + 6 giorni ad aprile + 24 giorni da poter utilizzare fra marzo e aprile). Al riguardo, va rammentato che le ipotesi di cumulo dei permessi ex art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992, possono verificarsi:

a) quando il lavoratore assista due familiari disabili. In questo caso il cumulo è consentito quando la persona da assistere sia *il coniuge o un parente o affine entro il primo grado. Esso è altresì consentito quando il vincolo sia di secondo grado, ma soltanto se i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti (cfr. art. 6, d.lgs. n. 119/2011, che ha novellato in tal senso l'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992);*

b) quando il lavoratore sia personalmente disabile in situazione di *handicap* grave che assista un familiare nelle medesime condizioni. In questo caso il cumulo è stato ammesso dalla Circolare Inps 6 dicembre 2010, n. 13, nella quale, tuttavia, si invitano i dipendenti che intendano fruire dei permessi in maniera cumulativa di limitare la domanda alle situazioni in cui non vi siano altri familiari in grado di prestare assistenza, o non sia possibile soddisfare le esigenze di assistenza nel limite dei tre giorni mensili, considerato l'impatto delle assenze prolungate sull'attività amministrativa.

*Una terza ipotesi, contigua a queste ultime, ma che comunque non determina la duplicazione dei permessi in capo allo stesso soggetto, riguarda il lavoratore che assista un familiare che sia a sua volta lavoratore disabile titolare di tali permessi (in tale evenienza il beneficio può essere riconosciuto al dipendente convivente che intende assistere un congiunto lavoratore in situazione di handicap grave, il quale fruisce dei permessi per se stesso, quando quest'ultimo abbia effettiva necessità di assistenza – verificata dalla commissione medica Inps – e sempre che non vi sia nel nucleo familiare un altro soggetto non lavoratore in grado di prestargli assistenza sia convivente. Cfr. circ. Inps*

Circolare INPS 18 febbraio 1999, n. 37; Messaggio Inps 30 dicembre 2011, n. 24705 e nota del Dip. Funz. Pubbl. del 5 novembre 2012, n. 44274, ove si esclude che i permessi debbano essere fruiti in giornate coincidenti da entrambi i soggetti).

Orbene, la Circolare del Ministero del lavoro del 24 marzo 2020, esplicativa dell'art. 24 d.l. n. 18 del 2020, attribuisce alle fattispecie indicate sub a) e sub b) un effetto moltiplicativo anche dei permessi aggiuntivi straordinari, raddoppiando questi ultimi da dodici a ventiquattro giorni, con interpretazione quantomeno *praeter legem*. Tale opzione, infatti, non trova conforto nel tenore letterale dell'art. 24 d.l. n. 18 del 2020, che qualifica espressamente come «complessive» le dodici giornate di permesso da utilizzare nei mesi di marzo e aprile 2020. In altri termini, è vero che il rinvio effettuato dalla disposizione straordinaria all'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992, si propaga alle altre fattispecie che si agganciano alla disciplina generale, ma l'effetto di tale *decalage* incide soltanto sul campo di applicazione soggettivo dei permessi aggiuntivi e non già sulla loro entità quantitativa, che dovrebbe rimanere quella fissata dalla legge.

### **3. - La disciplina speciale per il personale sanitario: il diritto alla salute alla ricerca di una gerarchia impossibile.**

Al netto delle questioni segnalate, i nodi problematici di maggior interesse si concentrano sul secondo comma dell'art. 24 d.l. n. 18 del 2020, ove è collocata la disciplina speciale per i lavoratori delle professioni sanitarie. A questi ultimi, i permessi aggiuntivi possono essere concessi a condizione che il mancato svolgimento della prestazione lavorativa sia compatibile con le esigenze organizzative del comparto che più di ogni altro è esposto allo *stress test* dell'emergenza e che per tale ragione necessita della presenza costante di medici, infermieri e tecnici di laboratorio, tutti congiuntamente impegnati a garantire i livelli essenziali delle attività di diagnosi, assistenza, cura e riabilitazione dei pazienti che hanno contratto il Coronavirus.

La disposizione in esame muta la configurazione giuridica del beneficio di cui all'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992, limitatamente alle categorie di lavoratori dalla stessa prese in considerazione e ai giorni di permesso che eccedono i tre garantiti in via ordinaria.

Nella specie, l'art. 24, comma 2, del decreto «Cura Italia» replica il modello di contemperamento degli interessi già adottato dall'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, laddove si consente al lavoratore che assista una familiare con *handicap* grave discegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio di quest'ultimo «ove possibile».

Rispetto al modello generale, il beneficio straordinario riservato al personale sanitario perde il carattere potestativo, divenendo un diritto soggettivo condizionato. Da qui una fondamentale differenza sul piano applicativo: mentre i tre giorni di permesso ordinario continueranno a dover essere concessi a semplice richiesta, anche per il personale sanitario, configurandosi in tal caso una posizione di soggezione dell'amministrazione datrice di lavoro rispetto al titolare del beneficio, per quelli aggiuntivi ciascuna Azienda o ente del Servizio sanitario nazionale dovrà effettuare un apposito bilanciamento tra le proprie esigenze organizzative e la situazione personale del richiedente.

Allo stato attuale, diverse Regioni hanno fornito apposite linee di indirizzo con le quali si invitano le direzioni aziendali ad evitare di concedere al personale sanitario gli ulteriori giorni di permesso di cui all'art. 24, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, in considerazione delle condizioni di criticità in cui attualmente versano gli enti del SSN (cfr. ad. es. la direttiva dell'Assessorato Regionale della Salute della regione Siciliana, Dipartimento per la pianificazione strategica, 18 marzo 2020, n. 15497). Appare dunque preferibile che l'accoglimento delle richieste di permessi aggiuntivi formulate dalle categorie di soggetti cui si riferisce la norma sia espressamente motivata, con un ribaltamento dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di diritto al trasferimento del lavoratore per assistere il familiare in condizione di *handicap* grave *ex* art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, in base ai quali l'obbligo di motivazione sorge nel solo caso in cui sussista un impedimento oggettivo che non permetta di soddisfare la richiesta del dipendente (cfr. Cass. civ., 1° marzo 2019, n. 6150; Trib. Parma, sez. lav., 17 febbraio 2020, n. 26; Trib. Bologna sez. lav., 11 giugno 2012, n. 464, ove si precisa che il diniego del trasferimento non può essere subordinato a valutazioni discrezionali o di opportunità dell'amministrazione, dovendosi accordare prevalenza alla tutela della disabilità sulle ragioni di tipo organizzativo).

Il punto è che nel caso regolato dall'art. 24, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, non è possibile discutere di alcun impedimento oggettivo, nel senso che l'autorizzazione a fruire dei permessi aggiuntivi sarà inevitabilmente incentrata su una valutazione discrezionale in ordine alla comparazione tra gli interessi contrapposti. Operazione che appare ancora più delicata in relazione ai beni della vita in gioco e al loro pari rilievo costituzionale: travolto dalla forza delle cose, il diritto alla salute viene catturato da una gerarchia impossibile in cui la solidarietà familiare lotta contro la solidarietà sociale, imponendo una scelta tra l'assistenza agli affetti e quella alla collettività.

Si tratta di un bilanciamento inevitabilmente illusorio, poiché fondato su categorie costituzionali altrettanto contagiate dall'emergenza [Ruggeri, 2020, 368 ss.], davanti al quale è comunque necessario ipotizzare soluzioni e adattamenti che permettano agli operatori di applicare le misure eccezionali secondo criteri univoci. Per gli apparati burocratici è questo l'unico vaccino di cui non si può fare a meno quando il resto del quotidiano è già drammaticamente caotico.

---

184

Al momento, nessuna delle circolari diramate dal Governo e dell'Inps contiene indicazioni sui motivi che autorizzino a concedere la fruizione dei permessi aggiuntivi *ex art. 24* al personale sanitario. In questa sede, pertanto, si può solo formulare qualche suggerimento.

Ferma l'esigenza generale di non privare le strutture ospedaliere di coloro che operano in «prima linea», se non in casi di assoluta e comprovata necessità, un possibile parametro di riferimento potrebbe essere rinvenuto nei «vecchi» requisiti della continuità ed esclusività dell'assistenza, oggi espunti dall'art. 33, comma 3, l. n. 104 del 1992. Questi ultimi potrebbero temporaneamente rivivere per orientare le scelte dei singoli presidi sanitari di fronte ai casi in cui il soggetto richiedente sia l'unico a poter provvedere all'assistenza quotidiana della persona affetta da *handicap grave*. Detta condizione potrebbe essere comprovata attraverso una dichiarazione sostitutiva ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445 del 2000, rilasciata dal lavoratore sotto la propria responsabilità e allegata alla motivazione del provvedimento di concessione del beneficio.

Diversa appare invece la posizione del sanitario che intenda avvalersi dei permessi aggiuntivi in quanto soggetto personalmente portatore di *handi-*

*cap* grave ai sensi dell'art. 33, comma 6, l. n. 104 del 1992. In tale ipotesi, è ragionevole ritenere che la richiesta debba essere accolta e che l'obbligo di motivazione riguardi soltanto la sussistenza di ragioni che ne impongano il diniego. Ed infatti, i permessi disciplinati dall'art. 33, comma 6, l. n. 104 del 1992, hanno natura ontologicamente diversa da quelli di cui all'art. 33, comma 3, essendo le due categorie accomunate unicamente dalla durata complessiva del diritto all'astensione dal lavoro. La differenza tra le due fattispecie è evidente, atteso che l'art. 33, comma 3, tutela la salute di soggetti terzi, mentre i giorni di permesso di cui all'art. 33, comma 6, consentono alla persona che versi personalmente in condizioni di grave *handicap* di auto-tutelare le proprie condizioni di salute, secondo un disegno che mira preservare il lavoratore disabile dall'aggravamento delle menomazioni già esistenti. Di fronte a tale *ratio*, la possibilità – purtroppo statisticamente frequente – che il personale sanitario contragga l'infezione nello svolgimento dell'attività lavorativa, dovrebbe indurre ad accordare prevalenza al diritto alla salute individuale, almeno ogni qual volta le patologie di cui è portatore il lavoratore disabile possano costituire un fattore di aggravamento o di rischio, alla luce delle acquisizioni scientifiche che collegano il tasso di letalità di Covid-19 alla particolare vulnerabilità dei pazienti colpiti. Una lettura, quest'ultima, che può essere avvalorata da quanto previsto dall'art. 26, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, che, fino al 30 aprile 2020, equipara al ricovero ospedaliero i periodi di assenza dal servizio dei «lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n.104, nonché dei lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992»,.

V'è solo da sperare che per tale data l'Italia abbia già iniziato la sua ripresa.

### **Riferimenti bibliografici**

L. CALAFÀ, *Modifiche alla disciplina in materia di permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazione di gravità (sub art. 24, l. 183/10)*, in L. NOGLER-F. MARINELLI, *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino,

2012, 176 ss.; O. BONARDI, *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, 791 ss.; E. VILLA, *Permessi per assistenza a disabili in condizioni di gravità*, in D. GAROFALO-M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, Milano, 2011, 1015 ss.; R. RUBINO, *Chiarimenti in materia di congedi e permessi per i familiari dei portatori di handicap grave*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 553 ss.; G. ZAMPINI, *Conviventi e diritto al permesso mensile retribuito*, in *Lav. giur.*, 2017, 27 ss.; A. GABRIELE, *Riposi, permessi e congedi*, in A. BELLAVISTA-A. GARILLI (a cura di), *Commentario al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Bologna, 2018, 1489 ss.; A. MONTANARI, *Permessi ex legge n. 104/1992 e ricovero in struttura di carattere non sanitario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, II, 195 ss.; V. ALLOCCA, *L'abuso nella fruizione dei permessi retribuiti ex art. 33 l. 104/92 integra una giusta causa di licenziamento*; in *Riv. it. dir. lav.* 2016, II, 747 ss.; M.P. AIMO, *Licenziamento disciplinare per indebita fruizione dei permessi per l'assistenza a familiare disabile*, in *Giur. it.*, 2019, 1871 ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, 368 ss.

## 23.

# Procedure sindacali e CIGD causale “COVID-19”: la commedia degli equivoci

---

Disposizioni di legge (d.l. n. 18 del 2020), decreti ministeriali, circolari, ma anche i primi emendamenti fino ad ora informalmente circolati, si esprimono, purtroppo, in modo alquanto contraddittorio e ciò alimenta un'insidiosa confusione sulla effettiva consistenza degli obblighi sindacali preliminari all'attivazione della CIGD. L'accordo sindacale è necessario oppure no? Serve, comunque, almeno la procedura di consultazione sindacale? E, in caso, come si deve gestire?

Tento uno sforzo di razionalizzazione del quadro regolamentare di riferimento mantenendo fede all'unico dato che, a mio modestissimo avviso, occorre davvero considerare: la legge, che nel nostro caso è una decretazione di urgenza, e i criteri di interpretazione della legge. Circolari e similari sono importanti, ma se contraddicono la legge rischiano di creare più danni che vantaggi.

Procedo schematicamente per punti:

i. Ai sensi del d.l. n. 18 del 2020 (in avanti d.l.) la CIGD può essere concessa dalle Regioni e Province autonome: a) (**art. 22, comma 1, d.l.**) *“previo accordo che può essere concluso anche in via telematica con le OOSS più rappre-*

sentative a livello nazionale per i datori di lavoro); b) (**art. 22, comma 6, d.l.**) senza che trovi applicazione l'art. 19, comma 2, primo periodo, del medesimo DL (ai sensi del quale per la CIGO non trovano applicazione le ordinarie procedure di consultazione sindacale, ma è necessario applicare un obbligo di informazione e consultazione da svolgere in via telematica entro tre giorni dalla comunicazione).

**ii.** L'accordo sindacale richiesto **dall'art. 22, comma 1, d.l.** appena citato, essendo una condizione che il DL pone alle Regioni e Province per concedere il trattamento di integrazione salariale, può anche essere inteso nel senso che si deve trattare di un accordo quadro sottoscritto direttamente dalle Regioni e Province con le OOSS maggiormente rappresentative. Se così fosse, come si può sostenere, vuol dire che il decreto-legge non richiede necessariamente un accordo sindacale sottoscritto dal singolo datore di lavoro che deve attivare la CIGD bensì **un accordo quadro di livello territoriale che definisca, in buona sostanza, per tutti i possibili fruitori nel territorio di riferimento, le regole di impegno dello strumento.**

---

188

**iii.** In generale (al di fuori della emergenza COVID) la CIGD richiede l'accordo in sede aziendale ma lo fa con formulazioni assai diverse da quella che stiamo considerando. Ad es., ai sensi dell'art. 26-ter, comma 2, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. dalla l. 28 marzo 2019, n. 26, «Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono autorizzare, per un periodo massimo di dodici mesi, la proroga delle prestazioni di cassa integrazione guadagni in deroga concesse ai sensi dell'articolo 1, comma 145, della legge 27 dicembre 2017 n. 205, previa acquisizione dell'accordo tra l'azienda e le parti sociali per la proroga delle citate prestazioni, integrato da un apposito piano di politiche attive, sostenuto dalla regione o dalla provincia autonoma, a favore dei lavoratori interessati». **Questa formulazione aiuta certamente a valorizzare la differenza del DL 18/2020 e, quindi, a sostenere con forza la soluzione interpretativa sub. ii).**

**iv.** Le Regioni hanno stipulato tali accordi quadro.

1. Nel Lazio, ad esempio, l'accordo quadro del 24 marzo 2020 **sottoscritto dalla Regione Lazio** prevede che il datore di lavoro debba attivare una procedura di consultazione semplificata che si esaurisce in tre giorni e che la concessione dell'ammortizzatore richiede l'accordo tra datore di lavoro

e OOSS (che peraltro occorre allegare alla domanda). Solo i datori di lavoro con meno di 5 dipendenti, ai sensi di questo accordo quadro, non devono fare un accordo con le OOSS.

2. In **Lombardia**, dove peraltro il riferimento normativo per le integrazioni salariali è anche il d.l. n. 9 del 2020, **l'accordo quadro del 20 marzo 2020** prevede per i datori di lavoro con più di 5 dipendenti la necessità dell'accordo da perfezionare entro 5 giorni dall'avvenuta comunicazione aziendale e l'accordo deve attestare, tra l'altro, l'esistenza di un pregiudizio o della situazione emergenziale. Peraltro, l'incompletezza dell'accordo comporta la sospensione dell'istruttoria per l'acquisizione delle domande di integrazione.

v. La **circolare INPS n. 47 del 2020** si esprime in termini diversi. Testualmente: «in merito agli accordi sindacali previsti dal comma 1 dell'articolo 22 del decreto-legge in esame, si specifica che i datori di lavoro con dimensioni aziendali fino ai 5 dipendenti sono esonerati dall'accordo, mentre per dimensioni aziendali maggiori, la cassa integrazione in deroga sarà autorizzata dalle Regioni e Province autonome previo accordo, raggiunto anche in via telematica, con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro. **Si considera, altresì, esperimento l'accordo di cui all'art. 22, comma 1, con la finalizzazione della procedura di informazione, consultazione ed esame congiunto di cui all'articolo 19, comma 1**».

vi. In sostanza, questa circolare ci dice che l'accordo sindacale non è proprio necessario in quanto può essere sufficiente la finalizzazione della procedura di informazione (anche senza accordo) e richiama a tal riguardo l'applicabilità dell'art. 19, comma 1, d.l., in modo palesemente inappropriato. Ciò in quanto questa disposizione, a ben vedere, non disciplina procedure di informazione e consultazione sindacale (ma, forse, la circolare intendeva richiamare l'art. 19, comma 2).

vii. Ciò premesso, resta un dato di fatto che **la Circolare**, stante la sua natura giuridica di atto interpretativo, **certamente non può modificare la legge**. Ond'è che, allo stato, resta semplicemente da dire che: **a)** le procedure di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 19, comma 2, del d.l. non si applicano alla CIGD (per quanto detto sub i); **b)** l'art. 22, comma 1, d.l., demanda all'accordo sottoscritto tra Regioni e OOSS la

definizione delle modalità di accesso alla CIGD. Ciò anche per quanto riguarda l'eventuale necessità dell'accordo in sede aziendale o, per altro verso, la possibilità di fare l'istanza di accesso alle prestazioni CIGD dopo aver solo esperito la procedura sindacale. Nella Regione Lazio l'accordo contiene quanto esposto sub iii); c) l'accordo quadro potrebbe tranquillamente prevedere che non è necessario né accordo né preventiva procedura di informazione e, proprio in questa prospettiva, si giustifica bene il fatto che alla CIGD non è applicabile l'art. 19, comma 2, primo periodo, d.l.).

**viii.** Ancora più ambigua è la regolamentazione delle modalità di accesso alla CIGD per le imprese plurilocalizzate. Il **d.m. 24 marzo 2020** prevede che per i **datori di lavoro con unità produttive in 5 o più regioni o province autonome** il trattamento di CIGD, ai fini del coordinamento delle relative procedure, è riconosciuto dal Ministero del Lavoro per conto delle regioni interessate con le modalità di cui all'art. 22, comma 1, d.l. Se ne può ricavare, dunque, **che il Ministero del Lavoro, applicando l'art. 22, comma 1 secondo quanto prima esposto, dovrebbe sottoscrivere un accordo quadro con le OOSS per definire le modalità di accesso all'ammortizzatore di questi datori di lavoro.** Nell'attuale quadro normativo, è auspicabile che ciò avvenga subito.

La drammaticità del momento giustifica molto. Ma, per la certezza delle regole che tantissime imprese sono tenute ad applicare, l'auspicio, per davvero, è che possa maturare una maggiore consapevolezza nei lavori in corso sugli emendamenti al d.l. n. 18 del 2020. Le circolari servono a chiarire le modalità applicative di leggi e devono restare sottoposte ad un rigoroso vincolo di coerenza. Pensare che tutto si possa sistemare con una circolare è un rischio che potremmo pagare assai caro più avanti.

## 24. Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni

---

### 1. - L'intervento normativo d'urgenza.

La situazione emergenziale del Paese determinatasi in seguito alla crisi epidemiologica da Covid-19 (c.d. coronavirus) ha indotto il Governo ad emanare disposizioni d'urgenza, a valenza nazionale, con il 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" – c.d. Decreto "Cura Italia" – G.U. 17 marzo 2020, n. 70).

Nelle intenzioni del legislatore, attraverso il ricorso ad ammortizzatori sociali con carisma di specialità, l'intervento dovrebbe garantire, tra l'altro, il sostegno al reddito dei dipendenti di tutti i datori di lavoro coinvolti dalla sospensione o riduzione dell'orario di lavoro derivante da eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica, seppure entro determinati limiti di spesa il cui monitoraggio è demandato all'INPS.

A tale scopo, è stato individuato un catalogo di strumenti riconducibili: *i*) alla cassa integrazione guadagni ordinaria (art. 19 – *in de* CIGO); *ii*) all'assegno ordinario (art. 19); *iii*) alla cassa integrazione guadagni in deroga (art. 22 – *in de* CIGD).

La CIGO e l'assegno ordinario possono essere rispettivamente richiesti anche ove alla data del 23 febbraio 2020 fossero in corso programmi per causali CIGS (*cf.* art. 21 d.lgs. n. 148 del 2015; art. 44 d.l. n. 109 dl 2018) o per assegno di solidarietà (*cf.* art. 31, D.Lgs. n. 148/2015), previa la loro sospensione (*cf.* artt. 20 e 21).

