Università degli Studi di Ferrara
Dipartimento di Giurisprudenza

DIRITTO VIRALE

Collana dei Ricercatori del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara

Volume II

"Reazioni dell'ordinamento giuridico all'emergenza da Coronavirus"

Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Coronavirus

Dipartimento di Giurisprudenza

DIRITTO VIRALE

Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19

Diritto virale – Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Ferrara

Corso Ercole I d'Este, 37 – Ferrara

ISSN 2724-1130

Pubblicato in data 14 luglio 2020

Direttore
Daniele Negri

Vicedirettore
Marco Greggi

Comitato scientifico
Alberto Avio, Gian Guido Balandi, Alessandro Bernardi, Giuditta Brunelli, Donato Castronuovo, Gianluca Gardini, Michele Pifferi, Francesco Salerno

Redazione
Rossella Maranini

Dipartimento di Giurisprudenza

DIRITTO VIRALE
Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19

Sommario

FISCALITÀ VIRALE COMPARATA: SVIZZERA E ITALIA A CONFRONTO - *Samuele Vorpe e Marco Greggi* 3

CONTRATTI DI VIAGGIO E DEL TEMPO LIBERO: TUTELE E RIMEDI A FRONTE DELL'EMERGENZA SANITARIA DA *CORONAVIRUS* - *Alessandro Pepe* 10

L'EMERGENZA DEL COVID-19 E IL CONDIZIONAMENTO DELL'ECONOMIA LEGALE DA PARTE DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA - *Riccardo Tonelli* 21

IL DIRITTO PENALE ALLA PROVA DELLA COVID-19 - *Alessandro Bernardi* 28

RISPETTO DELLE MISURE DI CONTENIMENTO ANTI COVID-19 ED ESONERO DEL DEBITORE DA RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO - *Giovanni De Cristofaro* 42

WHISTLEBLOWING E PREVENZIONE DEI FENOMENI CORRUTTIVI DURANTE LA CRISI ECONOMICA GENERATA DALLA PANDEMIA COVID-19 - *Anna Francesca Masiero* 61

IL DIRITTO PENALE "AL TEMPO DELLA PESTE" – *Donato Castronuovo* 67

FISCALITÀ VIRALE COMPARATA: SVIZZERA E ITALIA A CONFRONTO

di **Samuele Vorpe e Marco Greggi* –** samuele.vorpe@supsi.ch e marco.greggi@unife.it

Per quanto geograficamente vicini e caratterizzati da un tessuto produttivo profondamente interconnesso, il Canton Ticino e l'Italia stanno rispondendo in modo profondamente divergente alla crisi da Covid. Il territorio elvetico si distingue per une risposta orientata al forte sostegno dell'imprenditoria locale e un alleggerimento della compliance fiscale ad ampio raggio, nel quadro di una strategia federale organica. L'Italia, ancora costretta da vincoli di bilancio particolarmente penetranti, si affida a interventi di alleggerimento in una logica emergenziale, nel tentativo di "spingere la notte più in là".

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *La strategia della Confederazione elvetica e il quadro di interventi italiano* – 3. *Le misure del Canton Ticino: la fiscalità delle persone fisiche* – 4. *Segue: le persone giuridiche* – 5. *L'impatto della crisi sul processo tributario* – 6. *Versamenti delle imposte e corresponsione degli interessi* – 7. *Smart Working* – 7. *Considerazioni conclusive.*

1. *Introduzione.* Essendo la Svizzera uno Stato federale, le misure fiscali legate alla pandemia Covid-19 vanno suddivise tra Confederazione e Cantoni, in ragione del fatto che esiste una potestà impositiva concorrente per le imposte dirette ed esclusiva della Confederazione per quanto attiene l'IVA, l'imposta preventiva e le tasse di bollo[1]. Questo rende il panorama elvetico decisamente più variegato rispetto a quello italiano, dove le scelte di politica fiscale sono stabilite dallo Stato, pur permanendo in capo alle regioni importanti strumenti di tutela dei diritti fondamentali del cittadino: primo fra tutti quello della salute[2]. Anche altri enti territoriali cd. "minori", come i comuni, dispongono di poteri autoritativi in materia di salute pubblica. Tuttavia il ruolo di questi ultimi è marcatamente limitato in merito agli strumenti fiscali di contrasto alla crisi.

2. La strategia della Confederazione elvetica e il quadro di interventi italiano. Il 20 marzo scorso, il Consiglio federale ha adottato un'ordinanza che stabilisce delle misure

[1] La fiscalità elvetica è caratterizzata da un'affascinante alchimia, in base alla quale convivono all'interno dello stesso sistema una potestà impositiva federale e (anche) una cantonale, con la seconda in tensione non solo con la prima, ma anche con quella esercitata dagli altri cantoni, in chiave competitiva. Recentemente sul tema S. LEONARDI e A. BERNASCONI, *Dalla concorrenza internazionale a quella intercantonale*, Novità fiscali, 2020, p. 183.

[2] Art. 32 della Costituzione italiana. Nella penisola un quadro di sintesi è offerto dagli scritti raccolti in R. NANIA (a cura di), *Il diritto alla salute fra Stato e regioni: il Patto per la salute 2014-2016*, Rimini, 2016.

***** *Marco Greggi è Professore Ordinario di Diritto tributario presso l'Università di Ferrara. Samuele Vorpe è docente-ricercatore senior di diritto tributario presso la Scuola Universitaria Professionale della Svizzera Italiana (SUPSI) di Lugano e Dottorando di ricerca in diritto dell'UE e ordinamenti nazionali presso l'Università di Ferrara.*

nell'ambito delle tasse e dei tributi, e che prevede soprattutto la rinuncia temporanea alla riscossione degli interessi di mora[3]. In base a questa disposizione federale, dal 20 marzo al 31 dicembre 2020 non è dovuto alcun interesse di mora in caso di pagamento tardivo dell'imposta federale diretta, dell'IVA, di imposte speciali sul consumo (segnatamente sul tabacco greggio e manufatto, sulle bevande distillate, sulla birra, sulle automobili e sui carburanti), di tasse d'incentivazione e tributi doganali. L'imposta preventiva e le tasse di bollo sono invece escluse da questa misura.