Il d.l. Cura Italia è di poco successivo al d.l. 2 marzo 2020, n. 9, il quale aveva già previsto norme sostanzialmente analoghe (cfr. artt. 13, 14, 15 e 17) per far fronte alle conseguenze del *virus* nei territori delle cc.dd. zone rossa e gialla di cui all'all. 1 al d.P.C.M. 1° marzo 2020 e alle rimanenti aree delle regioni Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto. In assenza di disposizioni di coordinamento tra i due Decreti d'urgenza, per ragioni di carattere sistematico, ad una prima lettura sembrava doversi ritenere che le norme in materia di ammortizzatori recate dal d.l. n. 18 del 2020, a decorrere dal 17 marzo 2020, sostituissero quelle analoghe previste dal d.l. n. 9 del 2020, sulla base del principio del *tempus regit actum*, con la sola eccezione della sopravvivenza, in materia di CIGD, degli artt. 15 e 17 dell'articolo primigenio per espressa previsione dell'art. 22, comma 7, d.l. n. 18 del 2020. Con la circolare n. 47 del 2020, l'INPS ha tuttavia precisato che il trattamento CIGO e di assegno ordinario di cui all'art.19 d.l. n. 18 del 2020, con causale "COVID-19 nazionale", si aggiunge a quello previsto dall'art. 13 d.l. n. 9 del 2020 con causale "Emergenza COVID-19 D.L. 9/2020". I datori di lavoro possono quindi richiedere l'integrazione salariale per 13 settimane con causale "Emergenza COVID-19 D.L. 9/2020" e poi ulteriori 9 settimane, con causale "COVID-19 nazionale". Ove i periodi delle due domande con distinte causali fossero coincidenti, sarebbe necessario che i lavoratori interessati dagli interventi fossero differenti, mentre se i periodi richiesti non si sovrapponevano i dipendenti potrebbero essere gli stessi.

Oltre alla richiamata circolare n. 47 del 2020, l'INPS ha diramato i propri chiarimenti sulle misure previste dagli artt. da 19 a 22 d.l. n. 18 del 2020 con i messaggi n. 1287 del 2020 e n.1321 del 2020.

## 2. - Norme speciali in materia di CIGO e assegno ordinario.

L'art. 19 d.l. n. 18 del 2020 consente l'accesso alla CIGO e all'assegno ordinario con una causale a carattere speciale qualificata "*emergenza COVID-19*", per periodi compresi tra il 23 febbraio e il 31 agosto 2020, nel limite di una durata complessivamente non superiore a 9 settimane. Il riferimento temporale a "*periodi*" (cfr. art. 19, comma 1) ne permetterebbe l'utilizzo frazionato – anche alla luce dei criteri di computo della durata

dettati dall'INPS con la circ. n. 58 del 2009 – in ragione delle sopravvenute esigenze o condizioni determinate dall'emergenza a carattere sanitario, organizzativo o produttivo atteso, non in ultimo, il principio di libertà di organizzazione d'impresa *ex art. 41 Cost.* In tale logica, l'accesso agli ammortizzatori non sembrerebbe preordinato da obblighi etero imposti al soggetto datoriale il quale, fatto salvo l'eventuale onere negoziale (*inde*), non risulterebbe obbligato ad adottare previamente differenti misure quali, ad esempio, il ricorso allo *smart-working* che rimane una modalità di esecuzione della prestazione ove necessaria e proficua.

Le provvidenze possono tuttavia essere richieste unicamente per i dipendenti già in forza al 23 febbraio 2020 a prescindere dalla relativa anzianità di servizio (cfr. art. 19, comma 8, che deroga all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 148 del 2015 – l'INPS, con la circolare n. 47 del 2020 ha tuttavia precisato che nelle ipotesi di trasferimento d'azienda contemplate dall'art. 2112 c.c. e nei casi di assunzioni conseguenti a subentro nel contratto di appalto, si computa anche il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato presso il precedente datore di lavoro, in termini di analogia con la previsione di cui all'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 148 del 2015; per la cassa integrazione guadagni dei lavoratori intermittenti v. INPS, circ. n. 41 del 2006). Le prestazioni possono essere anticipate dai datori di lavoro e successivamente conguagliate con i contributi previdenziali dovuti oppure richieste con pagamento diretto da parte dell'INPS, in deroga alle disposizioni dettate dall'Istituto con la circ. n. 197 del 2015 in merito a criticità finanziarie palesate dall'azienda (cfr. INPS, msg. n. 1287 del 2020).

Sotto il profilo soggettivo, le singole provvidenze potranno essere alternativamente invocate dai datori di lavoro a seconda del proprio inquadramento previdenziale desumibile dal codice statistico contributivo (CSC) e dai codici autorizzazione attribuiti dall'INPS.

In tale logica la CIGO è permessa alle imprese evocate dall'art. 10 d.lgs. n. 148 del 2015, mentre l'assegno ordinario è consentito ai datori di lavoro per i quali sono stati costituiti Fondi bilaterali e Fondi bilaterali alternativi *ex artt. 26 e 27 d.lgs. n. 148 del 2015*, i Fondi di solidarietà bilaterali del Trentino e di Bolzano-Alto Adige *ex art. 40 d.lgs. n. 148 del 2015*, oltre che ai soggetti rientranti nella disciplina del Fondo di integrazione salariale (cfr. art. 29, D.Lgs. n. 148/2015 – *inde* FIS). Per la Cassa integrazione

speciale per operai e impiegati a tempo indeterminato dipendenti da imprese agricole v. INPS circ. n. 47 del 2020.

Ai sensi dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 148 del 2015, il FIS si applica ai datori di lavoro che occupano mediamente più di cinque dipendenti, appartenenti a settori, tipologie e classi dimensionali non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina della CIGO e della CIGS, per i quali non siano stati costituiti i Fondi di solidarietà bilaterali o i Fondi di solidarietà bilaterali alternativi di cui agli artt. 26, 27 e 40 d.lgs. n. 148 del 2015.

Occorre tuttavia osservare che, nell'ambito del FIS, l'assegno ordinario è classicamente previsto unicamente per le aziende che occupano mediamente più di 15 dipendenti nel semestre precedente. In termini derogatori e con carattere di specialità, l'art. 19, comma 5, del Decreto d'urgenza prevede che, ai fini di specie, l'ammortizzatore venga esteso anche ai lavoratori dipendenti presso datori di lavoro iscritti al FIS che occupano mediamente più di 5 dipendenti. Il computo della media dovrà essere effettuato, secondo i principi dell'ordinamento e della prassi ministeriale, considerando anche: i lavoratori a tempo determinato a prescindere dalla durata del contratto, i dirigenti, gli apprendisti, i lavoratori a domicilio, i lavoratori a tempo parziale in proporzione all'orario effettivamente svolto rispetto a quello *full-time*, i lavoratori in regime di telelavoro o in *smart-working*. A contrario, non sono computabili il lavoratore assente, ancorché non retribuito, unicamente nel caso in cui sia sostituito da un altro lavoratore assunto (il quale sarà computato), i lavoratori somministrati e i lavoratori impegnati in lavori socialmente utili o di pubblica utilità assunti a tempo indeterminato.

I requisiti di specialità delle provvidenze previste dall'art. 19 d.l. n. 18 del 2020 – CIGO e l'assegno ordinario – sono altresì corroborati dall'esclusione dell'utilizzo della causale *de qua*:

- 1) dal sindacato di giustificatezza, non essendo soggetta alla verifica dei requisiti di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 148 del 2015 (*cf.* art. 19, comma 2, ultimo periodo);
- 2) dal termine di presentazione delle domande di cui agli artt. 15, comma 2, e 30, comma 2, d.lgs. n. 148 del 2015, che viene ampliato essendo ammesso entro la fine del quarto mese successivo a quello in cui ha avuto

inizio il periodo di sospensione o di riduzione dell'attività lavorativa (cfr. art. 19, comma 2);

3) dai limiti di durata massima complessiva e specifica previsti in seno al d.lgs. n. 148 del 2015 dagli artt. 4, commi 1 e 2, 12, 29, comma 3, 30, comma 1, e 39 (cfr. art. 19, comma 3);

4) dal computo ai fini delle successive richieste attesa la loro neutralizzazione allo scopo (cfr. art. 19, comma 3);

5) dalla contribuzione addizionale di cui agli artt. 5, 29, comma 8, secondo periodo, e 33, comma 2, d.lgs. n. 148 del 2015 (cfr. art. 19, comma 4).

In via ulteriore, per il solo anno 2020, all'assegno ordinario garantito dal FIS non si applica il tetto aziendale posto a fini di equilibrio finanziario *ex* art. 29, comma 4, secondo periodo, D.Lgs. n. 148/2015.

Ai sensi dell'art. 19, comma 6, primo periodo, i Fondi di solidarietà alternativi di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 148 del 2015 per i settori dell'artigianato e della somministrazione «garantiscono l'erogazione dell'assegno ordinario di cui al comma 1 con le medesime modalità» previste dallo stesso articolo. L'imperatività della disposizione e il finanziamento della provvidenza con oneri posti a carico del bilancio dello Stato nel limite di 80 milioni di euro per l'anno 2020, lascia intendere che siano superate le questioni legate all'anzianità di iscrizione dei datori di lavoro o a eventuali irregolarità contributive che, altrimenti, avrebbero negato l'erogazione della prestazione (come ad esempio previsto dalla regolamentazione del FSBA). Lo stesso obbligo dell'erogazione della prestazione è posto, per mano dell'art. 19, comma 7, a carico del Fondi di solidarietà bilaterali del Trentino e dell'Alto Adige, costituiti *ex* art. 40 d.lgs. n. 148 dl 2015 (così anche INPS circ. n. 47 del 2020).

In riferimento ai Fondi di solidarietà *ex* art. 26 d.lgs. n. 148 del 2020, l'INPS con la circ. n. 47 del 2020, ha specificato che la singola domanda di accesso all'assegno ordinario per la causale "COVID-19 nazionale" può essere accolta nei limiti dei tetti aziendali previsti dai propri regolamenti. I datori di lavoro iscritti, non aventi la disponibilità finanziaria per superamento del tetto aziendale, ovvero aventi una disponibilità parziale per l'accesso alla prestazione, in assenza di altri motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, potranno comunque accedere alla suddetta presta-

zione, nei limiti delle risorse finanziarie di cui all'articolo 19, comma 9, d.l. n. 18 del 2020.

Una particolare riflessione merita la procedura sindacale pretesa dall'art. 19, comma 2. Se la prima parte della disposizione, tra l'altro, sembra dispensare i datori di lavoro dagli obblighi negoziali di cui all'art.14 d.lgs. n. 148 del 2015, la seconda ne riepiloga l'onere, imponendo, di fatto, «l'informazione, la consultazione e l'esame congiunto che devono essere svolti anche in via telematica entro i tre giorni successivi a quello della comunicazione preventiva». La costruzione normativa non può non essere criticata da un duplice punto di vista.

In primo luogo, per questioni immediatamente operativo-pratiche, atteso il gravame burocratico enorme che ne deriva in un momento di carattere emergenziale quale quello attuale, funzionalmente illogico per effetto della stessa specialità della causale. Ove l'opzione normativa avesse lo scopo di rendere edotti i sindacati dell'addivenire della situazione, avrebbe potuto trovare applicazione l'art. 14, comma 4, atteso che la causale Covid non può non essere ricondotta ad evento oggettivamente non evitabile (giuridicamente pare possibile evocare la figura del *fatto notorio* che non necessita di un riscontro probatorio).

In secondo luogo, per ragioni di natura tecnico-sistematica, atteso che l'aver sottratto la disciplina del procedimento sindacale ai canoni dettati dall'art. 14 d.lgs. n. 148 del 2015 toglie ogni certezza sotto il profilo procedimentale in merito:

- alla individuazione delle OO.SS. destinatarie della comunicazione inducendo comunque i datori, in mancanza di altre precisazioni, a dover coinvolgere quelli ivi previsti con riferimento alle rappresentanze sindacali aziendali o alla rappresentanza sindacale unitaria, ove esistenti, nonché alle articolazioni territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (riprendendo peraltro, oltre al dettato dell'art. 14 cit. anche il criterio selettivo generale tratteggiato dall'art. 51 d.lgs. n. 81 del 2015);
- alle notizie da fornire nella comunicazione, imponendo di fatto l'indicazione di quelle riferite alle cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, all'entità e alla durata prevedibile e al numero dei lavoratori interessati.

Ne deriva che l'art. 14 d.lgs. n. 148 del 2015 da norma esclusa diventa norma supplente di una disposizione traballante che tradisce, per il richiamato obbligo della comunicazione «preventiva», anche il principio a mente del quale la concessione degli ammortizzatori in argomento decorre dal 23 febbraio 2020 e quindi da una data antecedente a quella di entrata in vigore del d.l. n. 18/2020 (introducendo un'originale ipotesi di comunicazione preventiva a causale già integrata con una sorta di viaggio a ritroso difficilmente apprezzabile nella sua dimensione logica e cronologica).

La questione è stata quantomeno risolta riguardo alle proprie derivazioni amministrative dall'INPS con la circ. n. 47/2020. L'Istituto ha infatti precisato che l'esonero dall'osservanza del richiamato art. 14 elimina anche l'obbligo previsto dal relativo comma 6, a mente del quale «All'atto della presentazione della domanda di concessione di integrazione salariale deve essere data comunicazione dell'esecuzione degli adempimenti (...)» ivi stabiliti. Sulla base di tale presupposto, pertanto, «all'atto della presentazione della domanda di concessione dell'integrazione salariale ordinaria e dell'assegno ordinario, non deve essere data comunicazione all'INPS dell'esecuzione degli adempimenti di cui sopra, e l'Istituto potrà procedere alla adozione del provvedimento autorizzatorio, ove rispettati tutti gli altri requisiti». La procedura sindacale assume quindi una valenza endonegoziale perdendo la funzione di requisito di procedibilità previsto classicamente.

### **3. - Le nuove disposizioni in materia di Cassa integrazione in deroga.**

Per completare il quadro delle tutele soggettive, l'art. 22 d.l. n. 18 del 2020 introduce anche misure di CIGD con risorse ripartite tra le Regioni e le Province autonome secondo uno o più decreti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

La misura, correlata alla causale emergenziale, è prevista per un periodo non superiore a nove settimane a decorrere dal 23 febbraio 2020 e limitatamente ai dipendenti già in forza alla medesima data, beneficiari anche della contribuzione figurativa e dei relativi oneri accessori. La disposizione non contempla il termine finale del periodo di copertura che si

ritiene demandato all'autonomia degli Enti regionali o provinciali coinvolti anche in funzione delle coperture di spesa loro assicurate.

Per i lavoratori del settore agricolo le ore di riduzione o sospensione dell'attività, nei limiti ivi previsti, con intervento della CIGD sono equiparate ad attività di lavoro ai fini del calcolo delle prestazioni di disoccupazione agricola.

Sono soggettivamente destinatari delle misure in deroga, con esclusione dei datori di lavoro domestico, quelli del settore privato – ancorché agricoli, della pesca e del terzo settore ivi compresi gli enti religiosi civilmente riconosciuti – «per i quali non trovino applicazione le tutele previste dalle vigenti disposizioni in materia di sospensione o riduzione di orario, in costanza di rapporto di lavoro» (cfr. art. 22, comma 1).

Il tenore letterale della disposizione porterebbe ad escludere – in quanto non privi in assoluto di tutele – i datori di lavoro attratti alla CIGS in via esclusiva quali, ad esempio, le imprese esercenti attività commerciali, della logistica, le agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici con più di 50 dipendenti di cui all'art. 20, comma 2, d.lgs. n. 148 del 2015.

Atteso che le misure d'urgenza adottate dal legislatore sono improntate a strumenti di carattere temporaneo (CIGO e assegno ordinario) sembrerebbe possibile un'interpretazione volta all'applicazione della norma ai datori di lavoro sprovvisti di tutele concrete ed attuali, includendo anche quelli attratti dalla CIGS. Tale opzione ermeneutica, confermata dall'INPS con la circ. n. 47 del 2020, trova del resto sostegno nella Relazione Tecnica al Decreto secondo la quale la CIGD sarebbe assicurata per «i lavoratori dipendenti non agricoli e agricoli (OTD) non assicurati per CIGO e non tutelati da Fondi di solidarietà categoriali». Peraltro, l'INPS, già con il msg. n. 1287 del 20 marzo 2020, nell'indicare i datori di lavoro esclusi dalla CIGD, ha richiamato unicamente quelli rientranti nel campo di applicazione della CIGO, del FIS o dei Fondi di solidarietà (artt. 26 e 27 D.Lgs. n. 148/2015), senza citare le imprese soggette alla CIGS.

Prima di accedere alla misura di sostegno in deroga, il datore di lavoro dovrà quindi verificare se risulta potenziale beneficiario di tutele di altro genere. Un esempio sul punto può essere avanzato con riferimento ai professionisti.

Costoro, in primo luogo, non sono ancora soggetti alle tutele del “Fondo di solidarietà per il settore delle attività professionali” istituito, *ex art.* 26 d.lgs. n. 148 del 2015 e in seguito all’accordo 3 ottobre 2017, con il d.m. 27 dicembre 2019 in quanto non è ancora stato costituito l’organo di amministrazione. In ragione del numero dei dipendenti essi dovranno quindi verificare se rientrano nel FIS per usufruire dell’assegnamento ordinario. Vi rientreranno ove nel semestre precedente abbiano avuto una media di dipendenti superiori a cinque; ove invece evidenziassero una media di lavoratori pari o inferiore a cinque, rientrerebbero nelle tutele della CIGD. Alla stessa conclusione si perviene per i datori di lavoro assoggettabili al Fondo di solidarietà bilaterale per il personale del settore dei servizi ambientali (*cf.* d.m. 9 agosto 2019, n. 103594).

Prerequisito per la concessione dell’intervento in deroga è comunque la conclusione di un accordo sindacale, anche in via telematica, con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (*cf.* art. 22, comma 1). Nel confermare che la procedura sindacale richiesta dall’art. 22 d.l. Cura Italia è esclusa per i datori di lavoro con organico fino a cinque dipendenti, la circolare n. 47 del 2020 ha ribadito che la provvidenza *de qua* è autorizzata dalle Regioni e Province autonome previo accordo, raggiunto anche in via telematica, con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale per i datori di lavoro. Secondo l’atto di prassi dell’Istituto, tuttavia, «si considera, altresì, esperito l’accordo di cui all’art. 22, comma 1, con la finalizzazione della procedura di informazione, consultazione ed esame congiunto di cui all’articolo 19, comma 1». Tale precisazione, nel richiamare il procedimento sindacale previsto dall’art. 19 (il riferimento al comma 1 è per tutta evidenza un mero *refuso* atteso che il comma qui d’interesse è il secondo), lascerebbe intendere che una volta esaurito il termine di tre giorni ivi previsto, la procedura si intenda esaurita, assolvendosi l’obbligo. Sulla base di tali precisazioni, seppure versate in un atto di prassi, sarebbe auspicabile che fossero allineati anche i singoli accordi regionali già emanati per uniformità procedimentali.

Ai sensi dell’art. 22, comma 4, ai fini della CIGD, alle Regioni e alle Province autonome sono affidati i compiti di ricevere le domande da parte dei datori di lavoro interessati, istruirle in ordine cronologico emettendo,

in caso di ammissione, un apposito decreto da trasmettere all'INPS in modalità telematica entro quarantotto ore dall'adozione, insieme alla lista dei beneficiari.

Per i datori di lavoro con unità produttive *plurilocalizzate*, in quanto collocate in cinque o più Regioni o Province autonome, il d.l. (Lavoro-Economia) 24 marzo 2020, n. 3, ha previsto la concessione della cassa integrazione in deroga mediante decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali (per gli aspetti procedurali v. INPS circ. n. 47 del 2020).

La prestazione è erogata unicamente con pagamento diretto secondo le disposizioni di cui all'art. 44, comma 6-ter, del D.Lgs. n. 148/2015. Il datore di lavoro è quindi obbligato ad inviare all'INPS tutti i dati necessari per il pagamento dell'integrazione salariale entro sei mesi dalla fine del periodo di paga in corso alla scadenza del termine di durata della concessione o dalla data del provvedimento di concessione se successivo. Trascorso inutilmente tale termine, il pagamento della prestazione e gli oneri ad essa connessi restano a carico del datore di lavoro inadempiente.

Le risorse finanziarie relative ai trattamenti di CIGS di cui all'art. 22, comma 1, del D.L. n. 18/2020, destinate alle Province autonome di Trento e di Bolzano, sono trasferite ai rispettivi Fondi di solidarietà bilaterali del Trentino e dell'Alto Adige, costituiti ex art. 40 del D.Lgs. n. 148/2015, tenuti ad autorizzare le relative prestazioni (*cf.* art. 22, comma 5).

#### **4. - L'interruzione delle misure straordinarie a favore della CIGO o dell'assegno ordinario.**

Le misure della CIGO e dell'assegno ordinario, alle condizioni previste dall'art. 19 d.l. n. 18 del 2020, possono essere rispettivamente invocate anche dai datori di lavoro che alla data del 23 febbraio 2020 avevano in corso un trattamento di integrazione salariale straordinario o un assegno di solidarietà secondo la previsione degli artt. 20, comma 1, e 21, comma 1. La concessione delle misure ordinarie è condizionata alla sospensione di quelle straordinarie che andrebbero a sostituire.

Entrambe le disposizioni prevedono che le integrazioni ordinarie possono riguardare anche i medesimi lavoratori beneficiari delle integrazioni sala-

riali straordinarie (CIGS e assegno di solidarietà) a totale copertura dell'orario di lavoro. *Ictu oculi*, atteso l'obbligo sospensivo delle misure straordinarie, il dettato normativo sembrerebbe voler significare che gli stessi lavoratori in precedenza assoggettati ad una riduzione dell'orario, con l'intervento della CIGO o dell'assegno straordinario, potrebbero anche essere integralmente sospesi. Tale interpretazione, se non trova controindicazioni nell'ambito dell'art. 20, sembra invece cozzare con la previsione dell'art. 21, comma 2, che ammetterebbe la coesistenza tra l'assegno ordinario e l'assegno di solidarietà, smentendo così l'obbligo sospensivo a cui dovrebbe essere sottoposta l'erogazione dell'assegno di solidarietà.