Alla rinuncia alla riscossione degli interessi di mora, non seguono ulteriori misure incisive. Tant'è che restano invariati i termini stabiliti per l'apprensione delle imposte. Tuttavia, le stesse leggi prevedono che le autorità fiscali federali possano concedere, su richiesta del contribuente, una proroga del termine di pagamento o dei pagamenti rateali qualora il pagamento entro il termine stabilito dovesse essere particolarmente gravoso.

I termini per reclami contro decisioni dell'autorità, che per legge sono fissati in 30 giorni, non cambiano. Sembra però che l'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) interpreterà le disposizioni concernenti i termini con "grande tolleranza", tenuto conto della situazione straordinaria attuale.

L'intervento italiano si distingue da quello svizzero nei tempi e nei modi. In particolare, il Governo nella penisola è intervenuto con diverse misure ad incidenza progressiva, a mano a mano che la gravità della situazione si andava affermando[4]. Esempio paradigmatico di questo approccio "in crescendo" è la disciplina riguardante la sospensione dei termini processuali, che è stata a più riprese estesa dal legislatore, a seguito delle critiche della letteratura in un primo momento[5].

3. *Le misure del Canton Ticino: la fiscalità delle persone fisiche.* Con la Risoluzione governativa n. 1428 del Consiglio di Stato, del 16 marzo scorso, è stata prevista la concessione di una proroga d'ufficio, vale a dire senza preventiva da parte del contribuente persona fisica, sino al 30 giugno prossimo, per l'invio delle dichiarazioni d'imposta per l'imposta cantonale e federale diretta per il periodo fiscale 2019, come pure per quelle dei periodi fiscali precedenti, il cui termine d'inoltro è scaduto dopo il 16 marzo 2020. Se il contribuente non dovesse consegnare la dichiarazione entro il nuovo termine (che sostituisce quello ordinario di fine aprile), poiché si trova impossibilitato ad allestire la dichiarazione fiscale, egli dovrà spontaneamente richiedere una proroga motivata, al fine di evitare una violazione dei suoi obblighi procedurali, che prevede inizialmente l'avvio di procedure di richiamo, poi una diffida e, infine, una multa[6].

La soluzione italiana adottata nei mesi di emergenza virale ha riguardato, esattamente come quella elvetica, la proroga dei termini in scadenza in costanza di emergenza, e una strategia minimale di sostenibilità per le imprese e le attività professionali. In questa prospettiva, nella mole di decreti emanati in questi mesi, sicuramente il d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (cd. "*Cura Italia*") è quello che costituisce uno dei due baricentri nell'eccentrica architettura italiana di risposta alla

[3] Si veda l'Ordinanza concernente la rinuncia temporanea agli interessi di mora in caso di pagamento tardivo di imposte, tasse d'incentivazione e tributi doganali nonché la rinuncia alla restituzione del mutuo da parte della Società svizzera di credito alberghiero, del 20 marzo 2020 (RS 641.207.2), in: https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20200842/index.html (consultato il 17 aprile 2020).

[4] Un quadro di sintesi dei diversi interventi è stato già analizzato in M. GREGGI, *Un Progetto Manhattan per la fiscalità post-Covid*, Diritto virale, 2020, 10.

[5] C. GLENDI, *Termini del processo (e notifiche del CUT) al tempo del Koronavirus*, Editoriale IPSOA, 18 aprile 2020.

[6] Secondo il diritto elvetico.

crisi[7]. È infatti con questo decreto che il legislatore dispone la sospensione dei versamenti per specifiche attività individuate dal provvedimento stesso e considerate particolarmente colpite dalla situazione[8], esattamente come sono sospesi gli adempimenti tributari[9] nel periodo tra l'8 marzo e il 31 maggio 2020.

Un aspetto che sembra far divergere la situazione italiana[10] rispetto a quella svizzera è la simmetria della sospensione. Nella penisola, infatti, anche le attività tipiche dell'ente impositore (liquidazione, controllo, accertamento e riscossione) sono sospesi sino al 31 maggio 2020[11].

4. *Segue: le persone giuridiche*. Con la citata Risoluzione governativa è stata prevista una proroga per la consegna della dichiarazione fiscale anche per le persone giuridiche. Il termine è stato esteso d'ufficio sino al 30 settembre 2020, senza che il contribuente debba farne richiesta. Lo stesso vale per l'inoltro delle dichiarazioni dei periodi fiscali precedenti, il cui termine d'invio è scaduto dopo il 16 marzo 2020. Le persone giuridiche che non consegnano la propria dichiarazione entro il 30 settembre, nel caso in cui non chiedono una proroga motivata, violano i loro obblighi procedurali, le cui conseguenze sono identiche a quelle sopra indicate.

5. *L'impatto della crisi sul processo tributario*. Diversamente da quanto previsto a livello federale, in cui il termine di reclamo e di ricorso contro le decisioni dell'AFC continuano a decorrere ai fini delle imposte federali (compresa l'imposta federale diretta), a livello cantonale questi termini sono stati sospesi sino al 26 aprile 2020 compreso, ai fini delle imposte cantonali e comunali sulla base di un decreto cantonale[12]. Per i contribuenti che intendono, quindi, contestare una decisione che concerne sia l'imposta federale diretta sia quella cantonale, si sottolinea come sia necessario agire entro il termine di 30 giorni previsto dalla Legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD; RS 642.11) che, ad oggi, non è stato sospeso.

Per quanto la situazione elvetica non sia agevole, vista la scissione fra dimensione cantonale e federale del processo, essa è pur sempre più accettabile di quella italiana. Quest'ultima, all'apparenza più lineare in ragione di una sola tipologia di processo su tutto il territorio nazionale, ha subito in un primo momento un impatto asimmetrico della sospensione dei termini processuali.

All'inizio la norma sembrava disporre una sospensione divergente: dal 9 marzo al 15 aprile per il contribuente, ma al 31 maggio per l'ente impositore: frutto evidente di una non sufficiente meditazione della disposizione[13].

---

[7] Nelle note a seguire, qualora non diversamente specificato, i richiami a singoli articoli è da intendersi come riferito al decreto cd. "*Cura Italia*".

[8] Art. 61.

[9] Il concetto di "adempimento tributario" è naturalmente ambiguo. Si considerano ad esempio sicuramente oggetto di regime di sospensione la compilazione dei modelli INTRASTAT per le cessioni intracomunitarie ai fini IVA, ma non certamente l'emissione di fatture (elettroniche) per le operazioni commerciali poste in essere in regione di quarantena, né tantomeno la trasmissione telematica dei corrispettivi.

[10] Adesso un quadro interpretativo sistematico del decreto è garantito anche dalla Circ. n. 8/E del 3 aprile 2020.

[11] Art. 67.

[12] Si veda il Decreto esecutivo concernente l'operato procedurale delle Autorità amministrative cantonali e comunali e delle Autorità giudiziarie amministrative e civili in tempo di emergenza epidemiologica da Covid-19, del 20 marzo 2020, in: https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/CdS/pubblicazioni_straordinarie/20200320_DE_sospensione_termini.pdf (consultato il 17 aprile 2020).

[13] Art. 83.

Successivamente però con la Circ. 8/E del 30 maggio 2020 l'Amministrazione ha allineato l'incidenza della sospensione al 15 aprile. Con il che, se da un lato ha contribuito a risolvere una situazione spinosa che aveva sollevato ampie critiche in letteratura[14], dall'altro è anche testimone dei tempi. La crisi ha fatto sì che con una Circolare amministrativa si ponga nel diritto vivente primo rimedio a un'incertezza applicativa di una fonte di grado primario, con tutte le riserve che siffatto modo di procedere reca con sé.

Tale alterazione del processo e del rapporto tributario, ispirati alla parità delle armi, traspare con ancor più evidenza nell'estensione dei termini di accertamento.

A differenza della Confederazione elvetica, dove l'intervento del legislatore è stato essenzialmente orientato a mitigare gli effetti della crisi, in Italia esso ha anche tutelato l'interesse dell'azione amministrativa concedendo agli uffici una estensione di due anni per lo svolgimento dell'attività di accertamento.

Come è noto la potestà accertativa degli uffici per le imposte erariali è oggi subordinata a precisi termini di decadenza sia nell'interesse del contribuente alla certezza dei rapporti, che a tutela di una efficiente azione amministrativa. Si tratta di un periodo tutto sommato congruo, e pari a cinque anni, nel caso in cui la dichiarazione sia stata presentata (è il caso delle imposte sui redditi): termine che si estende a sette anni nell'ipotesi in cui siffatta formalità sia stata omessa[15].

Il decreto cd. "*Cura Italia*" amplia di altri due anni i suddetti termini, senza che nell'ambito dei lavori propedeutici siano emerse ragioni particolari in questa direzione se non la straordinaria capacità di *lobbying* dell'Amministrazione finanziaria italiana, da anni autentico legislatore tributario.

Peraltro, neppure è chiaro il perché una durata tanto prolungata quando i termini di sospensione dell'attività processuale si esauriscono in pochi mesi.

6. *Versamenti delle imposte e corresponsione degli interessi*. Con la Risoluzione governativa n. 1741, dell'8 aprile scorso, il Consiglio di Stato ha deciso che gli interessi di ritardo maturati per l'intero anno civile 2020 sui crediti fiscali, compresi gli acconti non saldati, non saranno conteggiati. Di conseguenza, l'interesse di mora per quest'anno è pari allo 0% e si applica tutte le imposte dirette cantonali, comprese le imposte sulle successioni e sulle donazioni, nonché l'imposta sugli utili immobiliari.

La Risoluzione governativa n. 1428, del 16 marzo scorso, ha previsto una dilazione dei termini di pagamento di 60 giorni per tutte le fatture emesse dallo Stato. Ciò significa che i termini di pagamento per le rate di acconto per l'imposta cantonale 2020 sono automaticamente prorogati rispetto alle scadenze ordinarie (31 maggio, 31 luglio e 30 settembre diventano 31 luglio, 30 settembre e 30 novembre). Il contribuente che non paga le rate di acconto che gli sono state inviate, sarà chiamato al pagamento dell'intero importo delle imposte dovute in un'unica soluzione, attraverso la quarta rata a conguaglio.

---

[14] A. M. CARACCIOLO, *Coronavirus: rinvio delle udienze e sospensione dei termini processuali ad ampio raggio*, Editoriale IPSOA, 16 aprile 2020.

[15] I termini di decadenza per l'esercizio de potere di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria, applicabili alle imposte dirette, sono individuati dall'art. 43 d.P.R. 600/73. Essi erano stati raddoppiati (al ricorrere di particolari condizioni) dall'art. 37, co. 24 d.l. 223/06, poi ulteriormente emendati dall'art. 2, l. 128/15 e successivamente ancora dall'art. 1, co. 131 l. 208/15. Il rapido susseguirsi delle novelle aveva suscitato in giurisprudenza un ampio dibattito in merito al diritto intertemporale applicabile e alla regola del *tempus regit actum*. La Corte di Cassazione è autorevolmente intervenuta in questo contesto con Cass. n. 26037 del 16 dicembre 2016. L'insegnamento della Corte è poi stato recepito dai giudici di merito, ad esempio recentemente da C.T.R. Emilia Romagna n. 24 del 7 gennaio 2020.

Per quanto riguarda l'imposta federale diretta rimane valida la scadenza del 31 marzo scorso relativa al pagamento del calcolo provvisorio di tale imposta. In caso di non rispetto del termine, non vengono conteggiati interessi di mora, come sopra rilevato.

Infine, i Comuni sono autonomi in merito alla fissazione e alle scadenze di pagamento delle rate di acconto per quanto riguarda l'imposta comunale.

L'impatto economico del Covid-19 non era prevedibile nel 2019 e, pertanto, non vi erano indicazioni che alcuni contratti non sarebbero stati adempiuti a causa del Coronavirus. Accantonamenti per l'anno 2019 relativi alla pandemia Covid-19 non sono pertanto giustificati. Il Canton Ticino nega, quindi, la possibilità di effettuare accantonamenti legati al Covid-19 per esercizi commerciali riferiti a prima della pandemia.