Dal dato letterale non risulta peraltro chiaro se l'effetto sospensivo delle misure straordinarie ne permetta la riattivazione al termine dell'utilizzo della CIGO o dell'assegno ordinario: aspetto non di poco conto atteso che, ove la ripresa del pregresso ammortizzatore fosse negata, ne pregiudicherebbe gli stessi fini perseguiti. Una risposta favorevole si riscontra tuttavia nelle precisazioni rese dall'INPS con la circ. n. 47 del 2020 che ha istituito ai fini di specie la causale "*COVID-19 nazionale – sospensione CIGS*".

Secondo l'Istituto la CIGO sospende e sostituisce il trattamento CIGS in corso ma la sua concessione è subordinata alla stessa sospensione della cassa integrazione straordinaria in essere, precedentemente autorizzata, da richiedere con specifica istanza da avanzare al Ministero del Lavoro e delle politiche sociali mediante il canale di comunicazione attivo nella piattaforma *CIGS-online* (per gli aspetti procedurali v. INPS, circ. n. 47 del 2020).

L'apposita Direzione generale adatterà un unico decreto direttoriale che, senza soluzione di continuità, dispone: i) la sospensione del trattamento CIGS in corso indicandone la data di decorrenza, corrispondente al numero di settimane di CIGO che l'azienda ha chiesto con causale "*COVID-19 nazionale-sospensione CIGS*"; ii) la riassunzione del provvedimento CIGS sospeso con la nuova data finale.

L'art. 20, comma 4, d.l. n. 18 del 2020 ha precisato che, in considerazione della limitata operatività conseguente alle misure di contenimento per l'emergenza sanitaria, in via transitoria all'espletamento dell'esame congiunto e alla presentazione delle relative istanze per l'accesso ai trattamenti straordinari di integrazione salariale non si applicano gli articoli 24

e 25 del D.Lgs. n. 148/2020, limitatamente ai termini procedurali. Tale opzione normativa sembrerebbe comunque di non escludere l'accordo – o comunque la procedura – sindacale ai fini di specie.

Le disposizioni del d.l. n. 18 del 2020, come del resto tutte quelle connesse alla materia di ammortizzatori sociali, tacciono in relazione all'annosa questione dell'utilizzo obbligatorio (o meno) delle ferie pregresse prima del ricorso alle misure di sostegno al reddito in costanza di lavoro.

La valutazione è stata generalmente affidata alla prassi. Recentemente l'INPS con il msg. n. 3777 del 2019, a completamento di quanto già evidenziato con circ. n. 139 del 2016 – parte seconda, punto 6 – ha chiarito che, in caso di lavoratori posti in CIGO, sia ad orario ridotto che a zero ore, l'eventuale presenza di ferie pregresse non sia ostativa all'eventuale accoglimento dell'istanza.

L'opzione interpretativa dell'Istituto sarebbe basata sul presupposto secondo cui la disciplina contrattuale delle ferie sarebbe regolata da norme privatistiche attinenti ai rapporti tra datore di lavoro e lavoratori, che esulano dalle valutazioni di competenza del medesimo Ente, volte alla verifica dell'effettiva sussistenza della causale per la quale è richiesto l'intervento dell'ammortizzatore.

Si registrano tuttavia indicazioni giurisprudenziali secondo cui il datore dovrebbe utilizzare tutti gli strumenti organizzativi e contrattuali a sua disposizione potendo ricorrere alla CIG solo quando essi non fossero sufficienti (*cf.* Cons. di Stato n. 3987 del 2017). Sotto un diverso profilo, per la CIGD il preventivo smaltimento delle ferie arretrate sarebbe preteso dal d.i. n. 83473 del 2014 al quale ha fatto eco l'INPS con la circ. n. 107/2015. La disposizione amministrativa, tuttavia, potrebbe ritenersi superata (oltre che dalla logica del provvedimento non sempre decisiva nelle italiane questioni) dal recente msg. n. 3777 del 2019 confermato peraltro dall'Istituto con la circ. n. 47 del 2020. Del resto, le misure in deroga a cui faceva riferimento la fonte secondaria richiamata assumevano una finalità diversa da quelle in esame, previste per un auspicabile ambito temporale di breve periodo e funzionali a fronteggiare la contingente emergenza.

Tenuto conto della situazione in essere, ove possibile, una buona pratica – al fine di contemperare le esigenze aziendali e quelle di mantenimento del salario oltre che fornire ai terzi elementi di valutazione ulteriore – po-

trebbe essere quella di affidare la questione dell'utilizzo delle ferie in termini preventivi ad un atto negoziale.

Il differimento dell'utilizzo degli ammortizzatori sociali alla preventiva "escussione" delle ferie, tuttavia, potrebbe rischiare di svuotare la misura qualora nel frattempo, mentre il lavoratore gode delle ferie (retribuite come d'uopo), giungessero ad esaurimento le provviste finanziarie "di copertura", così che il datore di lavoro, oltre al danno riflesso dall'imperversare del Covid-19, subirebbe la beffa di un supporto economico rivelatosi quale mero miraggio. Sarebbe davvero troppo (o troppo poco).

#### **Riferimenti bibliografici**

M. Gaetani-M. Marrucci, *Il sistema degli ammortizzatori sociali dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè, 2017.

C.A. NICOLINI (a cura di), *Gli ammortizzatori sociali riformati*, Milano, Giuffrè, 2018.



## **VI**

# **OBBLIGAZIONI E CONTRATTI**



## 25.

# Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”

---

Mi ricollegherei al più che condivisibile editoriale di Fabrizio Di Marzio, appena apparso nella rivista con il titolo *Comunità. Affrontiamola nostra prova*, ove si affronta il tema del rapporto tra individuo e comunità, in un frangente così particolare e angosciante, che suscita molteplici interrogativi sul piano etico e giuridico, nel momento in cui al singolo vengono richiesti sacrifici ‘eccezionali’ (*in primis*, con la forte limitazione della sua libertà di circolazione) in funzione dell’interesse collettivo. Un interesse, quello della vita in comunità, che non soltanto, in linea di principio, è riconosciuto come preminente dall’ordinamento, ma in una comunità che possa dirsi davvero tale dovrebbe realizzarsi attraverso condotte spontanee.

La densa riflessione appena ricordata offre lo spunto per domandarsi se anche il diritto privato, e in particolare il diritto dei contratti – nonché la limitrofa disciplina generale delle obbligazioni e, in particolare, la disciplina della responsabilità del debitore *ex art. 1218 c.c.* – possa atteggiarsi in termini diversi dal modo in cui è stato concepito e ordinato grazie all’elaborazione plurisecolare dei giuristi (nella tradizione giuridica di *civil law* confluita in quei pilastri della legislazione nazionale che sono le codifica-

zioni civili). Ma anche dal modo in cui solitamente opera, con un'apparente impermeabilità ovvero insensibilità alle vicende contingenti, potenzialmente idonee a incidere, in modo pesante, come nel frangente che stiamo attraversando, sulla vita degli individui e della comunità in termini socio-economici; e ciò in ragione del suo estremo tecnicismo estremo e dell'astrazione concettuale di regole e principi che ne costituiscono l'ossatura tradizionale.

In concreto, appare purtroppo assai verosimile – e molti, nel serrato dibattito svoltosi attraverso i *mass media*, lo hanno già più volte ribadito – che, alla fine dell'incubo da contagio e della conseguente emergenza sanitaria, le conseguenze economiche per i singoli (e per la collettività, evidentemente) saranno pesantissime (sul tema, si veda l'Editoriale di Massimo Rubino de Ritis, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*). Se si considera che, in molti casi, il pregiudizio economico potrà aver luogo nell'ambito di un rapporto negoziale o, comunque, di natura obbligatoria, è legittimo domandarsi se il nostro ordinamento sia in condizione di produrre – per mutuare la terminologia più espressiva dal gergo medico e immunologico, entrato oramai nelle diverse fonti d'informazione e comunicazione – gli 'anticorpi' capaci di impedire che, al disastro dapprima sanitario e sociale, poi (macro- e micro-) economico, si aggiunga anche un'aspra e complessa contesa giudiziaria imperniata sulla disciplina delle sopravvenienze. Una normativa, com'è noto, nel nostro ordinamento affidata alle regole in materia di impossibilità (sopravvenuta) ed eccessiva onerosità, con la prima operante in primo luogo quale causa di estinzione delle obbligazioni, per poi diventare una delle cause di risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive, come è il caso della seconda (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).

Orbene, 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, senza dimenticare tuttavia che il 'sistema' del diritto dei contratti non vive soltanto di regole generali (storicamente, si sa bene, elaborate con riferimento al contratto di scambio istantaneo, che trova nella compravendita il suo archetipo di riferimento,

su cui sono state appunto modellate le disposizioni della disciplina sul contratto “in generale”). L’interprete può infatti avvalersi delle discipline dei “singoli contratti”, nonché delle normative “settoriali”, spesso di matrice europea e dunque, in linea di principio almeno, caratterizzate da un più alto grado di ‘funzionalismo’, a vantaggio di soluzioni più pragmaticamente orientate alla tutela degli interessi effettivamente in gioco tra le parti, anche alla luce delle condizioni delle parti (l’ampia e collaudata disciplina a tutela del soggetto debole, *in primis* il consumatore, è emblematicamente espressiva di tale tendenza).

Dalla considerazione più ampia del ‘sistema’ del diritto contrattuale, caratterizzato s’è detto anche dalle norme “speciali”, i precetti e le *rationes* delle quali non possono lasciare indifferente l’interprete, un’autorevole dottrina fortemente impegnata nella trattatistica in materia contrattuale – può essere sufficiente ricordare i nomi di Rodolfo Sacco ed Enzo Roppo, con i rispettivi volumi sul contratto in generale – ha in tempi non sospetti avallato l’idea (avanzata in studi, in un certo senso pionieristici, della metà degli anni Novanta), secondo la quale (in alternativa alla e) prima di giungere alla risoluzione del contratto dovuta agli effetti pregiudizievoli delle sopravvenienze l’ordinamento favorirebbe le soluzioni ‘manutentive’ (secondo l’espressione di Roppo) ossia conservative del vincolo, mediante un adeguamento del regolamento contrattuale, rivelatosi non più ragionevolmente attuabile secondo le pattuizioni originarie, che nasca dalla rinegoziazione tra le parti (quale soluzione evidentemente auspicabile) ovvero, in subordine, dalla pronuncia del giudice, cui rimarrebbe pur sempre la facoltà di valutare se la ‘correzione’ o ‘modificazione’ del regolamento sia in concreto praticabile o se non si debba, inesorabilmente, giungere alla risoluzione.

Va da sé che la decisione del giudice, nel momento in cui questi opti per la conservazione del vincolo a condizioni mutate sulla base delle circostanze che hanno determinato lo squilibrio economico insostenibile, dovrebbe fare i conti con l’uso accorto delle clausole generali (in particolare, la correttezza e la buona fede nell’esecuzione del contratto e nel rapporto obbligatorio) e con la valutazione in termini equitativi dei risultati (ciò che, del resto, farebbe nel caso in cui dovesse applicare l’art. 1467, comma 3,

c.c., con la domanda della parte contro cui la risoluzione è richiesta della *reductio ad aequitatem* delle condizioni del contratto).

Un'ampia e duratura elaborazione dottrinale ha segnato le tappe di un percorso, negli ultimi vent'anni o poco più, i cui esiti sembrano oggi fatti propri dal legislatore, sia pure in sede ancora di disegno di legge delega – recante appunto la «delega al Governo per la revisione del codice civile» (DDL Senato 1151) –, ove è previsto il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti».

La drammatica emergenza del momento induce a ritenere che difficilmente la «revisione del codice civile» possa realizzarsi in tempi brevi, mentre è sin troppo facile profezia quella relativa a interventi urgenti *ad hoc*, da parte del Governo, per cercare di venire incontro ai cittadini sui numerosissimi fronti aperti, come del resto dimostra il recentissimo «decreto-legge recante misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico alle famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ivi figurano, scorrendo un «testo provvisorio» del decreto, norme sul «rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura» (art. 88, che richiama la disposizione in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, di cui all'art. 1463 c.c.) e «disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici» (art. 91, con una disposizione, integrativa del precedente d.l. 23 febbraio 2020, conv. nella l. n. 13 del 2020, che demanda al giudice di valutare «il rispetto delle misure di contenimento... ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»). L'emergenza di questi giorni, che rende giustificabili anche le improprietà espressive, permette di sorvolare sulla formulazione delle disposizioni, che tuttavia provano in modo sufficientemente chiaro l'incolmabile di-

stanza, in termini qualitativi, tra la regola di natura occasionale (nonché di valenza temporanea e, secondo l’auspicio di tutti, più breve possibile) e una ridefinizione della disciplina generale del contratto – in ipotesi, anche quella piuttosto embrionale e sommaria prevista nel ricordato d.d.l. dello scorso anno – che, in relazione alle sopravvenienze, spostati con decisione il baricentro della soluzione delle controversie dall’opzione estintiva del vincolo (con la risoluzione del contratto, così come risulta oggi dalla disciplina del codice civile, con riferimento tanto all’impossibilità sopravvenuta, quanto all’eccessiva onerosità) al rimedio ‘correttivo’, ossia finalizzato all’adeguamento del regolamento contrattuale, mediante l’accordo delle parti, indotto dalla previsione del diritto (e del correlativo obbligo) di rinegoziare ovvero, nel caso di insuccesso della rinegoziazione, la pronuncia del giudice.

È appena il caso di ricordare, pur nell’estrema sinteticità di queste considerazioni a caldo, che la riforma del diritto dei contratti nel codice civile recentemente avvenuta in altri ordinamenti ha recepito l’esigenza dell’ordinamento di prevedere meccanismi di adeguamento dei contratti – evidentemente, nel caso di rapporti prolungati nel tempo – anche mediante l’obbligo dei contraenti di rinegoziare su richiesta della controparte (si veda il nuovo art. 1195 *Code civil* francese, ove si dispone che la parte onerata “*peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant*”), così da operare secondo buona fede e non incorrere in condotte opportunistiche, ossia di esercizio abusivo del diritto (è il caso della norma del nuovo codice argentino che si esprime in termini di: «*oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*»). Non vi sono ragioni per ritenere che quanto avvenuto in Francia e in Argentina non possa accadere anche da noi, magari avvalendosi delle dette esperienze per migliorare il prodotto.

Indipendentemente da quanto farà, o potrebbe fare il legislatore, per rispondere alle esigenze di contraenti in difficoltà – nondimeno, lealmente pronti a ‘rivedere’ le condizioni e i termini contrattuali, affinché l’assetto dei rapporti risulti “equo”, rispetto alle circostanze che in modo “straordinario e imprevedibile” hanno prodotto uno squilibrio che renda economicamente insostenibili le prestazioni pattuite – occorre poi che la giurisprudenza sia pronta e disposta a confrontarsi con questi nuovi scenari,

una volta acclarato che gli strumenti a disposizione del giudice non sono più soltanto le disposizioni di un diritto dei contratti tradizionalmente impostato secondo l'interesse del contraente, individualmente inteso e vincolato senza condizioni dal principio espresso nel noto (ma assai generico) brocardo *pacta sunt servanda*.

Dalle clausole generali, a cominciare evidentemente, da quella di correttezza e buona fede (di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.), sino ai principi costituzionali, ove campeggia la solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, al giudice si offrono mezzi da utilizzare con molta cautela e impegno (l'esperienza tedesca, in questo senso, potrebbe rivelarsi di grande insegnamento, se si considera che il 'diritto delle sopravvenienze', in vario modo espresso mediante concetti giuridici di nuovo conio, dalla "presupposizione" al "venir meno del fondamento negoziale", è stato edificato dalla giurisprudenza, facendo tesoro, naturalmente, delle ricostruzioni dottrinali incentrate proprio sulla norma generale della buona fede nella prestazione oggetto dell'obbligazione). Tanto le prime, quanto i secondi costituiscono una risorsa straordinaria a disposizione delle corti, per fare in modo che, prendendo lo spunto da una situazione destinata a rimanere tristemente nella memoria come vicenda inattesa ed eccezionale (si spera da parte di tutti, anche di brevissima durata), il diritto vivente, al pari del legislatore (se e quando si deciderà di porre mano alla ipotizzata riforma), dia il suo contributo alla costruzione di un diritto dei contratti più solidale e, in qualche modo, più rispondente all'idea di democrazia oggi maggiormente condivisa.

Come si sottolinea nella riflessione sulla "comunità" in apertura menzionata, che ha offerto lo spunto per questa sorta di glossa o appendice alla stessa, è solo lo sforzo congiunto di tutti – in questo caso, degli operatori del diritto e più in generale, dei 'formanti' dell'ordinamento: il legislatore, la giurisprudenza e gli studiosi – che potrà rendere possibile un'evoluzione solidale del sistema in termini di effettività.

## 26. Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19

---

### 1. - Premessa.

L'emergenza sanitaria che sta vivendo l'Italia (e il mondo intero) ha indotto il Governo a varare una serie di misure di carattere straordinario e urgente, con immediate ricadute sui rapporti privati e su quelli delle imprese (pubbliche e private).

In particolare, le misure volte al contenimento del contagio hanno imposto vincoli, molto rigidi, alla libera circolazione delle persone e hanno determinato, in via graduale ma ormai in modo pressoché totale (salvo che per i beni e i servizi essenziali), la chiusura di tutte le attività commerciali. Anche per il settore industriale, dove inizialmente si è assistito a una chiusura graduale (e su base volontaria) di diversi stabilimenti, soprattutto nel nord Italia, il Governo ha disposto, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 22 marzo 2020 e per un periodo di tempo determinato, il fermo produttivo per tutte le attività, salvo che per quelle definite strettamente necessarie e strategiche, indicate in un elenco *ad hoc* allegato al provvedimento.

È inevitabile che tutto ciò abbia delle ricadute immediate sulla sorte dei contratti in corso e sulla regolare esecuzione del rapporto, rendendo impossibile o parzialmente diversa (rispetto all'assetto di interessi programmato – *ab initio* – dalle parti) l'attuazione del vincolo negoziale.

Occorre quindi interrogarsi sulle conseguenze che tali sopravvenienze hanno sulla responsabilità dei contraenti e sull'assetto negoziale programmato dalle parti.

## 2. - L'emergenza epidemiologica da COVID-19 come causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti a prestazioni corrispettive.

Il punto fermo da cui muovere è che gli eventi in esame sono riconducibili a una causa di forza maggiore, che, per definizione, rappresenta una causa di non imputabilità dell'inadempimento. I provvedimenti legislativi dettati da interessi generali e di ordine pubblico, che rendano impossibile la prestazione indipendentemente dal comportamento dell'obbligato – come quelli di recente emanazione –, costituiscono infatti un'esimente della responsabilità del debitore e, dunque, un'ipotesi di forza maggiore (c.d. *factum principis*).

La giurisprudenza ha individuato i requisiti dei provvedimenti ai fini dell'applicazione del rimedio dell'impossibilità sopravvenuta. È richiesto che: (i) essi siano estranei alla volontà dell'obbligato <sup>1</sup>; (ii) non siano ragionevolmente prevedibili, secondo la ordinaria diligenza, all'atto dell'assunzione dell'obbligazione <sup>2</sup> e (iii) il debitore abbia sperimentato tutte le ragionevoli possibilità per adempiere regolarmente <sup>3</sup>.

A tale ultimo riguardo, è stato efficacemente osservato che il requisito costitutivo dell'impossibilità ad adempiere – con conseguente applicabilità dell'art. 1256 c.c. – ricorre tutte le volte in cui gli sforzi che il debitore è tenuto a compiere siano tali da mettere in pericolo la propria persona ovvero interessi ritenuti preminenti come la vita, la salute, la moralità, o ancora tali da sfociare nella commissione di un illecito <sup>4</sup>.

In questi casi, perciò, la prestazione del debitore diventa inesigibile e lo stesso debitore non è tenuto al risarcimento del danno – e al pagamento di eventuali penali, che presuppongono la colpa del debitore <sup>5</sup> –, salvo che l'impossibilità sia sopravvenuta durante la sua mora (*ex* art. 1221 c.c.).

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass., 19 ottobre 2007, n. 21973.

<sup>2</sup> Cfr. Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059.

<sup>3</sup> Cfr. Cass., 8 giugno 2018, n. 14915; Cass., 10 giugno 2016, n. 11914.

<sup>4</sup> In questi termini e per un'ampia rassegna di giurisprudenza e dottrina, cfr. C. MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2008.

<sup>5</sup> È pacifico che «comotato essenziale della clausola penale è la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e, pertanto, essa non è configurabile allorché la relativa pattuizione sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile all'obbligato, costituendo, in tale ultima ipotesi, una condizione o clausola atipica che

È evidente che l'impossibilità che estingue l'obbligazione è da intendersi in senso assoluto e obiettivo e consiste nella sopravvenienza di una causa non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l'adempimento; il che – alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit* – può verificarsi solo quando la prestazione ha per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato e non già quando si tratta di una somma di denaro <sup>6</sup>.

Nella fattispecie in esame, ogni dubbio sulla applicabilità dei principi generali sulla responsabilità del debitore per l'inadempimento o il ritardo (con esclusione, in base ai principi sopra richiamati, dell'operatività delle clausole penali) sembrerebbe risolto dall'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che così dispone «All'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"».

Sebbene tale disposizione sia dettata solo per i contratti pubblici, l'*eadem ratio* imporrebbe di estendere il principio a tutti i contratti, indipendentemente dall'oggetto e dalla natura dei contraenti.

Con specifico riferimento all'istituto dell'impossibilità sopravvenuta (che, ricordiamo, costituisce una delle esimenti per l'imputabilità dell'inadempimento, giusta il richiamo dell'art. 1218 c.c.), vengono in rilievo due previsioni: l'art. 88 d.l. n. 18 del 2020, che richiama espressamente l'istituto della impossibilità sopravvenuta della prestazione per talune categorie di contratti (contratti di soggiorno e contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura) e l'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n.