7-. *Smart Working*. Le spese per l'uso di un ufficio privato possono essere fiscalmente considerate solo come delle "altre spese necessarie per l'esercizio della professione" ai sensi degli artt. 25 cpv. 1 lett. c della Legge tributaria ticinese (LT; RL 640.100) e 26 cpv. 1 lett. *c* LIFD, se il contribuente presta regolarmente una parte essenziale delle sue attività professionali da casa, in quanto il datore di lavoro non mette a disposizione un posto di lavoro appropriato, e qualora il contribuente dispone presso il proprio domicilio privato di una camera specifica destinata principalmente a fini professionali e non privati.

La concessione della deduzione presuppone che il contribuente deve effettuare una parte importante del proprio lavoro professionale al domicilio. Se un locale privato ad uso professionale viene usato principalmente, ma non esclusivamente, per scopi professionali, si deve riprendere quale spesa per il mantenimento personale la quota dei costi che si riferisce all'uso privato[16].

Non è ammessa la deduzione delle spese prese a carico dal datore di lavoro o da terzi, come pure delle spese private causate dalla posizione professionale del contribuente, nonché di quelle per il suo mantenimento e quello della sua famiglia (artt. 33 lett. *a* LT e 34 lett. *a* LIFD).

Se ambedue i coniugi svolgono un'attività lucrativa dipendente, le deduzioni sono ammesse per ciascuno di essi.

Sono considerate "altre spese necessarie per l'esercizio della professione" quelle che sono sopportate dal contribuente per l'acquisto di attrezzi e strumenti di lavoro (compresi *hardware* e *software*), per riviste e libri specializzati, per l'uso di una camera privata a scopi professionali, per abiti di lavoro, per l'usura particolare delle scarpe e degli abiti di lavoro, e così via. La relativa deduzione è ammessa, ai fini dell'imposta cantonale, nella misura di complessivi 2'500 franchi l'anno, oppure delle spese effettive, mentre per l'imposta federale diretta nella misura del 3% del salario netto, con un importo minimo di 2'000 franchi e uno massimo di 4'000 franchi l'anno, oppure delle spese effettive. La deduzione forfettaria comprende pertanto già anche le spese per l'uso di una camera privata per scopi professionali (spese per l'affitto, il riscaldamento, l'illuminazione e la pulizia).

Nell'ambito della giustificazione di spese effettive più elevate, i contribuenti possono far valere la deduzione di queste spese se dimostrano che utilizzano, a titolo principale e regolare, uno specifico locale del loro appartamento privato a scopi professionali. Per contro, l'uso occasionale dell'appartamento privato a scopi professionali, non provoca spese supplementari e non dà quindi diritto ad alcuna deduzione. Il contribuente che, in luogo di una deduzione forfettaria, fa valere spese più elevate, deve giustificare la totalità delle spese effettive e la loro necessità professionale. L'onere della prova è dunque a carico del contribuente.

[16] Sentenza TF n. 2C_1033/2017 del 31 maggio 2018, consid. 3.1. = RDAF 2019 II, p. 656.

Resta inteso che il lavoro in modalità *smart working* non dà diritto alle deduzioni fiscali per spese di trasporto necessarie per recarsi dal domicilio al luogo di lavoro, come pure a quelle necessarie per pasti fuori domicilio o in caso di lavoro a turni.

Il legislatore italiano non ha fiscalmente agevolato modelli di *Smart Working* per professionisti e piccoli imprenditori, ma ha tuttavia riconosciuto[17] un credito di imposta[18] pari al 60% dell'importo del canone di locazione per gli immobili in categoria C/1[19].

Inoltre il medesimo decreto[20] ha disposto la sospensione dei mutui cd. "prima casa" (con una durata di nove mesi) per lavoratori autonomie con un calo di fatturato del 33%: va però ricordato che ci si era già mossi in questa direzione con una analoga misura a favore dei lavoratori dipendenti che si fossero trovati in difficili condizioni economiche in ragione del virus, con un orario di lavoro ridotto o con forme sostitutive (sospensive) del rapporto.

È più che ragionevole e logico ammettere che le modalità di lavoro "agile" o "*smart*" impongano un utilizzo intensivo di risorse del lavoratore (autonomo o dipendente) che altrimenti sarebbero state pertinenti alla cd. "sfera privata" del medesimo: basi pensare alla connessione di rete, alle utenze, ai consumabili di studio. Per quanto riguarda il lavoro autonomo il legislatore italiano prevede dei coefficienti forfettari per la deducibilità di costi sostenuti di beni o servizi ad uso promiscuo[21]. Nulla di tutto questo invece è previsto per il lavoro dipendente[22].

La pur torrenziale legislazione e regolamentazione per l'emergenza Covid ha colpevolmente lasciato del tutto immutata questa cornice di riferimento.

8 -. *Considerazioni conclusive*. Separate da poco più di un lago, ma storicamente vicine come due facce di una stessa moneta, la comunità del Cantone e la limitrofa italiana si trovano oggi ad affrontare la crisi con strumenti giuridici (soprattutto fiscali) profondamente diversi, e probabilmente, come i lati della moneta, a non guardarsi mai.

Le autorità cantonali stanno gestendo la sfida virale con un piano di intervento piuttosto organico, con una normativa poderosa di sostegno alle imprese e con il supporto della Confederazione e dei suoi strumenti economici, se necessario[23].