---

può essere introdotta dall'autonomia contrattuale delle parti, ma resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale» (in applicazione del principio, la Suprema Corte ha escluso che fosse qualificabile come clausola penale la previsione, inserita in un contratto di *leasing* concernente una autovettura, con la quale al concedente era riconosciuto il diritto a un indennizzo nel caso di furto o perdita del veicolo: cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2019, n. 13956; negli stessi termini, Trib. Napoli, sez. IX, 2 ottobre 2019, n. 8673).

<sup>6</sup> Cfr. Cass. n. 2691 del 1987, in *Foro it.*, 1989, I, 1209, con nota di VALCAVI.

9, ai sensi del quale ricorre la sopravvenuta impossibilità *ex art. 1463 c.c.* «in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo nelle acque interne o terrestre», stipulati da soggetti che si trovino in determinate condizioni connesse alla situazione emergenziale epidemiologica.

Al riguardo, ricordando che la natura dell'impossibilità ad adempiere può essere di due tipi (definitiva o temporanea), va considerato che, se è vero che i provvedimenti legislativi in esame non sono *sine die*, ma a tempo determinato, trattandosi appunto di una legislazione di emergenza, con ogni riflesso sul carattere temporaneo della impossibilità, proprio le disposizioni poc'anzi menzionate, probabilmente per eliminare ogni tipo di conflitto, stabiliscono espressamente che per alcune categorie di contratti «ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione» e richiamano l'art. 1463 c.c., con la conseguenza che il contratto va considerato risolto. Fatta eccezione per questi casi, in tutte le altre ipotesi l'impossibilità dovrebbe dunque ritenersi come temporanea, con la conseguenza che il contratto è sospeso (si parla al riguardo di *perpetuatio obligationis*) e, una volta rimossa la causa di impossibilità della prestazione, il debitore è tenuto ad adempiere, salvo il disposto del secondo comma dell'art. 1256 c.c.

Tale disposizione introduce un correttivo, che tiene conto, nell'interesse di entrambi i contraenti, della durata della sospensione del rapporto. Se, infatti, l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla, l'obbligazione si estingue e il contratto si risolve. Il tutto da valutarsi con criteri di oggettiva ragionevolezza, in relazione al contenuto e alle circostanze concrete del contratto e fermo restando l'obbligo del debitore di dare tempestiva comunicazione al creditore che l'impossibilità della prestazione ha carattere definitivo.

Il concetto di causa, intesa come funzione economico-individuale del rapporto, può aiutare di volta in volta l'interprete a valutare se il rifiuto del debitore di adempiere (una volta rimossa la causa di impossibilità) o, correlativamente, il rifiuto del creditore di accettare la prestazione siano giustificati.

In tal senso, giova richiamare due pronunce della Suprema Corte <sup>7</sup>. In entrambi i casi, viene enunciato il principio secondo cui, «alla stregua del concetto di “causa negoziale concreta”, va allora affermato che non soltanto la totale impossibilità sopravvenuta della prestazione (*id est*, della sua esecuzione, tale da costituire un impedimento assoluto ed oggettivo a carattere definitivo) integra una fattispecie di automatica estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto che ne costituisce la fonte ai sensi dell'art. 1463 c.c., e art. 1256 c.c., comma 1, in ragione del venir meno della relazione di interdipendenza funzionale in cui la medesima si trova con la prestazione della controparte (Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037; Cass., 9 novembre 1994, n. 9304; Cass., 24 aprile 1982, n. 548; Cass., 14 ottobre 1970, n. 2018), ma che lo stesso effetto consegue altresì alla impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore».

Tale principio è stato applicato nei seguenti casi:

1) in materia di pacchetti turistici “tutto compreso” <sup>8</sup>, ove si è ritenuto che la prestazione turistica sia inidonea a soddisfare l'interesse creditorio causalmente rilevante, rispettivamente laddove il manifestarsi di un'improvvisa e grave patologia, quale circostanza imprevedibile e sopravvenuta, abbia impedito agli acquirenti di fruire del pacchetto turistico e allorché la diffusione di un'epidemia, presso la località turistica di destinazione, abbia compromesso lo scopo pratico del contratto (c.d. “finalità turistica”);

2) nell'ipotesi di una rappresentazione lirica interrotta definitivamente al termine del primo atto per avverse condizioni atmosferiche, l'interruzione è stata considerata come causa di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, atteso che la rappresentazione lirica è «un *unicum* di portata artistica [...] non scindibile» ai fini della utilità che ne trae lo spettatore (*i.e.* il creditore) <sup>9</sup>;

---

<sup>7</sup> Si tratta di Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921 ss., con nota di ROLLI, e ne *I Contratti*, 2008, 786 ss., con nota di BARBIERA; e di Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, edita (con la precedente) in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 531 ss., con nota di NARDI. Per una accurata analisi dei rapporti tra causa concreta e impossibilità della prestazione, cfr. E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa* n. 1/2009, p. 151.

<sup>8</sup> Cfr. Cass., 10 luglio 2018, n. 18047, in banca dati *Dejure*, nonché la già citata Cass. n. 16315 del 2017.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., 29 marzo 2019, n. 8766, in banca dati *Dejure*.

3) infine, in un caso di appalto <sup>10</sup>, si è affermato che la possibilità di eseguire l'opera commissionata era stata impedita dall'esistenza di un vincolo archeologico sull'area interessata dai lavori di costruzione di alloggi, conosciuto dal committente solo attraverso la concessione edilizia rilasciatagli dal comune, per effetto del quale la Soprintendenza aveva ordinato la sospensione dei lavori, disponendo, altresì, per la loro ripresa, prescrizioni tali che, se osservate, avrebbero determinato un rilevante aumento dei costi e la cospicua riduzione degli alloggi originariamente previsti.

Minimo comune denominatore di tutti i casi qui richiamati è il fatto che il venir meno dell'interesse del creditore a ricevere la prestazione è connesso alla causa concreta del contratto, non più in grado di realizzare la sua funzione economico-individuale in ragione del tempo resosi necessario per rimuovere la causa di impossibilità temporanea.

Il principio di diritto enunciato in modo nitido dalla Suprema Corte, in definitiva, è il seguente: «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., c.c.» <sup>11</sup>.

Per completezza, va ricordato che l'eccessiva onerosità si distingue dall'impossibilità sopravvenuta: mentre la prima delinea un concetto di natura quantitativa, la seconda attiene a un fenomeno di natura qualitativa <sup>12</sup>. Pertanto, pur disciplinando entrambi i rimedi le sopravvenienze in grado di alterare il sinallagma contrattuale, differente è il rispettivo ambito di applicazione, come peraltro affermato dalla Suprema Corte, secondo cui «l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (diversamente dalla... impossibilità sopravvenuta della prestazione, quale rimedio all'alterazione del cd. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta) non incide sulla causa del contratto, non impedendo l'attuazione dell'interesse con esso

---

<sup>10</sup> Cfr. Cass., 2 ottobre 2014, n. 20811, in banca dati *Dejure*.

<sup>11</sup> Cfr. Cass., sez. II, 27 febbraio 2017, n. 4939, in *Dir. e giust.*, 28 febbraio 2017.

<sup>12</sup> Cfr. O. CAGNASSO, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione: I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1991, 4; in questi termini, cfr. altresì A. De Mauro, in *Commentario Schlesinger, Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea*, sub art. 1256, Milano, 2011, p. 85 e s.

concretamente perseguito, ma trova diversamente fondamento nell'esigenza di contenere entro limiti di normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, salvaguardando cioè la parte dal rischio di un relativo eccezionale aggravamento economico derivante da gravi cause di turbamento dei rapporti socio-economici”<sup>13</sup>.

Ne discende che, per “la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione deve essere determinata dal verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili. Il carattere della straordinarietà è di natura obiettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi (come la frequenza, le dimensioni, l'intensità, ecc.) suscettibili di misurazione, tali pertanto da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quantomeno di ordine statistico (v. Cass., 19 ottobre 2006, n. 22396; Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661; Cass., 9 aprile 1994, n. 3342). 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 (v. Cass., 13 febbraio 1995, n. 1559), non essendo invero sufficiente l'astratta possibilità dell'accadimento”<sup>14</sup>.

Non senza sottolineare che, sebbene nell'eccessiva onerosità sopravvenuta, a differenza dell'impossibilità assoluta, la risoluzione può essere evitata, la decisione di “modificare equamente le condizioni del contratto” spetta alla parte che non subisce gli effetti iniqui dell'evento sopravvenuto.

### 3. - In particolare: i contratti a esecuzione continuata e periodica e l'exceptio inadimpleti contractus.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, l'impossibilità temporanea della prestazione pone interrogativi di varia natura, dato che il contraente che non può ricevere la prestazione (divenuta temporaneamente impossibile) sarebbe tenuto, in forza del contratto, a eseguire la propria, il più delle volte commisurata all'intero arco temporale di durata del rapporto.

---

<sup>13</sup> Cfr. Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 11, 1, 1177.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, cit.

Un parallelismo con la situazione originata dall'emergenza sanitaria in atto è offerto dalla legislazione speciale emessa in occasione di eventi sismici, laddove si è disposto il mantenimento del rapporto di locazione e la liberazione dell'esecuzione temporanea delle obbligazioni per il tempo necessario al ripristino del fabbricato <sup>15</sup>.

Del resto, se il contratto resta sospeso, il contraente inadempiente (pur incolpevole) non può pretendere la controprestazione, posto che «l'esercizio dell'eccezione d'inadempimento l'art. 1460 c.c., che trova applicazione anche in riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di contratti collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, in quanto è meritevole di tutela l'interesse della parte a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione e ciò per evitare di trovarsi in una situazione di disequaglianza rispetto alla controparte medesima; sicché, detta eccezione può essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore» <sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Da registrare che, al di fuori dell'ambito di operatività di eventuali leggi speciali, una recentissima sentenza della Suprema Corte ha stabilito che, «in caso di risoluzione del contratto di locazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile alle parti (nella specie per lo stato di inagibilità dell'immobile conseguente ad evento sismico), non trova applicazione l'art. 1591 c.c. – non essendo configurabile il godimento, anche di mero fatto, dei beni già locati e la possibilità di una utilizzazione diretta o di un reimpiego da parte del locatore dei beni stessi nel periodo tra la cessazione del contratto e la effettiva riconsegna – ma la disciplina generale dettata dall'art. 1463 c.c.» (cfr. Cass., sez. III, 26 settembre 2019, n. 23987).

<sup>16</sup> Cfr. Cass., sez. III, 19 ottobre 2007, n. 21973. Nel senso che l'eccezione di inadempimento può essere sollevata anche nei confronti del contraente il cui inadempimento sia incolpevole, cfr. Trib. Cagliari, 21 marzo 1986, in *Riv. giur. sarda*, 1988, 411, e, in dottrina, tra gli altri, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1988, 18 ss. Tenuto conto che lo scopo dell'eccezione di inadempimento è di salvaguardare l'equilibrio contrattuale, la giurisprudenza (cfr. Cass. 31 marzo 1988, n. 2721, in *Arch. civ.*, 1989, 48) ha ritenuto che il rifiuto dell'adempimento è legittimo allorché serve a stimolare l'altro contraente a compiere una prestazione ancora possibile e già scaduta, e non a preconstituirsì un risarcimento dei danni per una inadempienza già definitivamente verificatasi. Qualora invece la prestazione sia divenuta impossibile per causa non imputabile al contraente che vi era tenuto, ha luogo la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1463 c.c., ovvero, nel caso di impossibilità parziale, troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 1464 c.c., e l'altro contraente, in realtà, è esonerato dall'adempire la propria prestazione non già in attuazione dell'eccezione di cui all'art. 1460 cod. civ., ma a causa dello scioglimento del contratto. Sul rapporto fra buona fede ed eccezione d'inadempimento, v., in dottrina, A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, 167 ss.

#### 4. - (Segue): l'impossibilità temporanea e l'adempimento parziale.

Una volta rimossa la causa di impossibilità, occorre chiedersi se l'adempimento ritardato possa rivestire, nell'economia del rapporto, lo stesso valore dell'adempimento puntuale. Come è stato sottolineato da autorevole dottrina, l'inadempimento che si protrae per un periodo di tempo, più o meno significativo, «è qualcosa di diverso e minore rispetto all'adempimento puntuale e il creditore avrà perciò diritto a una riduzione della prestazione da lui dovuta»<sup>17</sup>. Il richiamo, in via analogica, è all'art. 1464 c.c., in tema di adempimento parziale.

Ancora una volta è il contratto di locazione che offre degli spunti per l'accostamento tra impossibilità temporanea e adempimento parziale della prestazione. È stato così ritenuto che, di fronte alla pretesa del locatore di ottenere l'intero pagamento del canone, il conduttore, nel caso di oggettiva mancanza della controprestazione del locatore, può opporgli in via di eccezione non il diritto a restare nella cosa locata senza pagare alcun canone sino alla naturale conclusione del contratto e in attesa del ripristino del rapporto, ma certamente il diritto a una riduzione del canone, che tenga conto della minor utilità che si trova a ritrarre dalla detenzione del bene in una condizione in cui ne è ostacolato il pieno godimento contrattuale<sup>18</sup>.

Sul terreno specifico della tutela attribuita al debitore, per l'ipotesi in cui, una volta rimossa la causa dell'impossibilità temporanea della prestazione, sia comunque tenuto ad adempiere – e in via alternativa al ricorso all'applicazione analogica dell'art. 1464 c.c. – sovrviene il principio generale della buona fede, che «non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito»<sup>19</sup>, ma obbliga ciascuna parte a tenere tutte quelle condotte che, seppur non disciplinate da specifiche previsioni contrattuali, sono idonee a preservare gli interessi dell'altra, «nei limiti di un apprezzabile sacrificio, quando ciò sia necessario per salvaguardare l'utilità del contratto per la controparte», posto che è «in generale [...] dovere di ciascuna

---

<sup>17</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 228.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., 27 febbraio 2004, n. 3991.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10428.

delle parti contrattuali tutelare l'utilità e gli interessi dell'altra, nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio di altri valori»<sup>20</sup>.

In definitiva, come ancora evidenziato in giurisprudenza (richiamando la «più avveduta dottrina»), mediante gli artt. 1175 e 1375 c.c. può essere «più esattamente individuato, e per così dire arricchito, il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, con l'estrapolazione di obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione), che, in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale, vanno in definitiva ad individuare la *regula iuris* effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obbiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti hanno inteso raggiungere»<sup>21</sup>.

#### 5. - La rinegoziazione del regolamento contrattuale.

Sotto diverso profilo, nei casi in cui vi sia un mutamento delle condizioni originarie del rapporto contrattuale, per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto, che modifichino in misura significativa l'equilibrio iniziale delle obbligazioni delle parti, in dottrina (e da una giurisprudenza minoritaria) è stata avanzata la tesi che, tra gli obblighi ulteriori che costituiscono una specificazione del principio generale di buona fede (esecutiva), rientrano quelli di cooperazione, i quali imporrebbero, *inter alia*, di fare «aderire il regolamento contrattuale, a suo tempo predisposto, alla reale situazione di fatto nel frattempo evolutasi in un certo modo: in una parola, a rendere l'attuazione del regolamento contrattuale congrua rispetto agli interessi dei contraenti»<sup>22</sup>.

In particolare, la buona fede imporrebbe ai contraenti di cooperare, attivandosi per porre in essere le modifiche necessarie per ripristinare l'equilibrio delle prestazioni, in modo da garantire la prosecuzione del rapporto contrattuale, perseguendo la realizzazione del risultato voluto dalle parti con la pattuizione iniziale. E così la buona fede contribuirebbe «alla con-

---

<sup>20</sup> Cfr., tra le più recenti, Cass., sez. III, 26 giugno 2018 n. 16823, disponibile nella banca dati *Plurisonline*.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10428, cit.

<sup>22</sup> Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 320.

cretizzazione dell'obbligo di trattare per mantenere in vita il contratto in funzione delle utilità economico-giuridiche volute dalle parti e tutelate dall'ordinamento»<sup>23</sup>, in una prospettiva quindi manutentiva e non già risolutiva del rapporto.

Tale articolazione della buona fede è stata in particolare affrontata, in dottrina, nell'ambito dei contratti c.d. "relazionali", ossia dei contratti di durata o a esecuzione differita. Peraltro, è stato osservato che essa troverebbe applicazione in tutti i casi di contratti di carattere «non istantaneo in forza del programmato svolgimento nel tempo dell'adempimento»<sup>24</sup>, posto che «la necessità di configurare un obbligo di rinegoziare, per salvaguardare l'equilibrio dell'operazione contrattuale, può manifestarsi anche con riguardo a contratti che non implicano una durata particolarmente lunga e che non sono condizionati in modo specifico dallo stato della tecnologia e del mercato»<sup>25</sup>.

In definitiva, per chi ritiene che possa essere configurato un obbligo di rinegoziazione, questo è diretto a «conferire effettività alla tutela relativa all'esecuzione del contratto»<sup>26</sup>, con la precisazione che «essere obbligati a trattare vuol dire essere obbligati a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute»<sup>27</sup>.

## 6. - La derogabilità della disciplina di cui agli artt. 1463 e 1464 c.c.

Resta poi da chiarire se la disciplina legale possa essere derogata dalle parti, nel senso che il rischio riguardante gli effetti di una causa di impossibilità sopravvenuta possa essere integralmente addossato a un contraente, tenuto in ogni caso ad adempiere (indipendentemente, cioè, dalla valvola di sicurezza prevista dal secondo comma dell'art. 1256 c.c.), una volta venuta meno la sospensione del contratto.

---

<sup>23</sup> Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 323.

<sup>24</sup> Cfr. Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 117 ss.

<sup>25</sup> Cfr. F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, commento a Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 120 ss.

<sup>26</sup> Cfr. F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, cit.

<sup>27</sup> Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 343.

Secondo autorevole dottrina<sup>28</sup>, le disposizioni di cui agli artt. 1463 e 1464 c.c. non hanno natura cogente, potendo le parti disciplinare un'allocazione dei rischi in maniera affatto diversa rispetto al criterio legale.

Sono dunque validi i patti in deroga all'art. 1464 c.c., che prevedano cioè l'esclusione del rimedio della risoluzione per impossibilità temporanea. Il contraente rinuncia alla possibilità di recedere dal contratto e, sul piano del sinallagma contrattuale, si garantisce la corrispettività attraverso la sospensione della stessa fintanto che non sia venuta meno l'impossibilità temporanea<sup>29</sup>.

La giurisprudenza appare univoca sul punto e ammette la previsione di clausole di inversione del rischio, attraverso le quali le parti dispongano che, nonostante il sopravvenire dell'impossibilità della prestazione, l'altra parte rimanga comunque vincolata a eseguire la propria prestazione<sup>30</sup>, escludendosi pattiziamente la facoltà di recesso. Il primo degli arresti citati ha ritenuto che, anche «al di fuori dei contratti tipicamente aleatori, la previsione da parte dei contraenti del rischio di un evento comporta l'assunzione dell'alea in relazione ad ogni fatto incidente su di esso, con la conseguenza che le norme sulla sopravvenuta impossibilità della prestazione e sulla eccessiva onerosità della stessa non sono applicabili nei confronti della parte in danno della quale si sia risolto quell'evento».

Questo orientamento, in concreto, legittima una diversa allocazione delle perdite che si verificano in conseguenza di eventi sopravvenuti, in grado di alterare il sinallagma contrattuale.

Tuttavia, occorre chiedersi se tale orientamento possa trovare applicazione (anche) nella situazione di emergenza attuale, alla luce delle disposizioni sopra richiamate (gli artt. 88 e 91 del d.l. n. 18 del 2020, che sanciscono in via generale – per le ragioni esposte – l'applicabilità ai

---

<sup>28</sup> Cfr. R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 1674.

<sup>29</sup> F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, Milano, 2019, 11, il quale sostiene che «una valutazione più approfondita dell'interesse del creditore al mantenimento del contratto (arg. ex art. 1256 cod. civ.) potrebbe poi portare anche in caso di impossibilità temporanea ad una riduzione della controprestazione dovuta, in ragione della minore utilità connessa ad una esecuzione differita nel tempo, al momento della cessazione della impossibilità e (talvolta) dell'eventuale minor onere sopportato dal debitore per adempiere più tardi (cioè quando cessa la impossibilità temporanea appunto), rispetto al termine pattuito».

<sup>30</sup> Cass., 23 giugno 1984, n. 3694, in *Giust. civ.*, 1985, I, 93; Cass., 23 agosto 1993, n. 8903, in *Foro it.*, 1994, I, 654 ss.; Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3021 ss.

contratti in corso dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

E la risposta non può che essere guidata dalla *ratio* della legislazione di emergenza, che tutela interessi di ordine pubblico e perciò inderogabili, sicché eventuali patti, contenuti nei contratti in corso, che escludano l'applicabilità degli artt. 1463 e 1464 c.c. non dovrebbero considerarsi validi.

Ciò si ricava dalla premessa del decreto in esame (che comunque ricorre in tutta la legislazione relativa all'emergenza epidemiologica), laddove, data «la straordinaria necessità e urgenza di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica COVID-19 sta producendo sul tessuto socio-economico», si prevede che le misure disposte mirano a potenziare il Servizio Sanitario Nazionale, la protezione civile e la sicurezza nonché a fornire sostegno alle famiglie, alle imprese e al mondo del lavoro pubblico e privato.

Tutti obiettivi, questi, a loro volta espressione di valori di rango costituzionale e come tali tutelabili a prescindere (e indipendentemente) dal regolamento convenzionale adottato dalle parti.

In secondo luogo, dalla previsione contenuta nel d.l. n. 9 del 2020, in cui, con riferimento alla disciplina dei «titoli di viaggio e pacchetti turistici» (in relazione ai quali si è specificato che, «ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c., ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione»), si è espressamente riconosciuto che si tratta di «norme di applicazione necessaria» (ai sensi dell'art. 17 l. 31 maggio 1995, n. 218 e dell'art. 9 del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 17 giugno 2008, n. 593/2008).