La scelta italiana (obbligata da noti motivi finanziari) è invece ispirata alla contingenza, nella speranza che l'aiuto necessari venga, prima o poi dall'Unione europea. Di qui le misure sostegno della piccola imprenditoria o delle professioni, ma con crediti di imposta o erogazioni *una tantum*[24] essendo il Governo conscio che ogni atto di espansione di spesa deve fare in conti con le condizionalità imposte dall'Unione: particolarmente attenta ai vincoli di bilancio e alla

[17] Art. 65.
[18] Utilizzabile invero solo in compensazione e limitato al mese di marzo 2020.
[19] Sostanzialmente negozi, botteghe, bar, ristoranti, etc.
[20] Art. 54.
[21] Ad esempio art. 54, co. 3 d.P.R. 917/86
[22] A rigore l'incremento del lavoro a casa dovrebbe portare a una rimodulazione delle quote in imponibilità dei corrispettivi erogato al lavoratore dipendente in natura ex art. 51, co. 4 d.P.R. 917/86.
[23] Vedi nota 4 *supra*.
[24] È questo il caso delle agevolazioni ad esempio al settore professionale e sostanziatesi con i cd. "seicento euro" nonché l'accesso dei professionisti al Fondo di solidarietà bilaterale per le attività professionali istituito dal decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 27 dicembre 2019, n. 104125, per quanto riguarda la tutela (esempio: cassa integrazione) dei dipendenti dei professionisti. Analogamente il decreto interministeriale del 28 marzo 2020, ha esteso anche ai professionisti iscritti alla previdenza di categoria (esempio: cassa forense per gli avvocati), la medesima indennità di 600 euro, già prevista per gli altri lavoratori autonomi, a sostegno del reddito. Nel momento in cui questo contributo viene pubblicato organi di stampa ipotizzano una ulteriore erogazione a favore di professionisti per una somma di circa 800 Euro. La platea dei potenziali beneficiari tuttavia è ancora da individuare, così come l'ammontare effettivo dell'erogazione in ragione del reddito da sostenere.

sostenibilità delle scelte di finanza pubblica. In questo, essa si dimostra profondamente diversa dalla Confederazione elvetica.

CONTRATTI DI VIAGGIO E DEL TEMPO LIBERO: TUTELE E RIMEDI A FRONTE DELL'EMERGENZA SANITARIA DA *CORONAVIRUS*

di **Alessandro Pepe* –** alessandro.pepe@unife.it

*Il presente scritto offre una prima lettura, anche alla luce della normativa eurounitaria, delle disposizioni adottate dal legislatore dell'emergenza con il d.l. n. 18 del 2020 (recentemente convertito in legge), applicabili ai contratti di viaggio e del tempo libero. Gli artt. 88 e 88-*bis *mirano a comporre le legittime istanze di rimborso, provenienti da parte di quanti non hanno potuto godere di viaggi, soggiorni, attività culturali e ricreative da tempo programmate, con l'altrettanto sentita esigenza di salvaguardare la tenuta di un settore strategico per l'economia del Paese.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione del quadro normativo dettato a fronte dell'emergenza sanitaria. – 3. I rimedi e le tutele offerte con riguardo ai contratti di viaggio, nel caso in cui i provvedimenti governativi di contenimento dei contagi da *coronavirus* si traducano in un impedimento soggettivo del creditore a ricevere la prestazione… – 4. … ovvero nell'impossibilità del debitore di eseguire la prestazione… – 5. …e con riguardo ai contratti per l'accesso a spettacoli, musei e altri luoghi della cultura.

1. La grave emergenza sanitaria causata della diffusione dei contagi da *coronavirus* (Covid-19) si è presto tradotta, attraverso i tristemente noti d.p.c.m., FAQ e raccomandazioni ministeriali aggiornate a più riprese, nel totale *lock-down* del Paese, con il blocco delle attività commerciali non essenziali e la limitazione degli spostamenti dei cittadini, non consentiti se non per "comprovate esigenze lavorative, assoluta urgenza, situazione di necessità o motivi di salute".

La rapida evoluzione di una situazione emergenziale, certamente di carattere eccezionale ed imprevedibile, dovuta alla particolare aggressività del nuovo *coronavirus* – ma anche, non può nascondersi, ad una congenita debolezza del sistema sanitario nazionale, imputabile alla riduzione delle risorse ad esso destinate nel corso degli ultimi decenni –, ha *de facto* legittimato la contrazione della libertà di movimento dei cittadini, in un'ottica di preminente tutela della salute, volta a ridurre il numero delle perdite di vite umane (rivelatosi ciononostante comunque elevatissimo).

Le misure di distanziamento sociale e la necessità di "restare a casa" per evitare il diffondersi dei contagi hanno avuto inevitabili ricadute su quanti, ignari della pandemia alle porte, avevano organizzato viaggi e soggiorni per svago o lavoro all'interno e fuori dei confini nazionali.

* *Assegnista di ricerca in Diritto privato*

Non soltanto coloro che sono stati sottoposti a misure di quarantena per aver contratto il *coronavirus*, ma la generalità dei potenziali viaggiatori hanno dovuto rivedere i propri programmi, vedendo sfumare la possibilità di fruire dei servizi prenotati e per i quali avevano già versato una caparra o pagato l'intero corrispettivo. Allo stesso modo, si è reso impossibile poter godere di spettacoli teatrali, *match* sportivi, mostre ed eventi culturali per i quali pure ci si era da tempo muniti dei necessari biglietti di ingresso, previo pagamento del relativo prezzo.

Nell'incertezza di quello che potrà accadere nei prossimi mesi, assodato che per un qualche tempo con il *coronavirus* si dovrà convivere, è ormai evidente che anche nell'ambito della c.d. "fase due", di progressiva riapertura del Paese, determinate attività non potranno più essere svolte o vissute con la stessa spensieratezza e tranquillità.

Comprensibilmente, dunque, coll'intento di attendere tempi migliori, in molti sono spinti a rivedere i progetti per le vacanze estive, eventualmente prediligendo un turismo "locale", rispetto alle più ambite ed affollate mete turistiche. Il decorso della diffusione dei contagi da *coronavirus*, peraltro, non è omogeneo nei diversi Paesi esteri, essendoci località ancora fortemente colpite dal *virus*. Per questo motivo, non è detto che, a fronte della "riapertura" dell'Italia, viaggiare all'estero potrà sempre dirsi davvero sicuro per la propria salute.

La situazione così determinatasi, in una prospettiva strettamente giuscivilistica, pone il tema dei possibili rimedi esperibili da parte di coloro che a causa del *coronavirus* non abbiano potuto fruire del viaggio prenotato o di altra prestazione di carattere ricreativo, o che per evitare il possibile rischio di contagio intendano rinunciare all'eventuale spostamento originariamente programmato, senza per questo perdere quanto eventualmente già pagato.

Una tematica che assume certo contorni meno pressanti rispetto agli interrogativi sollevati dall'incipiente crisi economica cui l'emergenza sanitaria ha inevitabilmente aperto la strada, ma che allo stesso tempo non appare priva di rilevanza pratica, andando peraltro ad incidere su un settore nevralgico per l'economia nazionale.

2. Al fine di fronteggiare l'incidenza negativa dei provvedimenti governativi di contenimento dei contagi da *coronavirus* sui contratti di viaggio e del tempo libero, il legislatore dell'emergenza ha emanato specifiche disposizioni destinate a trovare applicazione per l'intero periodo di efficacia delle misure atte a fronteggiare la pandemia.

In linea generale, la disciplina così introdotta cerca di contemperare l'interesse dei fruitori dei servizi a non perdere l'utilità economica del servizio acquistato e non goduto con l'interesse a contenere le perdite, proprio degli operatori di settore, già duramente colpiti a causa del *lock-down* da una forte riduzione degli incassi.

Rispetto a questo specifico proposito, occorre tuttavia subito premettere come nel fare applicazione della normativa emergenziale l'interprete debba comunque tener conto della normativa eurounitaria eventualmente esistente in materia (si pensi ai regolamenti sui diritti dei passeggeri nei diversi modi di trasporto[25] e alla direttiva relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati[26]), adottando, ove possibile, soluzioni ermeneutiche conformi al principio di *primauté* del diritto eurounitario. Il carattere eccezionale della normativa in esame, infatti, non legittima certo a ritenere che la stessa sia sottratta al principio di primazia delle norme adottate in seno all'Unione europea, nell'ambito delle competenze ad essa assegnate dai Trattati.

[25] Reg. CE n. 261/2004 per il trasporto aereo; Reg. CE n. 1371/2007 per il trasporto ferroviario; reg. UE n. 1177/2010 per il trasporto navale; reg. UE n. 181/2011 per il trasporto con autobus.

[26] Dir. 2015/2302/ relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il reg. CE n. 2006/2004 e la dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la dir. 90/314/CEE del Consiglio (in G.U.U.E. *L* 326 dell'11 dicembre 2015).

Per quanto riguarda i contratti di trasporto e i contratti di viaggio tutto compreso, il legislatore ha sin da subito previsto con l'art. 28, d.l. 2 marzo 2020, n. 9, una specifica disciplina per il rimborso dei titoli di viaggio e dei pacchetti turistici, specificandone espressamente al comma 8 la natura di «norme di applicazione necessaria». Nulla veniva però previsto per quanto riguarda le ipotesi di "contratti di soggiorno" (da intendersi come contratti aventi ad oggetto la fornitura di un alloggio per fini non residenziali, cioè non abitativi) conclusi al di fuori di un pacchetto tutto compreso. A tale mancanza ha sopperito l'art. 88 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il cui comma 1 ha previsto l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 28 d.l. n. 9 del 2020 anche a tale tipologia di contratti.

Con il medesimo articolo sono state altresì introdotte specifiche disposizioni con riguardo alla risoluzione dei contratti e al rimborso del prezzo di acquisto dei biglietti per spettacoli di qualsiasi natura, inclusi quelli cinematografici e teatrali, e per l'ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura.

In sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020, avvenuta con la l. 24 aprile 2020, n. 27, il legislatore ha provveduto ad un complessivo riordino della disciplina, pervenendo ad una formulazione finale della normativa invero non scevra da criticità.

Con la legge di conversione (art. 1, comma 2) è stata peraltro espressamente prevista l'abrogazione del d.l. n. 9 del 2020, con salvezza degli effetti prodottisi e dei rapporti giuridici sorti sulla base del citato decreto.

3. Venendo ad analizzare nel dettaglio l'attuale quadro normativo introdotto dalla legislazione d'emergenza, deve innanzitutto evidenziarsi come il legislatore abbia ribadito, in considerazione del potenziale carattere transnazionale dei contratti di trasporto (aereo, ferroviario, marittimo o terrestre), di pacchetto turistico e di soggiorno, l'espressa qualificazione delle disposizioni di cui all'art. 88-*bis*, d.l. n. 18 del 2020, in termini di «norme di applicazione necessaria» (comma 13). Pertanto, in caso di controversie incardinate innanzi al giudice italiano, la disciplina in esame potrà trovare applicazione a tutte le fattispecie ricomprese nella sua sfera di operatività, a prescindere dai criteri previsti dalle regole di diritto internazionale privato, senza che rilevi la preventiva individuazione in concreto della legge applicabile al contratto *sub iudice*.

La disciplina in parola è peraltro destinata a trovare applicazione indipendentemente dal canale attraverso il quale è stato concluso il contratto ed anche in deroga ad eventuali condizioni generali o specifiche pattuizioni tese ad escludere la rimborsabilità del titolo di viaggio o della prenotazione effettuata (comma 10).

Segnatamente, l'art. 88-*bis* trova applicazione sotto il profilo soggettivo nei confronti di tutti coloro che: *a)* (pur non essendo risultati positivi al *coronavirus*) siano stati sottoposti a quarantena o permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte della competente autorità sanitaria; *b)* siano residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio, individuate con d.p.c.m. (adottati ai sensi del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e successivamente del d.l. 25 marzo 2020, n. 19); *c)* siano risultati positivi al *coronavirus* e per i quali sia disposta la quarantena o la permanenza domiciliare con sorveglianza attiva ovvero il ricovero in struttura sanitaria; *d)* abbiano programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle predette aree interessate dal contagio; *e)* abbiano programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni, gare, eventi di qualsiasi natura o a qualsiasi forma di riunione che siano stati annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti in attuazione dei provvedimenti governativi di contenimento dei contagi da *coronavirus*; *f)* siano intestatari di un titolo di viaggio o acquirenti di pacchetti turistici, acquistati in Italia e aventi come destinazione Stati esteri ove sia impedito o vietato (è da ritenersi, tanto in

via generalizzata, quanto solo nei confronti di coloro che provengono da un determinato territorio) lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione dell'epidemia da Covid-19.