Ne discende che eventuali patti contenuti nei contratti in corso, che escludano il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, addossando al contraente tutte le conseguenze negative della perdita definitiva della controprestazione o della minor utilità ricavabile dalla stessa, a causa della sospensione del contratto per il carattere temporaneo della impossibilità, dovrebbero considerarsi *tamquam non essent*.

In ogni caso, con specifico riferimento ai contratti che ricadono nell'ambito di operatività del Codice del Consumo, le clausole che escludano o rendano più gravoso, per il consumatore, l'esercizio dei rimedi previsti dagli artt. 1463 e 1464 cod. civ. (e aggiungerei dall'art. 1467 cod. civ.) sono

da considerarsi nulle, rientrando nell'elenco delle clausole che, ai sensi dell'art. 33, si presumono vessatorie.

In particolare, troverebbero certa applicazione le previsioni di cui alle lettere b) e r) dell'articolo in esame, ai sensi del quale si presumono vessatorie – rispettivamente – le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di *“escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”* e di *“limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento da parte del consumatore”*.

Con la precisazione che la previsione contemplata dalla lettera b) è sanzionata da nullità anche laddove il professionista fornisca la prova che il contratto cui la clausola accede è stato oggetto di trattativa privata, giusto il disposto dell'art. 36 del Codice del Consumo.

27.

## **Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione**

---

227

La lettura del recentissimo editoriale di Francesco Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, che recepisce i tanti spunti di Fabrizio Di Marzio in altro editoriale di qualche giorno prima, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, suggerisce alcune considerazioni in tema di disciplina generale dei contratti, con particolare riferimento all’istituto della impossibilità sopravvenuta della prestazione.

In un tempo sospeso tra la forzata solitudine e l’atteso ritorno ai rapporti sociali, i rapporti giuridici, e in particolare quelli a contenuto patrimoniale, permangono immutati nella propria efficacia e validità, apparentemente indifferenti alle vicende che agitano gli uomini.

Si tratta allora di verificare l’esistenza di quegli “anticorpi” dei quali parla Francesco Macario nel suo articolo e in particolare di comprendere se e 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 uti-

lizzata per far fronte ad un evento assolutamente straordinario e imprevedibile e che ha portato, in una prospettiva macroeconomica, addirittura alla sospensione del patto di stabilità in ambito europeo.

La prospettiva che il giurista molto probabilmente sarà chiamato ad affrontare alla fine dell'emergenza sarà un moltiplicarsi di conflitti fondati su pretese contrattuali inadempite.

Il diritto dei contratti e delle obbligazioni non può che affidarsi a due strumenti per fronteggiare l'emergenza che stiamo vivendo: l'impossibilità sopravvenuta e la eccessiva onerosità sopravvenuta.

È nota la assenza, all'interno del nostro sistema, di norme finalizzate alla "revisione" del rapporto [È il termine utilizzato da V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 1037 ss. Sul tema della rinegoziazione F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989] in considerazione delle sopravvenienze verificatesi nel corso dell'esecuzione del contratto, se si eccettua la assolutamente minoritaria giurisprudenza che consente al giudice di operare una rideterminazione del contenuto economico del sinallagma in presenza di eccessiva onerosità sopravvenuta [Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, 564, con nota di F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*] e la disciplina di alcuni contratti tipici (es. l'art. 1818 nel contratto di mutuo e l'art. 1664 nel contratto di appalto) che, in realtà, prevede non un obbligo di rinegoziare posto in capo alle parti ma una rideterminazione *ex lege* del contenuto del rapporto contrattuale.

Tradizionalmente i due istituti dell'impossibilità e della eccessiva onerosità, in relazione all'incidenza sulle dinamiche negoziali, sono ricollegati al verificarsi di un evento caratterizzato dal caso fortuito o dalla forza maggiore, nel senso appunto della non dipendenza in capo alle parti di ciò che altera l'equilibrio contrattuale raggiunto dai paciscenti.

L'interpretazione giurisprudenziale ha fornito una determinazione del contenuto dei due istituti legata alla astratta realizzabilità della pretesa da parte del creditore e dalla sostanziale irrilevanza delle situazioni personali del debitore.

In questo senso, e prescindendo in questa sede dall'analisi della dottrina

che di volta in volta ha accentuato le caratteristiche oggettive o soggettive dell'istituto della impossibilità sopravvenuta [G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, G. OSTI, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1957; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1975, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in in G. IUDICA-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991], si deve rilevare che 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 [Cass. civ., 13 agosto 1990, n. 8249; Cass. civ., 27 febbraio 2004, n. 4016].

Radicato orientamento giurisprudenziale, inoltre, è quello secondo il quale, in applicazione del principio *genus numquam perit*, l'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro non è suscettibile di estinguersi per impossibilità sopravvenuta [Cass. civ., 16 marzo 1987, n. 2691] così come non operi con efficacia estintiva la mera difficoltà di adempiere per mancanza di liquidità [Cass. civ., 15 novembre 2013, n. 25777].

L'attenzione esclusiva al contenuto patrimoniale del rapporto obbligatorio lascerebbe dedurre che le difficoltà che il debitore, in tempi di pandemia, possa incontrare nell'adempimento debbano degradare a circostanze irrilevanti in ordine al giudizio di responsabilità posto che, astrattamente, la inattività economica rientra pur sempre in un rischio che grava su chi assume un'obbligazione.

È altrettanto vero però che la straordinarietà dell'evento che stiamo vivendo, la sua diffusione mondiale, le conseguenze inevitabili sulle attività produttive [In questi ultimi giorni si sono susseguiti numerosi provvedimenti che hanno, di volta in volta, limitato sempre di più le attività concretamente esercitabili (d.P.C.M. 1° marzo, 4 marzo, 8 marzo, 11 marzo, 22 marzo; d.l. 2 marzo 2020, n. 17 e marzo 2020, n. 18)] non possono essere liquidate quali elementi irrilevanti in ordine alla esigibilità della prestazione.

L'influenza di valori costituzionali e il rispetto della dignità della persona, in disparte dalla immanenza, nella nostra società, del principio solidaristico espressamente richiamato all'art. 2 della nostra Carta costituzionale,

non possono lasciare l'interprete indifferente alla incidenza di tali valori nella costruzione del rapporto di dare/avere, pervenendo così ad una valutazione solo economica dell'obbligazione.

È stato infatti autorevolmente sostenuto [P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 452 ss.] 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. E, sotto altro profilo, la valorizzazione dei valori della persona risulta significativa nella giurisprudenza che ha avuto modo di applicare la categoria dell'impossibilità sopravvenuta anche nelle ipotesi di impossibilità di fruizione soggettiva della prestazione [Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315 in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 13 ss., con nota di PAROLA, *Recesso dal contratto di compravendita e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, stabilisce la risoluzione di un contratto di viaggio ai sensi dell'art. 1463 c.c. per l'impossibilità di fruizione della "finalità turistica" per cause non imputabili alle parti].

È innegabile, peraltro, che il nostro ordinamento non consideri il singolo rapporto obbligatorio come una entità singola, ma valuti complessivamente la responsabilità patrimoniale del debitore in relazione a tutti i rapporti a contenuto economico dallo stesso intrattenuti. La *par condicio creditorum*, l'azione revocatoria, la indicazione tassativa delle cause di privilegio del credito da un lato, la limitata pignorabilità di salari e pensioni dall'altro disegnano un sistema di responsabilità patrimoniale che impedisce di valorizzare l'istanza del singolo creditore di massimizzare la propria pretesa in danno degli altri [G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, cit., 161, «se è vero che deve considerarsi imputabile a chi non adempie la situazione determinata dalla sua insufficienza economica, non parrebbe potersi estendere l'affermazione sino a costringere il debitore a fallire o ad assoggettarsi all'olocausto economico, quando ciò è l'inevitabile conseguenza dello sforzo da compiersi per eliminare la sopravvenuta non imputabile impossibilità della prestazione»] o ledendo diritti fondamentali della persona.

Forse, quindi, è il momento di pensare ad una impossibilità della prestazione che valorizzi tali aspetti della convivenza, concretizzando i valori solidaristici sempre, beninteso, nel rispetto dei principi di correttezza e

buona fede che impediscono al più scaltro di avvalersi delle situazioni di difficoltà altrui: «è proprio questa la funzione del diritto, che è la tecnica per realizzare la comunità: costruire regole per rendere possibile la vita in comune» [DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*].

Ed allora un ricorso all'istituto della impossibilità sopravvenuta, segnatamente all'ipotesi prevista dal 2° comma dell'art. 1256 c.c. in tema di temporanea inesigibilità della prestazione, potrebbe costituire un sistema di mitigare il conflitto sociale che inevitabilmente verrà a crearsi nel corso di questo difficilissimo periodo.

In realtà il riferimento alla impossibilità temporanea consentirebbe anche la tutela degli interessi del creditore che potrebbe liberarsi dal rapporto contrattuale per il venir meno dell'interesse a conseguire una prestazione ritardata.

Si dovrà quindi convenire che l'esigibilità della prestazione non potrà prodursi al cessare del contagio pandemico ma dovrà essere valorizzata in relazione alle condizioni soggettive dei debitori che non potranno risultare adempienti.

In questo senso sembrano muoversi i primi provvedimenti legislativi dettati dall'emergenza.

L'art. 88 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 infatti prevede che i contratti di soggiorno e quelli per spettacoli, musei e altri luoghi per la cultura siano risolti per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi dell'art. 1463 c.c. ma che il costo sia trasfuso in un *voucher* da utilizzare entro un anno [In realtà più che di risoluzione si tratta di una rideterminazione *ex lege* dei contenuti del rapporto].

Anche l'art. 91 del medesimo testo di legge prevede che l'adozione delle misure di contenimento del contagio dovrà essere elemento di valutazione ai sensi degli artt. 1218 e 1223 c.c.

È maturo il tempo per riflettere sui rimedi manutentivi del rapporto economico e non ragionare solo in termini risolutivi?

La strada forse è tracciata; si dovrà avere il coraggio di percorrerla fino in fondo di modo che il ricordo di questo terribile periodo non rimanga solo nei libri di storia ma sia presente anche nelle rassegne di giurisprudenza e renda concreta e operante la solidarietà sociale.

«Indipendentemente da quanto farà, o potrebbe fare il legislatore, per

rispondere alle esigenze di contraenti in difficoltà – nondimeno, lealmente pronti a “rivedere” le condizioni e i termini contrattuali, affinché l’assetto dei rapporti risulti “equo”, rispetto alle circostanze che in modo “straordinario e imprevedibile” hanno prodotto uno squilibrio che renda economicamente insostenibili le prestazioni pattuite – occorre poi che la giurisprudenza sia pronta e disposta a confrontarsi con questi nuovi scenari, una volta accertato che gli strumenti a disposizione del giudice non sono più soltanto le disposizioni di un diritto dei contratti tradizionalmente impostato secondo l’interesse del contraente, individualmente inteso e vincolato senza condizioni dal principio espresso nel noto (ma assai generico) brocardo *pacta sunt servanda*» [Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*].

28.

## Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia

---

---

Il contratto di locazione, quale contratto di durata, è fisiologicamente esposto alle sopravvenienze che intervengono nel corso del rapporto. Sopravvenienze che potendo incidere sulle prestazioni di ciascuna delle parti acquistano rilievo sul piano del sinallagma contrattuale.

Nei recenti provvedimenti adottati dal Governo per tentare di mitigare gli effetti della situazione emergenziale determinata dall'epidemia e dalle scelte imposte per cercare di contenerla, alcune disposizioni riguardano ora i contratti di locazione, segnatamente i contratti di locazione c.d. commerciali, venendo così ad integrare il novero delle regole che nel Codice e nelle leggi complementari disciplinano tali contratti.

In particolare, l'art. 65 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 prevede in favore dei conduttori di botteghe e negozi un credito d'imposta pari al 60% del canone del mese di marzo. Disposizione che incide indirettamente sul contratto di locazione senza modificare la prestazione del conduttore e solo consentendogli di recuperare (non nell'immediato) parte del corrispettivo dovuto al locatore. Infatti, norma si colloca ed esaurisce i propri effetti sul piano tributario quando, nell'alleviare la posizione economica del conduttore, presuppone comunque il pieno adempimento dell'obbligazione di pagamento del canone.

Ancora con riferimento al rapporto locativo assume invece rilievo un'altra disposizione del medesimo provvedimento, là dove l'art. 91 integra il dettato dell'art. 3 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, ora conv. in l. n. 13 del 2020, stabilendo che il rispetto delle misure dettate per il contenimento dell'epidemia «è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Previsione, questa, che viene allora direttamente ad incidere sul rapporto locativo, nella misura in cui attiene in termini generali all'adempimento o, meglio, al possibile inadempimento del conduttore.

**1. - L'esame delle nuove norme consente un primo ordine di considerazioni.**

Fermo l'aiuto economico riconosciuto al conduttore dell'immobile commerciale (ed in disparte il rilievo che l'aiuto riguarda soltanto le locazioni di una specifica, benché ampia, categoria di immobili, lasciando fuori altri rapporti di locazione, anch'essi ad uso diverso dall'abitazione, ma aventi ad oggetto immobili aventi una diversa classificazione catastale quali, ad esempio, i magazzini o i laboratori) par certo che, durante il periodo di emergenza che il Paese sta attraversando, il mancato pagamento del canone non potrà di per sé essere addotto dal locatore a motivo di risoluzione del contratto di locazione, giacché il conduttore potrà appunto addurre a giustificazione del mancato o parziale adempimento la situazione contingente qual è quella espressamente richiamata dalla legge. Inoltre, la formula della norma induce a ritenere come nel procedimento sommario di sfratto per morosità, la circostanza che l'inadempimento si è verificato in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'epidemia (*scilicet*, la chiusura forzata degli esercizi commerciali e la più generale limitazione di circolazione imposta alle persone) debba comunque essere valutata dal giudice anche in caso di mancata comparizione del convenuto (art. 663 c.p.c.).

La norma che, dettata per governare una situazione eccezionale, vale così sul piano sostanziale ad individuare un'ipotesi di impossibilità tempora-

nea della prestazione per causa non imputabile al debitore non è per altro nuova al sistema. Infatti, una regola di segno analogo è da tempo dettata in termini generali nel d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, con la previsione dell'art. 3 che appunto esclude la debenza degli interessi moratori ove «il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

In relazione al precedente normativo era stata dai più rimarcata la singolarità della previsione elaborata in sede comunitaria che appariva contraddire la consolidata opinione, figlia di una concezione rigidamente obiettiva dell'inadempimento, secondo la quale rispetto alle obbligazioni pecuniarie doveva negarsi la configurabilità stessa della impossibilità della prestazione, ma la disposizione attuale, giustificata dall'emergenza eccezionale, vale invece a confermare come anche rispetto all'obbligazione pecuniaria meriti di essere compiuta una valutazione del rapporto coerente con i valori costituzionali e segnatamente con il principio solidaristico di cui all'art.2 Cost., tale da imporre di considerare anche le possibili ragioni giustificative dell'incapacità patrimoniale del debitore.

## **2. - La normativa suggerisce un secondo ordine di considerazioni.**

Il decreto-legge, nel prendere in considerazione il profilo del mancato o ritardato pagamento del canone locativo, disciplina, come è naturale che sia, solo il momento contingente, mentre lascia impregiudicato il tema della incidenza che sui contratti di locazione commerciali potrà determinare la paventata crisi conseguente il forzato blocco delle attività economiche.

In tale più ampia prospettiva, che trascende la questione del mancato pagamento del canone e tocca invece il diverso profilo del rapporto locativo, sembra opportuno fin da ora di chiedersi di quali strumenti potranno avvalersi le parti del rapporto locativo ed in quale misura potrà essere realizzato un giusto temperamento tra i contrapposti interessi dei contraenti, quello del conduttore di continuare ad utilizzare l'immobile per lo svolgimento della propria attività e quello del locatore di ricavare dal bene i frutti civili; diritti che hanno entrambi rilievo sul piano dei principi costituzionali.

Il diritto di recesso che l'art. 7 l. n. 392 del 1978 riconosce al conduttore indipendentemente dalle previsioni contrattuali e «quando ricorrano gravi motivi» costituisce una risposta possibile, immediata ma obiettivamente inadeguata a rispondere all'emergenza, giacché segna la fine del rapporto contrattuale e forse anche dell'attività commerciale.

Anche il possibile richiamo in via analogica al principio espresso dal combinato disposto degli artt. 1583 e 1584 c.c., in forza del quale il conduttore, privato del godimento di parte del bene, ha diritto alla «riduzione del corrispettivo proporzionale all'entità del mancato godimento», al di là della forzatura concettuale, risulta comunque inadeguato giacché necessariamente circoscritto ad un periodo specifico del rapporto locativo.

Di maggior rilievo è la possibilità di proseguire il rapporto locativo a condizioni diverse da quelle originariamente pattuite. Possibilità che se governata dalla disciplina generale del contratto, troverebbe una risposta affidata solo alla effettiva disponibilità del locatore, convenuto nell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, di offrire di modificare equamente le condizioni contrattuali ai sensi dell'art. 1467, comma 3, c.c.

Mentre tale possibilità resta dunque legata alla concreta volontà dei contraenti ed alla scelta del conduttore di sciogliere il contratto, vien fatto di chiedersi se la situazione eccezionale non possa costituire l'occasione per dare attuazione all'idea, sinora affidata alle riflessioni della dottrina ed al progetto di disegno di legge delega presentato l'anno scorso dal Governo, di introdurre nel sistema del Codice una regola generale che nei contratti di durata imponga la rinegoziazione delle condizioni contrattuali in presenza appunto di sopravvenienze eccezionali e imprevedibili. D'altra parte, costituendo tale regola espressione del più generale principio di buona fede che sovrintende i rapporti contrattuali, resterebbe per questa via salda la possibilità di uno scrutinio delle situazioni concrete al fine di evitare i possibili abusi da parte del conduttore.

## 29. Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate

---

### 1. - Emergenza epidemiologica da Covid-19 e provvedimenti dell'auto- rità.

La drammatica evoluzione dell'emergenza sanitaria in atto – ormai (dopo un avvio apparentemente più circoscritto <sup>1</sup> estesa all'intero territorio nazionale <sup>2</sup> – ha determinato la necessità di plurimi interventi normativi d'urgenza, complessivamente diretti al fine unitario di contenere e gestire l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

In questo contesto (che ha coinvolto, trasversalmente, ambiti assai diversi dell'ordinamento giuridico <sup>3</sup>), numerose sono – per quanto qui più speci-

---

<sup>1</sup> Che aveva inizialmente giustificato provvedimenti di portata territoriale, e di contenuti emergenziali, più limitati (in particolare, il riferimento è, dopo il primo intervento immediato – dichiarazione dello stato di emergenza, con attribuzione, al Capo del Dipartimento della protezione civile, di un potere di ordinanza in deroga a ogni disposizione vigente – di cui alla Delibera Cons. Ministri del 31 gennaio 2020, al d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e al d.P.C.M.23 febbraio 2020, nonché al successivo del 25 febbraio 2020), poi seguiti, invece, da interventi progressivamente più drastici (a partire, soprattutto, dal d.P.C.M.4 marzo 2020; una raccolta completa della normativa in materia, aggiornata costantemente, in [www.protezionecivile.gov.it](http://www.protezionecivile.gov.it)).

<sup>2</sup> A seguito del d.P.C.M.9 marzo 2020.

<sup>3</sup> Dai primi interventi significativi a sostegno dell'economia (già a partire dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9), al settore Giustizia (v., in particolare, il d.l. 8 marzo 2020, n. 11), al potenziamento del *Servizio Sanitario Nazionale* (iniziato con il d.l. 9 marzo 2020, n. 14) e altri ancora. Da ultimo (per ora), il D. L. 17 marzo 2020, n. 18, contiene previsioni che spaziano da ulteriori

ficamente interessa – le disposizioni che incidono su rapporti giuridici di natura privatistica <sup>4</sup>, sollecitando necessariamente più d'una riflessione al riguardo (come ampiamente testimoniato dai primissimi commenti, “a caldo”, della normativa d'urgenza considerata, quali anche ospitati dalla presente *Rivista*).

Senza poter entrare nel merito delle singole previsioni (e salvo, naturalmente, quanto di seguito si dirà su alcuni profili dell'art. 88 d.l. n. 18 del 2020, che costituiscono oggetto del presente commento), va comunque evidenziato che – in linea di principio – siamo di fronte a disposizioni dirette a regolare (solo) transitoriamente, e senza (almeno di massima <sup>5</sup>) effetti capaci di consolidamento durevole, i rapporti e le situazioni oggetto della disciplina emergenziale; nondimeno, la loro applicazione comporta, non di rado, non solo conseguenze giuridiche (ad es., una risoluzione contrattuale) giustificate dalla eccezionalità del contesto di riferimento, ma anche, come si dirà, alcune significative deviazioni (per es., in ordine ai profili rimediali fruibili) dalle regole (che sarebbero risultate) ordinariamente applicabili.

## **2. - Riflessi giuridici dei provvedimenti imperativi adottati su taluni rapporti contrattuali in corso. La risoluzione per factum principis.**

Una delle principali conseguenze implicate, sul piano giuridico, dalle misure precauzionali o contenitive adottate <sup>6</sup> per fronteggiare l'emergenza, come agevolmente si intuisce, è quella che riguarda la possibile

---

misure di rafforzamento del SSN a misure di sostegno del lavoro, della liquidità a vantaggio di famiglie ed imprese, e ulteriori altre, variamente incidenti su rapporti d'interesse civilistico, amministrativo, penale, etc.

<sup>4</sup> Limitandosi (solo) a qualche riferimento essenziale – e prescindendo dalla massiccia influenza su temi giuslavoristici (rispetto ai i quali, peraltro, una segnalazione speciale merita quanto disposto dall'art. 46 d.l. 17 marzo 2020, n. 18) – si segnalano, ad es., gli artt.: 6, 35, 73, comma 4, 88 (di cui diffusamente nel prosieguo), 91, 95, 106 d.l. 17 marzo 2020, n. 18; 4, 6, 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 14; 14 d.l. 9 marzo 2020, n. 11; 1 Ordin. Capo dip. Protez. civile 29 febbraio 2020, n. 642; 2, comma 1, d.m. Infrastrutture e trasporti, n. 118 del 16 marzo 2020.