Sotto il profilo oggettivo, vengono invece in rilievo: per le ipotesi *sub a)* e *c)* i contratti da eseguirsi nel periodo di quarantena, permanenza domiciliare o ricovero in struttura sanitaria; per le ipotesi *sub b)*, *d)* ed *e)* i contratti da eseguirsi nel periodo di efficacia dei provvedimenti governativi di contenimento dell'emergenza sanitaria; e, infine, per le ipotesi *sub f)* tutti i contratti che abbiano come destinazione (o *rectius* le cui prestazioni debbano essere eseguite in) uno Stato estero che abbia adottato dei provvedimenti interdittivi all'accesso al proprio territorio come misure per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Al ricorrere dei presupposti individuati dall'art. 88-*bis*, in capo al passeggero o al viaggiatore che si trovi nell'impossibilità di fruire della prestazione o che non abbia più interesse a ricevere la medesima a causa degli effetti scaturiti dai provvedimenti governativi di contenimento dei contagi è posto l'onere di comunicare tale evenienza (che la norma in esame equipara espressamente, quanto agli effetti, all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, *ex* art. 1463 c.c.) al vettore o alla struttura ricettiva o all'organizzatore del pacchetto turistico. Il contraente è tenuto ad allegare la documentazione comprovante l'esistenza del contratto e, nelle ipotesi *sub e)*, la programmata partecipazione ad una delle manifestazioni, iniziative o eventi che, a causa delle disposizioni adottate dalle autorità competenti in ragione dell'emergenza sanitaria, non abbiano più avuto luogo secondo quanto originariamente previsto dagli organizzatori.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 88-*bis*, la comunicazione in parola deve essere effettuata entro un termine di trenta giorni che decorre: per le ipotesi *sub a)* e *c)*, dalla cessazione della quarantena, permanenza domiciliare o ricovero; per le ipotesi *sub b)* e *d)*, dalla cessazione dell'efficacia delle misure di contenimento previste dai d.p.c.m.; per le ipotesi *sub e)* dall'annullamento, sospensione o rinvio degli eventi in ragione dei quali era stato programmato il viaggio o il soggiorno; e, infine, per l'ipotesi *sub f)* dalla data prevista per la partenza.

Il legislatore non ha esplicitato quali conseguenze derivino dall'inutile decorso del termine entro cui effettuare la prescritta comunicazione. Tuttavia, alla luce di una lettura sistematica dell'articolato, sembrerebbe possibile affermare che la previsione in parola configuri un vero e proprio termine di decadenza, decorso il quale il viaggiatore nulla più può pretendere nei confronti della controparte contrattuale, essendogli impedito l'esercizio del relativo diritto. Ciò quantomeno in tutte quelle ipotesi (cui si ritiene debba essere limitata la portata applicativa dei commi 2 e 3) ove l'adozione delle misure di contenimento del contagio da *coronavirus* si siano tradotte in un'impossibilità soggettiva del singolo a fruire di una prestazione che, di per sé, sia rimasta oggettivamente possibile (sotto il profilo sia naturale che giuridico).

La previsione di un termine di decadenza, in relazione a tali casi, si giustifica al fine di garantire un minimo di certezza agli operatori economici in ordine alle richieste di rimborso che gli stessi potranno essere chiamati a soddisfare, evitando il rischio del verificarsi di inattese sopravvenienze passive di bilancio.

L'interpretazione proposta, ad ogni modo, sembrerebbe essere avvalorata dai successivi commi 4-7 dello stesso art. 88-*bis*, i quali, prescindendo dalla succitata comunicazione, disciplinano le distinte ipotesi in cui l'esecuzione della prestazione risulti in tutto o in parte impedita in ragione dei provvedimenti adottati dalle competenti autorità al fine di fronteggiare l'emergenza sanitaria, i quali dunque, lungi dal dar luogo ad un impedimento attinente alla sfera soggettiva del creditore a ricevere la prestazione, si traducono in una causa sopravvenuta di impossibilità della medesima.

Tanto precisato, nelle ipotesi in cui le citate misure di contenimento dei contagi si traducano in un impedimento personale ed incolpevole del viaggiatore-creditore, il quale si venga

così a trovare nell'impossibilità di utilizzare la prestazione dedotta in contratto, il comma 3 dell'art. 88-*bis* stabilisce che, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, «il vettore o la struttura ricettiva» procedono al rimborso di quanto versato per il titolo di viaggio o per il soggiorno ovvero all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. Sebbene la disposizione testé citata faccia espressamente riferimento al solo "corrispettivo versato" è da ritenersi che analogo diritto al rimborso spetti al viaggiatore pure nell'ipotesi in cui questi, al momento in cui si verifichi l'impedimento alla fruizione della prestazione, abbia soltanto versato un acconto a titolo di caparra confirmatoria.

La scelta tra il rimborso delle somme versate o l'emissione di un buono (con validità annuale) è rimessa alla discrezionalità del singolo operatore economico, che quindi, sulla scorta della politica commerciale ritenuta più opportuna, non sarà obbligato ad assecondare l'eventuale richiesta di rimborso proveniente dal cliente. Quanto appena affermato sembra del resto trovare conferma nel successivo comma 12, il quale stabilisce che l'emissione del *voucher* assolve l'obbligo di rimborso e «non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario».

A tal proposito, merita di essere evidenziato come la descritta sistemazione dei contrapposti interessi delle parti appaia coerente con la normativa eurounitaria in materia di tutela dei diritti dei passeggeri. I singoli regolamenti che disciplinano i diversi modi di trasporto all'interno del territorio dell'Unione europea, infatti, non disciplinano espressamente il caso in cui il passeggero non possa o non voglia più utilizzare (per ragioni attinenti alla propria sfera personale) la prestazione di trasporto dedotta in contratto. Sicché, quantomeno rispetto a tale profilo, non si pongono problemi di coordinamento tra le diverse fonti di disciplina della materia.