<sup>5</sup> Ma v., ad es., artt. 52, 91, ult. inciso, 102, 105 d.l. n. 18 del 2020.

<sup>6</sup> Concretizzatesi, fondamentalmente, nel drastico ridimensionamento, se non proprio nell'azzeramento, di spostamenti fisici, assembramenti e contatti interpersonali tra i componenti della comunità, in ragione – ovviamente – delle azioni necessarie a contrastare la diffusione del contagio.

influenza di tali misure sulla sorte di situazioni e rapporti giuridici (specialmente <sup>7</sup>, di tipo contrattuale) in corso, il cui ordinario svolgimento può risultare indubbiamente inciso, in maniera più o meno consistente, dalle prescrizioni imperativamente imposte dagli interventi normativi adottati (pur se diretti a finalità ben diverse, ovviamente, dalla diretta regolazione delle specifiche relazioni giuridiche coinvolte <sup>8</sup>).

Da questo punto di vista, in particolare, una delle più frequenti situazioni derivanti dall'adozione delle misure restrittive emergenziali è la *pratica impossibilità*, in una pluralità di casi, di *dare esecuzione* al contenuto di obblighi contrattualmente assunti <sup>9</sup>, in ragione delle limitazioni materiali imposte alle attività astrattamente necessarie per l'attuazione del rapporto <sup>10</sup>; a qual proposito, peraltro, non sarà neppure inutile osservare che mentre nella più gran parte dei casi a venire in considerazione sarà proprio una impossibilità di *esecuzione della prestazione*, risultando impedita esattamente l'attività <sup>11</sup> in cui avrebbe dovuto concretizzarsi l'adempimento

---

<sup>7</sup> Ma non solo, evidentemente; basti pensare, ad es., alla possibile incidenza delle misure emergenziali su situazioni dominicali (v., ad es., l'art 6 d.l. n. 18 del 2020), rapporti processuali (v. d.l. n. 11 del 2020; artt. 83, 84 e 85 d.l. n. 18 del 2020), adempimenti amministrativi, etc.

<sup>8</sup> Per esemplificare, è ben evidente che l'impossibilità di determinati spostamenti sul territorio nazionale, un vincolo di quarantena domiciliare, etc., finiscono inevitabilmente per potersi riflettere sulla possibilità di attuazione di determinati rapporti giuridici.

<sup>9</sup> L'impossibilità *giuridica* di esecuzione della prestazione, dipendente da provvedimenti autoritativi, configura un caso specifico di forza maggiore (c.d. *factum principis*, su cui v., ad es., G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, 2011, 73 ss.), che – tuttavia – non può essere sempre invocato dal debitore. In particolare, secondo la giurisprudenza, «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» (in tal senso, di recente, App. L'Aquila, 11 gennaio 2019, in *Dejure.it*), che riassume l'indirizzo consolidato (tra le più recenti pronunce di legittimità in tal senso v. Cass., 8 giugno 2018, n. 14915, in *Dir. e giust.*, 2018, 11 giugno; analogamente Cass. civ., 25 maggio 2017, n. 13142, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, secondo la quale 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*”»).

<sup>10</sup> Si pensi, ad es., ad obblighi contrattualmente assunti da esercenti le attività di cui agli artt. 1, commi 2 e 3, d.P.C.M. 11 marzo 2020; 1, comma 1, lett. g), d.P.C.M. 8 marzo 2020 e 1, comma 1, d.P.C.M. 9 marzo 2020, il cui svolgimento è stato inibito, dapprima nelle cc.dd. zone rosse, e poi sull'intero territorio nazionale.

<sup>11</sup> Per es., di ristorazione, rispetto ad una festa o banchetto programmato.

dell'obbligo contrattuale, non mancano però ipotesi nelle quali, in realtà, la prestazione non (potrà, e, soprattutto, in ragione della progressiva intensificazione delle restrizioni disposte a far data dall'avvio della situazione emergenziale, non) avrebbe potuto realizzare la finalità negozialmente programmata a causa della *impossibilità di ricevimento* della medesima, piuttosto che di erogazione della prestazione (si pensi, ad es., ad una prestazione astrattamente possibile – ad es., ospitalità alberghiera – che dovesse, però, essere resa, entro una determinata scadenza, a vantaggio di un soggetto impossibilitato, per provvedimento dell'autorità<sup>12</sup>, (a recarsi) a riceverla<sup>13</sup>), ponendosi, allora, la questione di una assoggettabilità di simili fattispecie alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione all'interno di un rapporto contrattuale corrispettivo<sup>14</sup>.

In casi di tal genere, ad ogni modo, appare evidente che – una volta assimilata, eventualmente, l'impossibilità di ricevere la prestazione all'impossibilità di prestare *tout court*<sup>15</sup> – la sorte del rapporto negoziale coinvolto sarà quella dell'assoggettamento a un meccanismo risolutivo della

---

<sup>12</sup> Ad es., quello di cui all'art. 1, comma 2, lett. a), d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

<sup>13</sup> Sulla questione della rilevanza di una impossibilità di ricevere la prestazione, ci permettiamo di rinviare a F. GIGLIOTTI, *Sopravvenienze contrattuali e gestione del rapporto: l'ipotesi del viaggio turistico*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004, *passim*, ma specialmente 247 s. e 280 ss. E v. pure C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1994, 383 s.; S. Pagliantini, *Dell'impossibilità sopravvenuta (sub art. 1463)*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, 557 s.

<sup>14</sup> È in questo senso, in particolare, che sono state valutate simili situazioni dall'art. 28, comma 1, del d.l. 2 marzo 2020, n. 9 – applicabile anche (*ex art. 88, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18*) ai contratti di soggiorno per i quali si sia verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione a seguito dei provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 – secondo il quale «ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 c.c., ricorre la sopravvenuta *impossibilità della prestazione* dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestres stipulati» da soggetti impossibilitati a fruirne a causa di specifiche misure restrittive (quarantena con sorveglianza attiva; permanenza domiciliare fiduciaria; divieto di allontanamento da un determinato luogo, etc.).

<sup>15</sup> Per la soluzione secondo la quale l'impossibilità sopravvenuta della prestazione ricorre certamente anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'*utilizzazione* della prestazione (per ragioni non imputabili al creditore) e l'interesse a ricevere la prestazione sia venuto meno (verificandosi, in tal caso, la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione) v. Trib. Varese, 4 ottobre 2010, in *www.ilcaso.it*. Nella medesima direzione, da ultimo, si è orientata anche Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18047 (che si può leggere direttamente in *www.eclegal.it*), la quale ha ribadito la soluzione già proposta da Cass. civ., 20 dicembre 2007, n. 26958.

relazione contrattuale, in considerazione della impossibilità di attuazione del regolamento negoziale (dovuta a *factum principis* <sup>16</sup>).

---

<sup>16</sup> Un orientamento giurisprudenziale assolutamente uniforme (come più sopra ricordato) richiede – ai fini della possibilità di invocare una simile ipotesi di forza maggiore – la ricorrenza di un fatto totalmente estraneo alla volontà dell’obbligato e a *ogni suo obbligo di diligenza*: si potrebbe allora porre, al riguardo (almeno in qualche caso), il problema di una responsabilità del debitore che abbia assunto l’obbligo *potendo ragionevolmente immaginarne* una successiva, ma imminente, impossibilità giuridica di adempimento (come, per la verità, non risultava neanche del tutto implausibile ipotizzare, forse, nel corso della progressiva intensificazione dell’emergenza epidemiologica in atto); senonché, un orientamento piuttosto consolidato esclude che un soggetto che abbia assunto una obbligazione suscettibile di adempimento *allo stato della legislazione vigente* (al momento dell’assunzione) possa successivamente rispondere per non aver previsto la possibilità di *mutamenti legislativi* idonei ad impedire l’esecuzione della prestazione (cfr. C. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. c.c.*, IV, Torino, 1962, 502 ss.; A. DI MAURO, *Dell’impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, Milano, 2011, 105, nt. 183): ove si concordi con la predetta impostazione, dunque, dovrà escludersi l’impossibilità di invocare il *factum principis*, a causa di restrizioni normative sopravvenute che difettavano al momento dell’assunzione dell’obbligazione, senza potersi (e doversi) interrogare in ordine ad una loro ipotetica prevedibilità.

D’altra parte, con più specifico riguardo alle ipotesi oggetto delle presenti considerazioni – quali regolate dall’art. 88 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 – è la stessa previsione normativa a disporre *esplicitamente* che (soltanto) «a seguito dell’adozione delle misure di cui all’articolo 2, comma 1, lettere b) e d) del decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e a decorrere dalla data di adozione del medesimo decreto, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione», per cui non residua spazio per una diversa qualificazione della sopravvenienza normativa come fatto incidente sulle vicende giuridiche del rapporto contrattuale.

Nondimeno, ritenuto che, certamente, nelle intenzioni del legislatore la fattispecie avuta presente è quella di un contratto di acquisto stipulato *prima* dell’adozione del d.P.C.M.8 marzo 2020, potrebbe forse valutarsi separatamente l’ipotesi in cui – *durante* il periodo di vigenza della sospensione delle (tipologie di) attività che concretizzerebbero, astrattamente, l’esecuzione della prestazione (rappresentazione teatrale, proiezione cinematografica, visita museale, etc.) – sia stato (o venga) stipulato (per es., con procedure da remoto) l’acquisto di una prestazione del tipo considerato, programmandone però la fruizione per un periodo allo stato prevedibilmente non coperto da proibizione (per es., avuto riguardo al periodo successivo al termine di efficacia (“fino al 3 aprile 2020”) del d.P.C.M. cit. come espresso (dall’art. 5, comma 1) alla data della sua adozione): qualora, infatti, la programmazione negoziale dovesse rivelarsi (ciò che, ovviamente, nessuno si augura) fatalmente ottimistica, si porrebbe il problema della sorte di una prestazione negoziata quando la sopravvenienza epidemiologica e le misure di restrizione atte a contenerla risultavano già manifestamente percepibili. In proposito, nonostante l’astratta plausibilità di una considerazione differenziata delle due ipotesi (la quale sembrerebbe anche ulteriormente avvalorata dalla circostanza che il rimedio assegnato – rimborso da parte del venditore, attraverso emissione del *voucher* – appare collegato ad una istanza da presentare *entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto*, e non più, dunque, anche successivamente), sembra, tuttavia, che le stesse meriterebbero, in definitiva, di essere assoggettate a medesima disciplina, anche in ragione del rilievo che il comma 2 dell’art. 88 d.l. n. 18 del 2020 considera applicabile la normativa in esso contenuta «a decorrere dalla data di adozione» del d.P.C.M.8 marzo 2020, mentre il successivo comma 4 ne mantiene gli effetti «fino alla data di efficacia delle misure previste dal

3. - (Segue): in particolare: l'art. 88 d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

Proprio nella direzione indicata, in particolare, si è orientato il legislatore (dell'emergenza) con specifico riguardo a talune fattispecie contrattuali rispetto alle quali le misure restrittive adottate hanno reso (allo stato) impossibile l'attuazione del programma negoziale.

Infatti, l'art. 88 (commi 2, 3 e 4) d.l. 17 marzo 2020, n. 18 – rubricato «rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura» – ha statuito che:

«2. A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d) del decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e a decorrere dalla data di adozione del medesimo decreto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura.

3. I soggetti acquirenti presentano, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, apposita istanza di rimborso al venditore, allegando il relativo titolo di acquisto. Il venditore, entro trenta giorni dalla presentazione della istanza di cui al primo periodo, provvede all'emissione di un *voucher* di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione.

4. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano fino alla data di efficacia delle misure previste dal decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e da eventuali ulteriori decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6».

---

decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e da eventuali ulteriori decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6».

Rilevante, quindi, potrebbe essere giudicata, al limite, la circostanza che l'impossibilità *giuridica* di esecuzione della prestazione (anche per effetto di ulteriori proroghe temporali delle misure restrittive adottate) sorga *successivamente* alla stipulazione del contratto (e sia, appunto, "sopravvenuta"), perché se quest'ultimo, invece, prevedesse l'esecuzione della prestazione dovuta durante il periodo che, già alla data di stipulazione dell'accordo, è coperto dalle proibizioni saremmo – allora certamente – di fronte a una pattuizione invalida, avendo ad oggetto una prestazione (la cui esecuzione è) momentaneamente vietata da disposizioni imperative.

La disposizione richiamata regola, in particolare, la fattispecie dell'*acquisto di titoli di accesso*<sup>17</sup> a manifestazioni (spettacoli) varie (*“di qualsiasi natura”*), comprese le rappresentazioni cinematografiche e teatrali, nonché l'acquisto di *ticket* e biglietti per l'ingresso in musei o altri luoghi di cultura<sup>18</sup>.

Il rapporto negoziale oggetto dell'intervento normativo è quello intercorrente tra *venditore* e *acquirente* del titolo di accesso, per cui deve ritenersi che nel caso (assolutamente ordinario) di negoziazione attraverso *intermediari* (piuttosto che, direttamente, con il debitore della prestazione dovuta<sup>19</sup>), la relazione negoziale incisa dalla predetta disciplina sia quella intercorrente con l'intermediario o rivenditore, senza che ne rimanga direttamente coinvolto il debitore della prestazione artistica<sup>20</sup>: è proprio al “venditore”, infatti, che – tra l'altro – dovrà essere indirizzata la richiesta di cui al comma 3 del cit. art. 88; ed è al medesimo soggetto che fa capo

---

<sup>17</sup> Il titolo di accesso al servizio (comunque denominato, *ticket*, biglietto, etc.) deve ritenersi integrare un *documento di legittimazione* (v. art. 2002 c.c.), cioè un «documento atto ad individuare l'avente diritto alla prestazione e quindi idoneo, per un verso, a liberare il debitore che paga in buona fede al possessore, e, per l'altro verso, a legittimare il possessore [...] a richiedere il pagamento» (in tal senso Cass. civ., 14 gennaio 2002, n. 351, in *Giur. it.*, 2002, 1208). Sui documenti di legittimazione v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1990, 619 s., il quale ricorda come gli stessi non siano «strumenti necessari per l'esercizio del diritto, ma costituiscono una prova convenzionale di cui il creditore ha l'onere di avvalersi per la riscossione del credito». Ciò significa, sostanzialmente, che il possesso del titolo di legittimazione rappresenta una prova sufficiente del credito alla prestazione (e, al contempo, legittima senz'altro il debitore – che non sia in mala fede – a un adempimento liberatorio in confronto del possessore), fermo restando, però, che «se il creditore è privo del documento di legittimazione, il debitore può rifiutargli il pagamento fino a quando non sia stata data prova certa della titolarità del diritto» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, cit. 620).

<sup>18</sup> La norma non distingue secondo che il soggetto erogatore del servizio sia privato o pubblico. Deve quindi ritenersi che essa trovi indifferentemente applicazione nell'uno come nell'altro caso.

<sup>19</sup> Come pure, in taluni casi, sarà possibile (si pensi, ad es., a spettacoli di una piccola compagnia teatrale, gestita in proprio dalla struttura; o all'acquisto di titoli d'ingresso in un museo di interesse locale a gestione diretta o a una mostra o collezione privata, etc.).

Di solito, peraltro, il venditore sarà soggetto diverso dal debitore della prestazione (artistica, culturale, etc.) dovuta, la quale potrà ovviamente consistere anche, semplicemente, nella mera fruizione visiva dell'opera (per es., per la specifica considerazione normativa di «modalità di emissione, di distribuzione, di vendita del biglietto d'ingresso e di riscossione del corrispettivo, anche mediante convenzioni con soggetti pubblici e privati», con riferimento a musei, monumenti, aree e parchi archeologici statali, archivi di Stato e biblioteche pubbliche statali, v. l'art. 100, comma 2, lett. c), d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 e s.m.i.).

<sup>20</sup> Sarà poi, evidentemente, rimessa ai rapporti interni tra debitore della prestazione artistica o culturale dovuta, e incaricato della vendita, l'ulteriore regolazione degli assetti conseguenti alla sopravvenienza considerata nel testo.

l'obbligo dell'emissione del *titolo di accesso sostitutivo* (“voucher di pari importo”<sup>21</sup>).

La previsione normativa non specifica le *modalità* dell'istanza (di rimborso) che dovrà essere presentata dall'acquirente del titolo di accesso, tranne che per il profilo temporale (entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 18 del 2020, e dunque entro trenta giorni dal 17 marzo 2020: cfr. art. 127, comma 1, d.l. cit.) e per la necessità che la predetta istanza sia *accompagnata* dalla presentazione del titolo d'acquisto<sup>22</sup>. Non è indicata, invece, una forma specifica dell'istanza di rimborso, per cui (pur raccomandandosi, prudenzialmente, l'utilizzo della forma scritta) deve ritenersi non necessario il rispetto di modalità solenni di presentazione della richiesta, come pure si evince dalla generica formulazione linguistica adoperata (“presentazione” dell'istanza), che non lascia trasparire la necessità di una sottoscrizione della richiesta, ma solo della sua oggettiva esistenza.

---

<sup>21</sup> La denominazione positiva del titolo sostitutivo corrispondente (“voucher”) richiama quella di cui alla direttiva UE 2016/1065 del Consiglio, del 27 giugno 2016, alla quale si è data attuazione con il D. Lgs. 29 novembre 2018, n. 141 (su cui v. A. FREDIANI-G. SBARAGLIA, *Il recepimento della Direttiva UE sul nuovo regime iva dei voucher*, in *Il fisco*, 2019, 349 ss.), a norma del quale (art. 1, comma 1) per *voucher* (o, nella versione domestica, “buono-corrispettivo”) «si intende uno strumento che contiene l'obbligo di essere accettato come corrispettivo o parziale corrispettivo a fronte di una cessione di beni o di una prestazione di servizi e che indica, sullo strumento medesimo o nella relativa documentazione, i beni o i servizi da cedere o prestare o le identità dei potenziali cedenti o prestatori, ivi incluse le condizioni generali di utilizzo ad esso relative» (in conformità di quanto dettato dall'art. 30-*bis* direttiva 2006/112/CE, come inserito dall'art. 1, comma 1, direttiva UE 2016/1065, cit. In proposito v. F. SCOPACASA, *Buoni-corrispettivo. Aspetti controversi e profili interpretativi*, in *L'iva*, 2019, 18 ss.). Peraltro, il 5° “*considerando*” della citata direttiva UE 2016/1065 chiarisce che le disposizioni relative ai buoni non dovrebbero provocare modifiche al trattamento, tra l'altro, dei biglietti d'ingresso a cinema e musei, o di altri titoli simili (ma, va avvertito, la precisazione è fatta ai soli fini del trattamento iva, per cui – fatta salva questa riserva ai soli fini fiscali precisati – la definizione del *voucher* o buono-corrispettivo appare comunque descrittivamente utilizzabile per la rappresentazione del titolo sostitutivo emesso).

<sup>22</sup> Considerata la natura del titolo d'acquisto, come sopra illustrata, si potrà anche porre, evidentemente, la questione della rilevanza di una eventuale *impossibilità di allegazione* del titolo originale d'acquisto (ad es., in caso di avvenuto smarrimento, o di distruzione o grave deterioramento, del medesimo). Non sembra, peraltro, che l'onere di allegazione (pur espressamente) previsto dalla disposizione commentata valga a soverviare il trattamento generale che al titolo medesimo, come documento di legittimazione, deve ordinariamente riservarsi (per cui – sia pure, soltanto, “a prima impressione” – saremmo orientati a ritenere che mezzi alternativi all'allegazione, purché idonei a dare dimostrazione certa dell'avvenuto acquisto del diritto ad usufruire della prestazione negoziata, possano essere ammessi).

**4. - (Segue): deroghe della normativa d'urgenza in esame rispetto alla disciplina ordinaria.**

Secondo quanto espressamente previsto dal cit. art. 88 d.l. n. 18 del 2020, nei contratti da esso contemplati l'impossibilità sopravvenuta *ex art. 1463 c.c.* si ha per verificata (solo) «a seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d) del decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020<sup>23</sup> e a decorrere dalla data di adozione<sup>24</sup> del medesimo decreto».

L'esplicito riferimento all'impossibilità sopravvenuta *ex art. 1463 c.c.* (sia pure, come subito si dirà, con qualche deviazione di disciplina) rende vana ogni possibile discussione sulla ricorrenza, per effetto dei provvedimenti autoritativi richiamati, di un *factum principis* (che pure, ragionando in termini più generali, sarebbe stata astrattamente possibile): nel caso di specie, infatti, è direttamente la previsione normativa ad attribuire alle sopravvenienze considerate il valore, non contestabile, di fatto determinante una impossibilità sopravvenuta, quale assunta nell'art. 1463 c.c., che è espressamente richiamato.

Dunque, le misure restrittive imposte dai provvedimenti autoritativi richiamati (sospensione delle manifestazioni, eventi e spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato; nonché dell'apertura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42) devono senz'altro considerarsi, per espressa qualificazione normativa, alla stregua

---

<sup>23</sup> Art. 2, comma 1, d.P.C.M. 8 marzo 2020: «allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del *virus covid-19*, sull'intero territorio nazionale si applicano le seguenti misure: [...] b) sono sospese le manifestazioni, gli eventi e gli spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato; [...] d) è sospesa l'apertura dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42».

<sup>24</sup> Il d.P.C.M. 8 marzo 2020, pubblicato nella G.U.R.I. n. 59 dell'8 marzo 2020, ha prodotto effetto dalla data medesima, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 5, comma 1. Peraltro, benché l'art. 88 d.l. n. 18 del 2020 faccia (impropriamente) riferimento alla data di "adozione" del d.P.C.M., dal momento che il medesimo risulta adottato, registrato alla Corte dei conti e pubblicato in G.U. sempre nella stessa data (8 marzo 2020), il riferimento alla data di adozione (piuttosto che, evidentemente, a quella dell'entrata in vigore) rimane privo di qualsiasi rilevanza.

di circostanze determinanti l'impossibilità sopravvenuta <sup>25</sup> (totale) di cui all'art. 1463 c.c.

La citata disposizione del codice civile è espressamente richiamata, per vero, «ai sensi e per gli effetti» di quanto in essa disposto; peraltro, nonostante la dizione testuale del richiamo, appare evidente che – in realtà – le conseguenze giuridiche contemplate dall'art. 88, comma 3, d.l. n. 18 del 2020 non siano esattamente sovrapponibili a quelle che deriverebbero dall'applicazione della disposizione codicistica richiamata.

Invero, giusta art. 1463 c.c., l'impossibilità sopravvenuta (totale) della prestazione comporta <sup>26</sup>:

a) la liberazione della parte tenuta alla prestazione divenuta impossibile <sup>27</sup>, in conformità della regola generale di cui all'art. 1256 c.c. <sup>28</sup>;

---

<sup>25</sup> Peraltro, l'art. 91 d.l. n. 18 del 2020 ha introdotto nell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, un comma 6-*bis* così formulato: «6-*bis*. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Poiché, tuttavia, tra le misure di contenimento (che erano) indicate (come possibili) nel d.l. n. 6 del 2020 figurano anche (seppur con qualche lieve variante) – cfr. art. 1, comma 2, lett. c) ed e) – quelle di cui all'art. 2, comma 1, d.P.C.M. 8 marzo 2020, che però sono richiamate dall'art. 88 dello stesso D.L. n. 18/2020 quali cause di *impossibilità sopravvenuta* della prestazione *ex art. 1463 c.c.* (dunque, *impossibilità non imputabile*, che, evidentemente, esclude in radice l'esistenza dell'inadempimento e della responsabilità: per tutti v. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, cit., 528 ss.; *Id.*, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 371 s.) si pone, manifestamente, un problema di coordinamento tra le due disposizioni (dato che le medesime misure sembrerebbero ora “da valutare” – chiaramente, da parte del giudice – ai fini della (eventuale) esclusione della responsabilità del debitore; ora, invece, tali da determinare, senz'altro, la sopravvenuta impossibilità (non imputabile) della prestazione).

Il problema sembra senz'altro da risolvere nel senso che rispetto ai (soli) contratti (di acquisto di titoli di accesso allo spettacolo, rappresentazione, museo, etc.) specificamente indicati dal cit. art. 88 le misure imposte sono da considerare senz'altro quale causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione (e non, semplicemente, da valutare ai fini della eventuale esclusione della responsabilità), con le conseguenze indicate dal comma 3 dell'art. 88, quale *lex specialis* (fermo restando, tuttavia, che quegli stessi impedimenti – chiusura del museo, sospensione dello spettacolo, etc. – potranno essere valutati, *rispetto ad altri rapporti negoziali* che dovessero rimanerne incisi, nella direzione indicata dall'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6 del 2020, come da ultimo modificato dall'art. 91 d.l. n. 18 del 2020).

<sup>26</sup> Per tutti v. S. PAGLIANTINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., 543 ss.

<sup>27</sup> Nella specie, è evidente che la prestazione considerata (giuridicamente) impossibile è quella di chi doveva fornire il servizio (teatrale, rappresentazione cinematografica, etc.), anche perché l'altra è, naturalmente, una di tipo pecuniario, comunque sempre possibile (anche, ad es., attraverso mezzi di pagamento *on line*).

<sup>28</sup> Non è inutile evidenziare, al riguardo, che nella più gran parte dei casi (si pensi, ad es., all'accesso a un sito museale o archeologico) dovrebbe ipotizzarsi ricorrere, più che una impossibilità *definitiva* della prestazione (*ex art. 1256, comma 1, c.c.*), una impossibilità

- b) l'impedimento, per questa parte, a pretendere la controprestazione; oppure
- c) (in caso di prestazione anticipatamente percepita) l'obbligo di restituire quella che abbia già ricevuto, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebitato.

Qualora, dunque, il rinvio all'art. 1463 c.c. avesse dovuto operare "ai sensi e per gli effetti" di tale disposizione, le conseguenze giuridiche della sua applicazione avrebbero allora dovuto condurre ai risultati pratici appena esposti.

Per contro, la speciale previsione emergenziale dettata dall'art. 88, comma 3, d.l. n. 18 del 2020 stabilisce che, in ragione dell'impossibilità sopravvenuta appena richiamata, «i soggetti acquirenti presentano, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, apposita istanza di rimborso al venditore, allegando il relativo titolo di acquisto. Il venditore, entro trenta giorni dalla presentazione della istanza di cui al primo periodo, provvede all'emissione di un voucher di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione».

Ciò significa, evidentemente, che:

- a) a differenza di quanto sarebbe rigorosamente implicato dal richiamo all'art. 1463 c.c., l'impossibilità sopravvenuta non comporta una conseguenza di tipo pienamente risolutivo<sup>29</sup>, tale da riportare, tendenzialmente, le parti<sup>30</sup> del rapporto in una situazione equivalente a quella antecedente la stipulazione negoziale;

---

temporanea, quale regolata nel cpv. dell'art. 1256 c.c.; sebbene si debba poi considerare, ulteriormente, che saranno non pochi i casi in cui, ragionando secondo le disposizioni generali, potrebbe argomentarsi una estinzione dell'obbligazione di prestare, soprattutto per la prevedibile ricorrenza di una pluralità di situazioni che potranno contribuire a determinare il venir meno dell'interesse creditorio a fruire della prestazione (si pensi, ad es., alla prestazione teatrale, o alla visita guidata di un sito archeologico, acquistata da un turista (che aveva programmato di essere) fuori sede (magari a un migliaio di chilometri da casa), al quale il godimento effettivo della prestazione potrà immaginarsi normalmente impedito, empiricamente, da intuitive ragioni logistiche)

<sup>29</sup> Osserva C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, cit., 380, che «la risoluzione del contratto comporta per ciascuna parte l'estinzione del diritto alle prestazioni contrattuali. Le prestazioni inesequite non sono quindi più dovute, e quelle già eseguite devono essere restituite secondo la disciplina dell'indebitato, essendo divenute prestazioni senza titolo».

<sup>30</sup> Situazione resa ancora più problematica, per la verità, dalla circostanza che l'impossibilità della prestazione dovuta riflette i suoi effetti sul contratto (di acquisto del titolo di accesso) intervenuto tra venditore (soggettivamente diverso, per lo più, dal debitore della prestazione dovuta) e acquirente.

- b) il *venditore* resterà obbligato, in caso di presentazione tempestiva dell'istanza di rimborso dell'altra parte, alla emissione a favore di questa, entro il termine di trenta giorni, del titolo di legittimazione sostitutivo, abilitante (per il periodo di un anno dalla emissione) alla fruizione di una prestazione corrispondente (da rendersi successivamente al venir meno della impossibilità giuridica di esecuzione);
- c) non è contemplata la restituzione della somma di denaro ricevuta (dal venditore) per l'acquisto del titolo di accesso;
- d) sono inoltre previsti termini rigorosi (anche molto contenuti: trenta giorni a far data dal 17 marzo 2020) per la presentazione dell'istanza di rimborso <sup>31</sup>.

#### 5. - Transitorietà o “definitività”, rispetto ai casi regolati, della disciplina d'emergenza?

Proprio la divergenza della disciplina dettata in relazione alla impossibilità sopravvenuta di prestare, normativamente dichiarata, non manca di porre, peraltro, taluni interrogativi in ordine al rapporto tra la disciplina emergenziale esaminata e le regole generali codicistiche.

In proposito, mette conto rilevare, anzitutto, che – secondo quanto espressamente stabilito dal comma 4 dell'art 88 d.l. n. 18 del 2020, cit. – «le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano fino alla data di efficacia delle misure previste dal decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e da eventuali ulteriori decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6».

La (non limpidissima) disposizione appena richiamata implica certamente che, per tutto il periodo dell'emergenza (e fintanto che resteranno opera-

---

<sup>31</sup> Analogo termine (trenta giorni, dalla data della presentazione dell'istanza) è previsto per l'emissione del *voucher* da parte del venditore. Peraltro, la funzione dei due termini sembrerebbe essere differente; il primo, infatti, è un termine per l'*esercizio* del diritto al “rimborso”, al quale dovrebbe assegnarsi natura decadenziale (sulla natura dei termini di decadenza v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 7. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 691 ss.), con conseguente carattere di perentorietà, fatto salvo quanto disposto dall'art. 2966, ult. inciso, c.c. L'altro, invece, è un termine di adempimento (a favore del debitore) per l'emissione del *voucher* sostitutivo.

L'anno per l'utilizzazione del *voucher* indica, infine, il periodo durante il quale rimane in vita l'obbligo (di chi deve eseguire la prestazione dovuta) in confronto del titolare del documento di legittimazione.

tive misure di restrizione tali da impedire, giuridicamente, l'attuazione dei rapporti contrattuali considerati), le misure limitative adottate dovranno essere considerate alla stregua di situazioni determinanti l'impossibilità sopravvenuta della prestazione; e che, in quello stesso arco di tempo, sarà operativo il diritto alla richiesta di rimborso sopra esaminata, con conseguente obbligo (del *venditore*) di emissione del *voucher* sostitutivo.

Ciò che, invece, appare meno chiaramente delineato è se la disciplina appena considerata sia da intendere come (soltanto) *aggiuntiva* rispetto a quella ordinariamente invocabile in base alle previsioni codicistiche; o se, al contrario, essa sia da intendere come *integralmente sostitutiva* di quella, con la conseguenza che, in mancanza di accesso tempestivo alla richiesta di rimborso da parte dell'avente diritto, l'acquirente della prestazione divenuta impossibile perderebbe (oltre che il diritto alla prestazione sostitutiva, anche) il diritto alla restituzione della prestazione a suo tempo versata.

La prima soluzione, evidentemente, verrebbe a configurare un *rimedio temporaneamente accessibile* – naturalmente, ove concretamente fruito, *in alternativa* alla restituzione della prestazione già versata<sup>32</sup> – in via transitoria<sup>33</sup>, con relativa conservazione, però (ove non azionato), della semplice pretesa alla restituzione della somma versata.

La seconda prospettiva, per contro, finirebbe per assegnare al rimedio contemplato nel cit. art. 88 D.L. n. 18/2020 l'unica tutela giuridica accessibile a vantaggio dell'acquirente della prestazione divenuta (giuridicamente) impossibile (da eseguire), considerando così la previsione norma-

---

<sup>32</sup> Fermo restando, in ogni caso (anche ove si volesse accedere ad una simile interpretazione), che una volta richiesta e ottenuta l'emissione del *voucher*, la sua mancata utilizzazione nel termine annuale indicato dal comma 3 dell'art. 88 d.l. n. 18 del 2020 farebbe (comunque) venire meno ogni possibile pretesa.

<sup>33</sup> E cioè, nel periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore del d.l. n. 18 del 2020 e la data di perdita di efficacia delle misure previste dal d.P.C.M. 8 marzo 2020 e da eventuali ulteriori decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 3, comma 1, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. A qual riguardo non si può non rilevare che l'estensione temporale dell'efficacia delle disposizioni dettate dal citato art. 88, fino al termine (soltanto) determinabile di cui al comma 4, nella misura in cui è richiamata anche la disposizione che vorrebbe presentata la domanda di rimborso solo nei trenta giorni dalla sua entrata in vigore, rende non totalmente perspicua la disciplina in questione, ben potendo accadere, in caso di ulteriore proroga delle misure restrittive, che il periodo di applicazione del comma 3 – che quel termine di 30 giorni dall'entrata in vigore contempla – vada oltre la data dei 30 giorni dal 17 marzo 2020 indicata come ultima possibile per la presentazione dell'istanza di rimborso.

tiva emergenziale quale *lex specialis* (unicamente) applicabile, nelle circostanze date, ai contratti di cui al comma 2 del medesimo articolo <sup>34</sup>.

Nonostante le incertezze applicative della prima ora, sembra di potersi privilegiare, peraltro, la seconda delle due soluzioni prospettate <sup>35</sup>, con la conseguenza che la parte conclusiva del comma 4 del più volte citato art. 88 sarà da intendere nel senso che esso è destinato a trovare applicazione rispetto a situazioni di impossibilità sopravvenuta che matureranno nel periodo indicato, fermo restando, però, che anche dopo la cessazione della condizione emergenziale, la disciplina rimediale fruibile sarà (unicamente) quella dettata – per i contratti che vi risultano assoggettati – dalla disciplina d’urgenza <sup>36</sup>.

#### 6. - Confronto con altre disposizioni (emergenziali) e considerazioni conclusive.

A conforto della soluzione proposta, d’altra parte, sembrerebbe potersi anche invocare una (non espressamente dichiarata, nella specie, ma comunque presente nell’intero provvedimento) ragione di sostegno alle attività economiche pregiudicate dall’emergenza epidemiologica in atto <sup>37</sup>, la quale consiglia senz’altro – in una prospettiva di contenimento delle inevitabili conseguenze economiche derivanti da una così profonda (e persino inedita, in tempi recenti) crisi globale – di mantenere fermi i flussi economici già acquisiti, pur bilanciandoli (naturalmente) con l’attribuzione di prestazioni di servizi compensative, laddove l’imposizione pura e semplice (come pure ordinariamente sarebbe dovuto) di meccanismi restitutori di consistenti somme di denaro (ove si tenga conto, ovviamente, non del singolo rapporto contrattuale concluso, ma della pluralità di

---

<sup>34</sup> Il dubbio non è risolto dalla relazione illustrativa del decreto-legge, che – con riguardo all’art. 88 – si limita ad una mera parafrasi del testo normativo, senza offrire alcuno spunto chiarificatore.

<sup>35</sup> Più aderente anche alla perentorietà della formulazione normativa del rimedio offerto: «i soggetti acquirenti *presentano* [...]»; «il venditore [...] *provvede* all’emissione; «*voucher* [...] *da utilizzare* entro[...]»

<sup>36</sup> Salva, s’intende, l’eventuale modifica che dovesse essere apportata in sede di conversione.

<sup>37</sup> Come chiaramente denunciato dall’intitolazione del d.l. (c.d. “cura Italia”) a “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”.

prestazioni negoziate) finirebbe per aggravare una situazione di probabile recessione già fortemente preconizzata da tutti gli osservatori e analisti economici <sup>38</sup>.

(Anche) per questa ragione sembra, dunque, di poter confermare la soluzione più sopra indicata, la quale, d'altra parte, non è troppo distante da quella (egualmente emergenziale) già dettata per altri rapporti contrattuali, come, ad es., recata dall'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, secondo il quale (comma 3) – nel caso di impossibilità sopravvenuta (sempre per *factum principis*, del medesimo ordine) relativa a contratti di trasporto o di viaggio – «il vettore [...] procede al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio ovvero all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione». Infatti, pur se, nel caso di specie <sup>39</sup> è prevista una modalità rimediale di tipo alternativo (rimborso del corrispettivo, ovvero *voucher*), è anche vero che la relativa scelta (tra l'uno e l'altro rimedio) è rimessa direttamente all'operatore economico, al quale viene quindi riservato un trattamento non dissimile, fondamentalmente, da quello praticato in confronto di altri.

Nondimeno, va anche considerato che, almeno in casi limitati, la fruizione di un *voucher*, piuttosto che la restituzione delle somme già versate, potrebbe risolversi in una misura indubbiamente penalizzante rispetto ad acquirenti che non abbiano più (magari per insuperabili ragioni logistiche, o per altre ancora) una ragionevole possibilità di fruire effettivamente della prestazione dovuta in base al titolo di legittimazione sostitutivo, per cui

---

<sup>38</sup> Basterà qui fare riferimento, ad es., alla nota Ansa del 17 marzo 2020, ore 1955, che riferisce come «la recessione globale è già qui». Lo scrivono in un *report* gli economisti di *Standard & Poor's*, secondo cui la stretta ai contatti fra individui e ai movimenti delle persone comporteranno, come in Cina, anche in Usa ed Europa un «collasso della domanda» con crescita globale che si fermerà all'1, massimo 1,5%, livelli da recessione. I rischi per la previsione sono al ribasso. Per *Morgan Stanley* la recessione nel 2020 sarà peggiore di quella del 2001. I danni dovuti al *coronavirus* e alla stretta delle condizioni finanziarie «causeranno uno *shock* materiale all'economia globale». Lo afferma il capo economista di *Morgan Stanley*, Chetan Ahya, sottolineando che «questa volta sarà peggiore della recessione globale del 2001».

<sup>39</sup> Ma v. anche il comma 5, ultimo inciso, del cit. art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, dettato per il caso di recesso dell'acquirente di un contratto di viaggio, secondo il quale «l'organizzatore può offrire al viaggiatore un *pacchetto sostitutivo* di qualità equivalente o superiore, può *procedere al rimborso* nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell'articolo 41 del citato decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, oppure può *emettere un voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante».

sarebbe forse da considerare (magari in sede di conversione) la possibilità – plausibilmente, da riservare soltanto ai casi di maggiore e indiscutibile evidenza – di qualche correttivo (dalla cedibilità del titolo, allo scambio con servizi equivalenti, e fino – secondo i casi – al rimborso ordinario) che, contemperando gli interessi in gioco, riesca a salvaguardare anche simili ragioni.

30.

## Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19

---

253

Da qualche settimana il nostro Paese è risucchiato nel vortice di un'emergenza di immani proporzioni rispetto alla quale misure urgenti sono state adottate per arrestare l'invasione di un nemico infinitamente piccolo eppure potentissimo, privo di sembianze umane, che si serve di umani per proliferare. Si tratta di un'emergenza *sui generis* che scardina il paradigma schmittiano dell'amico-nemico per il quale un fronte compatto di amici noti e riconoscibili si mobilita contro un nemico esterno, conosciuto e individuabile. Qui il nemico è potenzialmente l'amico, il collega, il familiare, il conoscente, lo sconosciuto che sia pure distrattamente incrociamo. Ci si scopre di colpo vulnerabili e soli, – la quarantena individuale ce lo sta dimostrando – e facili prede di un attacco neppure percepito quando è sferrato dal contagio ad opera di un'entità che ha il beneficio dell'invisibilità. Il timore dell'altro la fa *hobbesianamente* da padrone.

Un paradigma di *incredibile irrealtà* accompagna i nostri giorni che scorrono al ritmo più lento delle lancette delle dimore domestiche nelle quali milioni di italiani, rannicchiati nella sola dimensione intima e privata, sentono rinvigorita la percezione della *bellezza* e della *vitalità* dello spazio

pubblico della condivisione sociale. Quando il sipario della vita relazionale e sociale viene letteralmente e brutalmente strappato di scena, lasciandoci in mano soltanto il tessuto sia pure prezioso delle relazioni private, per contrastare questa battaglia che si consuma tra la vita e la morte sono più che mai necessari i richiami al senso di responsabilità e solidarietà.

La nostra è una battaglia per la quale non si richiede al comune cittadino lo sforzo eroico di combattere in prima linea, ma quello molto più mite, eppure non trascurabile, di attuare da un lato comportamenti *responsabili* confacenti alle indicazioni del governo, che da giorni richiama ad una drastica limitazione dei contatti col mondo esterno e, dall'altro lato, comportamenti *solidali* che possono consistere in donazioni di somme di denaro finalizzate a far fronte all'emergenza epidemiologica del virus. Ciò è quanto è previsto dall'art. 99d.l.17 marzo 2020, n. 18. A tal fine, il Governo autorizza il Dipartimento della protezione civile ad aprire uno o più conti correnti bancari per la raccolta delle somme di denaro.

Di questa raccolta può avvalersi a norma dell'art. 122 del Decreto, il *Commissario straordinario per l'emergenza* il quale attua e sovrintende «a ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, organizzando, acquisendo e sostenendo la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza stessa, o comunque necessario in relazione alle misure adottate per contrastarla, nonché programmando e organizzando ogni attività connessa, individuando e indirizzando il reperimento delle risorse umane e strumentali necessarie, individuando i fabbisogni, e procedendo all'acquisizione e alla distribuzione di farmaci, delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale».

Il Commissario è legittimato a porre in essere ogni intervento utile per preservare e potenziare le filiere produttive dei beni necessari per il contrasto e il contenimento dell'emergenza e per la medesima necessità, sempre a norma dell'art. 122, «può provvedere alla costruzione di nuovi stabilimenti e alla riconversione di quelli esistenti per la produzione di detti beni tramite il commissariamento di rami d'azienda, anche organizzando la raccolta di fondi occorrenti e definendo le modalità di acquisizione e di utilizzazione dei fondi privati destinati all'emergenza, organiz-

zandone la raccolta e controllandone l'impiego secondo quanto previsto dall'art. 99».

Se il virus sta recidendo il legame sociale, strappando tanti cari ad affetti ed amici, silenziando piazze, parchi, lungomari, ristoranti, pub, bar, e altri luoghi di ritrovo, la donazione di una somma di denaro può contribuire a riparare le drammatiche breccie che dal Nord al Sud della penisola ci tengono blindati dietro le nostre porte di casa e, in caso di contagio asintomatico, addirittura dietro la porta di una stanza solitaria.

*Più vicini che mai*, possiamo tuttavia sentirci combattendo da casa in una forma invisibile eppure dotata di gran valore sociale, perché le donazioni di denaro sono destinate a proteggere chi lotta in prima linea sul fronte sanitario, a procurare alle migliaia di malati tutto quanto possa essere vitale per la loro salvezza e a sostenere il settore produttivo sottoposto ad una durissima prova di resistenza.

Come mai prima d'ora dal 1945 ad oggi, il nostro Paese si raccoglie in un sentimento di unità nazionale nella consapevolezza che sfide di questo genere si contrastano e si vincono con la forza dell'unione. La solidarietà, come ricordava Stefano Rodotà in uno dei suoi ultimi lavori, è quel principio volto a «scardinare barriere, a congiungere, a esigere il riconoscimento reciproco e così a permettere la costruzioni di legami fraterni». L'inno nazionale così tanto evocato in questi giorni ci richiama appunto alla fraternità e dunque alla solidarietà. In un tempo difficile come il nostro, il riferimento a questo “fondamentale” principio costituzionale ci consente di sottrarci alla nuda logica del realismo della malattia che divide e separa. Un tessuto solidale che è ricucito e rafforzato sia pure a distanza con le donazioni personali può contribuire ad innescare una rivoluzione sociale di cui il nostro Paese ha bisogno. «Che cosa devo fare?» è la domanda morale per eccellenza – ci ricorda Kant – che in tempi di emergenza assume toni non meno perentori.

A fronte di un darwinismo sociale ispirato alla “cultura dello scarto” che accetta la perdita dei più deboli e pare al momento imperante in altri Stati, l'ispirazione sociale dello Stato italiano è volta a massimizzare gli sforzi di tutti affinché nessuno sia abbandonato o lasciato solo a sé stesso, soprattutto se debole e fragile. Ma questi sforzi hanno bisogno di una cittadinanza sociale attiva, che voglia svolgere la propria anche piccola parte in

questa vicenda che segnerà sicuramente il corso della storia nazionale e certamente anche mondiale.

In tutto ciò è in gioco, sebbene sia percepibile solo a distanza, anche la tenuta del sistema democratico perché come ricorda Gustavo Zagrebelsky, «la democrazia è la forma di vista comune di essere umani solidali tra loro. Ciò è espressione dell'idea di virtù repubblicana di Montesquieu, di quell'amore per la cosa pubblica che presuppone disponibilità a mettere in comune qualcosa di sé, anzi il meglio di sé: tempo, capacità, risorse materiali. Tutto ciò costituisce un patrimonio di tutti, *res publica* per l'appunto, senza il quale non vi potrebbe essere né repubblica, né quella forma di repubblica che è democrazia».

La solidarietà democratica è il principio che per eccellenza, mirando a rafforzare l'interdipendenza sociale, ha "cura dell'altro". Si ha bisogno pertanto di un "diritto fraterno" nel quale si riuniscano gli sforzi degli italiani per liberare dal timore del contatto e del contagio. La solitaria lotta alla sopravvivenza non è mai stata politicamente vincente, ce lo ha insegnato Hobbes; per prosperare uno Stato ha bisogno però di essere libero dalla paura e per questo il principio di solidarietà cura un paese non soltanto materialmente, ma anche emotivamente e psicologicamente.

Potremmo così assistere alla rivincita della società contro le forze virulente che ci stanno costringendo in quella *Caverna* di Saramago in cui l'isolamento e la virtualità dell'esperienza prendono il posto della relazione sociale, soffocano l'alito della libertà attraverso un "processo di sottrazione" al prossimo, alla natura, al mondo.

Sarà bello poter pensare, a tempesta scampata, di aver contribuito con una donazione, a lenire dell'Italia sia pure una delle tante ferite che adesso la piagano. Richiamando in conclusione una bellissima pagina de *La Caverna* si legge che «a volte bisogna cercare ciò di cui si ha bisogno in quello che pensavamo non servisse più». Ripensando alla solidarietà, ci auguriamo di poter dire che «[c]iò che sembrava unico era plurale, ciò che è plurale lo sarà ancora di più».

#### Riferimenti bibliografici

G. Alpa, *Solidarietà*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 1994, 373 ss.; M.-C. BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Paris, 2007; M. BORGETTO, *Fraternité*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, 753 ss.; F.D. BUSNELLI, *Solidarietà*:

aspetti di diritto privato, in *Iustitia*, 4, 1999, 435 ss.; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, 2001; L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, 2013; T. HOBBS, *Elementorum philosophie sectio tertia. De cive* [1642], nella versione italiana *De cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Roma, 2005; ID., *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* [1651], nella versione italiana, *Il leviatano, o la materia, la forma e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*, Milano, 2011; E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2005; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; J. SARAMAGO, *A Caverna*, Caminho, Lisboa, 2000, ed. it., *La caverna*, Torino, 2000; C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, [1932], nella versione italiana si v. insieme alla raccolta di altri saggi Schmittiani *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 2014; G. ZAGREBEKSKY, *Imparare democrazia*, Torino, 2007.



## 31. Gli effetti della pandemia sull'economia digitale

---

1. Gli economisti studiano gli effetti dell'epidemia da COVID-19 sull'economia mondiale o su alcune macroaree, riprendendo anche dati relativi a precedenti pandemie, senza, tuttavia, conoscere con precisione la morbilità e la letalità del coronavirus 2019; né tantomeno il tempo in cui gli effetti della malattia si produrranno sul tessuto economico nazionale e sovranazionale; sconosciute sono anche le decisioni che saranno adottate da singoli governi e le regole statali e convenzionali che modificheranno il modo di fare impresa.

L'epidemia ha messo ancora più in crisi il ruolo dell'uomo, favorendo una nuova visione del mondo, secondo cui gli algoritmi computerizzati alla fine decifreranno e supereranno le prestazioni degli algoritmi biologici (Yuval Noah Harari). Gli uomini non appaiono più in grado di gestire l'immenso numero di dati, che dovrebbe essere affidato ad algoritmi digitali.

Malgrado alcuni avessero chiesto ai governi di prestare attenzione a quanto già avvenuto con l'ebolavirus, vi è stata una generale impreparazione e, di conseguenza, improvvisazione nelle scelte da adottare per arginare la nuova epidemia, con un risultato completamente diverso da

quanto accaduto in occasione dell'ebolavirus. Una nuova pandemia era stata pure immaginata, ma nessun piano di protezione è stato progettato, malgrado fosse stata pubblicamente auspicata una strategia preventiva soprattutto per un possibile futuro virus, diffuso in vasti centri urbani, propagandosi per via aerea (Bill Gates). Tuttora, qualsiasi previsione viene svolta a breve termine e gli interventi del governo italiano si sono susseguiti giorno dopo giorno, in attesa dell'auspicato "Decreto Salva Economia" (decreto legge recante misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), anche al fine di evitare licenziamenti di massa e crisi di imprese.

2. L'impatto in Italia del coronavirus 2019 si scarica su un "organismo socio-economico" già fortemente indebolito e colpisce subito i più deboli, ossia le imprese tecnologicamente vecchie e quelle che operano in determinati settori più esposti: c'è il rischio che gli effetti economici della pandemia si rivelino un moltiplicatore delle diseguaglianze. I settori su cui si poteva principalmente puntare, come turismo, trasporti e sport, sono oggi fermi.

In generale, una situazione epidemica come quella diffusa attualmente in Italia, provoca una riduzione dell'offerta di lavoro dovuta alla malattia (o nei casi più gravi alla morte) di un numero elevato di lavoratori o alla necessità di prendersi cura di familiari ammalati, con conseguente calo della produttività; la chiusura, anche se temporanea, di alcune aziende per tentare di limitare il contagio nelle zone colpite, oltre che per le difficoltà di rifornimento di componenti e materie prime; un forte calo della domanda da parte dei consumatori, con totale azzeramento in alcuni settori come quello del turismo e delle attività ludiche; un crollo del commercio internazionale e degli investimenti esteri. Nel frattempo, gli accordi presi impongono la consegna delle merci entro termini stabiliti per non incorrere in risoluzioni contrattuali e penali da pagare.

Molti operatori economici, ora inattivi per decisione governativa, non sono nelle condizioni di pagare i propri fornitori, i quali a loro volta non hanno la disponibilità per estinguere le proprie obbligazioni, per cui si attua una situazione statica con una quantità di debiti venuti a scadenza senza possibilità di adempiere, anche se temporaneamente. Non vi è liqui-

dità (disponibilità monetaria) per pagare. Non circola più ricchezza che, in parte, nemmeno si produce.

La situazione richiama alla mente la favola di Michal Kalecki sul debito e sul meccanismo di trasmissione monetaria. In un paese in cui tutti sono indebitati l'uno con l'altro, l'arrivo di un ricco e pio ebreo, che versa in acconto una banconota di 100 euro nella locanda del posto, consente la circolazione della stessa e l'estinzione delle reciproche obbligazioni, scoprendosi poi, al momento della restituzione della stessa al ricco ebreo, che la banconota, che aveva consentito l'estinzione di tutti i debiti, era falsa. In sostanza, l'immissione di liquidità può consentire la reciproca estinzione delle passività, maggiore ottimismo e, dunque, la richiesta di nuovi beni e servizi. Al momento, l'immissione di moneta virtuale, generata da un sistema informatico e non connessa all'emissione di moneta legale, non sarebbe sufficiente a consentire un effetto apprezzabile, per cui sono le autorità governative e quelle sovranazionali a dover prendere le opportune decisioni.

Si immaginano piattaforme di *crowdfunding* per acquisire risorse per determinati progetti utili a salvare vite umane, come la realizzazione di reparti di terapia intensiva. La priorità è per il lavoro a casa, con il c.d. *smart working*, ma molte imprese, come quelle metalmeccaniche, possono funzionare solo se gran parte dei dipendenti sono presenti in fabbrica.

3. In una situazione del genere i mercati ne risentono e non manca chi tenta operazioni speculative. In tal caso, il blocco delle vendite allo scoperto è un provvedimento efficace, solo se viene adottato in modo ampio (ad esempio, almeno da tutte le borse europee). Del resto, se le imprese in un determinato paese si fermano, vengono subito rimpiazzate nella filiera da imprese estere. Di conseguenza, a fronte di chi si impoverisce, vi sono potenziali accumuli di risorse finanziarie, che consentono una "scalata" di posizioni nel sistema concorrenziale. Sono le imprese che hanno adottato sistemi robotizzati e che si affidano a pieno regime all'informatica.

Si potrebbe immaginare uno scenario diverso. Se tutto si fermasse nel mondo, a vantaggio tra l'altro dell'ambiente, tutti apparentemente rimarrebbero (con meno produzione e consumi) nella stessa situazione di prima e nessuno si arricchirebbe a vantaggio di altri. Tuttavia, ci si troverebbe come in un film di fantascienza: tutti fermi lungo le strade senza possibilità

di muoversi, con la conseguenza che sarebbero destinati a soccombere quelli cui manca quanto serve per sopravvivere.

Un'altra metafora può rappresentare quanto sta al momento sta accadendo. Se, in uno scenario apocalittico, su alcune autostrade si continuasse a circolare, mentre su alcune statali il traffico fosse fermo, solo in pochi riuscirebbero a correre al primo casello per entrare in autostrada, trovando un grande ingorgo all'ingresso, mentre altri starebbero con i motori fermi, bloccati lungo le altre strade. Fuori della metafora, a chi deve essere consentita la priorità di muoversi?

L'unica soluzione, anche per evitare che il denaro perda valore, è quella non arrestare la produzione di beni e servizi essenziali, che nella metafora sono quelli che devono essere lasciati liberi di muoversi più velocemente possibile. E qui si potrebbe aprire un lungo dibattito su cosa sia essenziale o meno in un momento del genere: ad esempio, se la giustizia sia essenziale o lo sia solo la cura delle persone e i servizi bancari, che consentono le transazioni, sempre limitatamente a ciò che sia indispensabile. E il dibattito sinora si è concentrato su cosa si possa o non si possa fare, non su come farlo. Paradossalmente, pure in ordine alla mera possibilità di svolgere attività fisica da soli all'aperto, se il Presidente del Consiglio non la nega, vi è anche qualche Presidente di Regione che prescrive misure più restrittive, senza poi motivare perché non si possa correre nei boschi di Roccamonfina, visto che nessuno afferma che il virus sia trasmissibile dalle piante o attraverso l'atmosfera che avvolge il pianeta. Già la differente sensibilità nell'approdare a soluzioni dirette alla salute dei cittadini, in base alla valutazione dei rischi dell'epidemia, fornisce un esempio per capire le differenti visioni del problema, addirittura da parte delle Istituzioni dello stesso nostro Paese. Di conseguenza, non vi sono convergenze pure sul funzionamento del sistema economico nel corso dell'epidemia mondiale.

4. Le regole da adottare in caso di pandemia dovrebbero essere uguali per tutte le zone, non facendo differenze tra le regioni colpite dall'epidemia. Infatti, regole uguali per tutti, almeno in macroaree come quella europea, limiterebbero il rischio di speculazioni, facendo altresì saltare alcuni sistemi industriali a vantaggio di altri, anche se non vi è dubbio che deve essere conservata la piena produzione, là dove fosse possibile.

In secondo luogo, il ruolo delle banche è essenziale. Il problema è “come trasformare le locuste in api” (Felix Martin). Le nuove tecnologie hanno modificato il modo di fare finanza, attraverso la disintermediazione e la digitalizzazione dei servizi bancari nell’era di Fintech. Dalla circolazione e gestione della ricchezza, con la c.d. *blockchain*, all’esecuzione automatizzata dei contratti (*smart contract*), dalla raccolta del risparmio mediante emissione di valori digitali (ICO) alle piattaforme di *peer to peer lending*, il sistema finanziario si dimostra paradossalmente più pronto delle strutture ospedaliere ad affrontare gli effetti dell’epidemia.

Molti avvicinano la situazione attuale ad una guerra. Ma cosa accadrà alla fine? Rispetto ad un periodo postbellico, nella post-pandemia non ci saranno nazioni trionfanti sulle altre e, dunque, alcune soltanto perdenti. Il meraviglioso paese duale di Chimerica (Cina più America), che copre più di un decimo delle terre emerse, con un quarto della popolazione mondiale e un terzo della produzione globale (Nial Ferguson), non ci sarà più. Il problema, di tutti, è ora quello di capire quando e come si ripartirà. Il tempo trascorso prima di poter ricominciare non sarà breve.

Un’altra metafora può indurci a riflettere su quanto accadrà. Quando si è fermi in autostrada, c’è chi sbraita e chi sente la musica. Poi al momento in cui si riparte, vanno via tutti all’impazzata, quasi per recuperare il tempo trascorso inutilmente fermi. Nel caso della post-pandemia, non si sa quanti saranno nelle condizioni di ripartire, in che tempi e a che velocità. Nell’economia post-pandemica si avrà un “effetto passaggio a livello”. Quando riapriranno i ‘cancelli’, sia – economicamente che socialmente – ci saranno ingorghi e caos, e sarà difficile regolamentare la ripresa. Saranno favorite le imprese che avranno saputo nel frattempo adottare misure alternative di “sopravvivenza”, quali informatica e robotica. L’informatica, in particolare, in una situazione del genere, sta già assumendo la stessa valenza dell’industria bellica nel corso delle grandi guerre. D’altronde, l’epidemia sta spingendo verso un modello ancor più telematico della gestione della giustizia, visto che l’emergere della diffusione del contagio si è avuta in Italia proprio nei palazzi di giustizia, evidenziandosi da subito l’inutilità della presenza fisica in aula, potendo utilizzare qualsiasi sistema atto a realizzare videoconferenze.

Altre imprese, al momento della ripresa economica, ricominceranno len-

tamente, come accadrà nel settore turistico, fin quando i rischi di contagio non saranno diminuiti in modo evidente o quanto meno la comune opinione indurrà a viaggiare di nuovo, fisicamente e non solo virtualmente. Indiscutibilmente, la riconversione economica nel frattempo realizzata per sopravvivere con meno relazioni fisiche umane (dagli sportelli bancari, già ampiamente automatizzati in passato, ai settori educativi) consentirà un rilevante sviluppo, soprattutto qualitativo più che quantitativo, un modo diverso di concepire il lavoro e probabilmente anche l'esistenza, dando maggior valore al tempo libero (che una volta assaporato sarebbe duro abbandonarlo del tutto). È triste che solo oggi si comprendano i vantaggi dello *smartworking*, che non è solo il telelavoro, ma molto di più, da programmare e regolamentare al passo con la trasformazione tecnologica, tenendo conto anche dei rischi del *cybercrime*. Più in generale, *shock* dirompenti come quello attuato con l'epidemia, che si sta estendendo in modo velocissimo, determinano occasioni enormi per realizzare passi da gigante, nel settore medicale – non solo in campo farmaceutico ma anche per impianti e macchinari – e in quello digitale nonché nella robotica e nell'automazione. Non solo.

---

264

Le imprese fino ad ora hanno avuto clienti e fornitori internazionali, senza conoscere esattamente la filiera produttiva dei componenti, senza consapevolezza del livello di interdipendenza e sostituibilità di un fornitore o di un cliente. Avere una filiera tracciata può evitare in futuro sorprese e, in questa prospettiva, la diffusione di registri digitali (*blockchain*) consentirà la realizzazione di protocolli condivisi.

È con questo ottimismo che occorre continuare ad operare, perché ci si troverà dinanzi ad una ripresa tanto più incredibile quanto più lunghi temporalmente saranno stati gli effetti della pandemia. A seguito della peste nera che funestò l'Europa nel periodo compreso tra il 1347 e il 1350, scaturirono le premesse per la straordinaria fioritura artistica e letteraria e il libero sviluppo del pensiero: il Rinascimento, che portò, nel campo della letteratura, del teatro, della musica, dell'architettura, della pittura, della scultura ma anche della filosofia e della ricerca scientifica, gli italiani, che erano stati i più colpiti dalla peste, alle più alte vette della cultura mondiale.

Smetteremo di sopravvivere e dovremo iniziare ad esistere.

**VII**  
**SOGGETTI E NUOVE TECNOLOGIE**



## 32. Privato sociale alla prova della videoconferenza

---

---

Fermare il virus senza fermare il Paese.

È un po' questo il senso che si trae dalle previsioni del d.l. n. 18 del 2020, alcune delle quali incrociano temi e questioni di teoria generale del diritto. Fra queste, si segnala l'art. 73, comma 4, il quale stabilisce che fino alla data di cessazione dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, le associazioni private anche non riconosciute e le fondazioni che non abbiano regolamentato modalità di svolgimento delle sedute in videoconferenza, possono riunirsi secondo tali modalità, nel rispetto di criteri di trasparenza e tracciabilità previamente fissati, purché siano individuati sistemi che consentano di identificare con certezza i partecipanti nonché adeguata pubblicità delle sedute, ove previsto, secondo le modalità individuate da ciascun ente.

La norma tuffa in un futuro che è già presente queste espressioni della categoria delle formazioni intermedie, per consentire l'ultrattività delle rispettive strutture di governance e di quelle operative anche durante il periodo emergenziale.

Disposizioni analoghe, è da notare, sono state dettate per gli organi collegiali degli enti pubblici nazionali, degli enti territoriali, delle società, anche quotate.

Su un piano di politica del diritto, il segnale che arriva è, dunque, che il Paese non si ferma non solo nella cura degli interessi pubblici e di quelli privati orientati al profitto, ma anche nel perseguimento degli scopi tipici del privato sociale. Il che è tanto più rilevante se si considera il contributo, straordinario ed essenziale allo stesso tempo, che il mondo del volontariato sta assicurando in queste drammatiche ore allo sforzo collettivo di contrasto al dilagare del virus e ai suoi effetti.

Sempre sul medesimo piano, è ben noto che vi sono associazioni private anche non riconosciute e fondazioni che non incrociano il fenomeno del volontariato, e che purtuttavia amministrano interessi che non consentono la sospensione totale di qualsivoglia attività, ivi comprese quelle di minuto e minimo mantenimento (dalle comunità di recupero sino all'impiantistica sportiva). Da questo punto di vista, la disposizione esprime apprezzabile senso di concretezza, mostrando attenzione per le esigenze di continuità operativa, pur quando minimale, di queste realtà.

Infine, nel momento in cui – attraverso un imposto assetto di distanziamento sociale – raggiunge l'apice un senso di solitudine già altrimenti sviluppatosi, su differenti basi e per differenti cause, in tanta parte del mondo occidentale, l'art. 73, comma 4, lancia un chiaro segnale in controtendenza, riconoscendo ruolo e vitalità a quelle formazioni intermedie e, di riflesso, all'anelito e alla libertà di aggregazione fra individui che vi sono ontologicamente sottintesi.

Ciò detto in punto di politica del diritto, riguardo agli aspetti di dettaglio merita notare che la disposizione ha riguardo a tutte le forme di operatività che presuppongono o richiedano il riunirsi fra intranei, nell'ambito delle associazioni private anche non riconosciute e delle fondazioni. Non si indirizza, dunque, alle sole strutture di governance, ma anche alle unità operative intermedie.

Effetto della norma è l'eterointegrazione del quadro regolatorio, espressione dell'autonomia privata, proprio di ciascuna associazione o fondazione. Così, quand'anche non previsto da alcuna fonte interna, gli intranei potranno senz'altro ricorrere alla videoconferenza, per riunirsi, invocando l'art. 73, comma 4.

Se ciò è vero – ai fini della validità della seduta (e delle decisioni che vi vengano prese), specie ove si tratti di strutture di *governance* – la disposi-

zione esige tuttavia il «rispetto di criteri di trasparenza e tracciabilità previamente fissati, purché siano individuati sistemi che consentano di identificare con certezza i partecipanti nonché adeguata pubblicità delle sedute, ove previsto, secondo le modalità individuate da ciascun ente». In prima approssimazione, la sensazione è che sia richiesta anzitutto certezza legale della consapevolezza, in tutti gli aventi titolo a partecipare alla seduta, che una seduta – in modalità videoconferenza – è stata effettivamente indetta, comprensiva della conoscenza degli elementi di identificazione di mezzo (piattaforma adoperata), giorno e ora. In secondo luogo, l'impressione è che l'art. 73, comma 4, non intenda imporre un'adeguata pubblicità delle sedute attuate in videoconferenza a tutte le associazioni e fondazioni, ma solo stabilire che – per quelle fra esse che abbiano già deciso di autovincolarsi in tal senso, per le riunioni svolte in presenza – dovranno continuare a garantirla (seppure con modalità che a ciascun ente è rimesso di individuare) anche per le adunanze che si tengano facendo ricorso alla tecnologia.

Una norma densa di implicazioni, dunque. Pensata per l'emergenza, ma che prevedibilmente si proietterà – anch'essa – oltre l'emergenza.