Un problema diverso si pone in relazione all'individuazione del soggetto cui spetti il rimborso o l'emissione del *voucher*, allorquando il biglietto o il soggiorno non sia stato acquistato direttamente da colui che è indicato nel titolo di viaggio o nella prenotazione (si pensi all'ipotesi di un relatore invitato a partecipare ad una conferenza, per il quale l'ente organizzatore abbia provveduto ad acquistare i biglietti di viaggio e a saldare le spese per il pernottamento presso una struttura alberghiera). Al di fuori del caso in cui le singole prestazioni costituiscano il contenuto di un pacchetto turistico, ipotesi espressamente contemplata dal comma 9 dell'art. in esame, il quale stabilisce che il rimborso o l'emissione del buono deve avvenire a favore del soggetto che ha eseguito il pagamento (quindi a favore dello stesso *tour operator*), la soluzione al quesito proposto non appare di immediata evidenza.

Quest'ultima dipende infatti dalla ricostruzione della singola vicenda negoziale. In quelle ipotesi in cui, per la particolare configurazione del negozio, è possibile ravvisare un contratto a favore di terzo, l'avente diritto alla restituzione del corrispettivo pagato o all'emissione del *voucher* deve essere senz'altro individuato nello stipulante, non essendo il terzo beneficiario parte del contratto ed avendo questi esclusivamente il diritto a pretendere la prestazione dovuta dal promittente (non certo la restituzione della controprestazione eseguita dallo stipulante). Nelle ipotesi in cui, invece, il contratto è stipulato da un soggetto terzo in qualità di mandatario con rappresentanza dell'utente finale, assumendo il terzo la posizione di parte formale del negozio – destinato a produrre i propri effetti direttamente tra l'operatore economico e l'utente, quale parte sostanziale del contratto – e risultando il pagamento direttamente imputabile alla parte contrattuale, l'avente dritto alla restituzione o all'emissione del *voucher* non può che essere individuato nell'utente medesimo. I rapporti interni tra quest'ultimo e colui che ha provveduto ad acquistare il biglietto o ad effettuare la prenotazione dovranno poi essere regolati sulla base delle norme sul mandato (o dell'eventuale diverso negozio gestorio esistente tra le parti).

Al di là di tale problematica, deve inoltre evidenziarsi come il comma 3 dell'art. 88-*bis* non faccia alcun riferimento all'organizzatore del pacchetto turistico, pure menzionato dal comma 2

come potenziale destinatario della comunicazione da parte del viaggiatore. L'incongruenza è da imputarsi, con tutta probabilità, ad una svista del legislatore dell'emergenza, il quale, nell'integrare l'originaria formulazione dell'art. 28 d.l. n. 9 del 2020 (sostanzialmente trasposto dalla legge di conversione nell'art. 88-*bis* d.l. 18 del 2020), con quanto previsto dall'art. 88, comma 1 (contestualmente abrogato), ha aggiunto al comma 2, in maniera sovrabbondante, oltre al pertinente riferimento alla «struttura ricettiva» anche quello all'«organizzatore».

Quanto appena affermato appare peraltro coerente con il successivo comma 6 dell'art. 88-*bis*, il quale, richiamando espressamente l'art. 41 d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c. tur.), disciplina l'ipotesi di esercizio del diritto di recesso da parte del viaggiatore, senza subordinarne il relativo esercizio alla preventiva comunicazione di cui al precedente comma 2.

D'altronde, una diversa lettura dell'impianto sistematico dell'art. 88-*bis*, tesa ad affermare che la preventiva comunicazione condizioni il successivo esercizio del diritto di recesso da parte del viaggiatore è da scartarsi indubbio, pena la violazione dell'art. 4 della dir. 2015/2302/UE, il quale prevede espressamente che, salvo diversa previsione della medesima direttiva, gli Stati membri non possono introdurre o mantenere nel diritto nazionale disposizioni atte ad accordare al viaggiatore un livello di tutela diverso (sia esso migliorativo o peggiorativo) rispetto a quello garantito dalla normativa eurounitaria.

Nello stesso senso, affermare – come pure sembrerebbe possibile, forzando il dato letterale – che l'organizzatore sia comunque tenuto a rimborsare il viaggiatore, con le modalità indicate dal comma 3, ove quest'ultimo non abbia potuto fruire del pacchetto turistico per essersi trovato in una delle situazioni indicate al comma 1 dell'art. 88-*bis*, che gli abbiano altresì impedito l'esercizio tempestivo del diritto di recesso (di cui all'art. 41 c. tur.), non apparirebbe compatibile con l'obiettivo di armonizzazione c.d. completa proprio della dir. 2015/2302/UE.

Se è vero che la citata direttiva, ai sensi dell'art. 2, par. 3, «non pregiudica il diritto contrattuale nazionale generale», cui fa sostanzialmente riferimento l'art. 88-*bis* attraverso il richiamo operato all'art. 1463 c.c., è altrettanto vero che le regole e i principi generali del diritto privato nazionale possono operare soltanto rispetto a profili che non sono disciplinati dalla normativa eurounitaria e a condizione che la loro applicazione non conduca ad accordare al viaggiatore un diverso livello di tutela rispetto a quello garantito dalla direttiva. Ciò che invero non sembra possibile nel caso di specie.

La disciplina di derivazione eurounitaria prende espressamente in considerazione la possibilità che si verifichi una sopravvenienza (*sub specie* di «circostanze inevitabili e straordinarie») in grado di incidere sull'esecuzione del pacchetto turistico, attribuendo, a fronte di tale eventualità, ad entrambe le parti il diritto di recedere "per giusta causa" dal contratto, senza che il viaggiatore sia chiamato a pagare o l'organizzatore sia tenuto a risarcire alcunché (art. 12, par. 2 e 3, dir. UE; art. 41, comma 4 e 5, c. tur.). A tal fine, è essenziale che ricorra un'ipotesi annoverabile nell'ambito della nozione di «circostanze inevitabili e straordinarie», ove per l'appunto non sembrerebbero rientrare tutti quegli impedimenti che attengono esclusivamente alla sfera soggettiva del viaggiatore, al ricorrere dei quali questi resta pur sempre legittimato ad esercitare il diritto di recesso *ad nutum*, pagando le previste penali o rimborsando l'organizzatore delle spese dallo stesso sostenute (art. 12, par. 1, dir. UE; art. 41, commi 1-3, c. tur.).

In questi termini, potendosi ricavare dal richiamato contesto normativo una chiara e specifica allocazione del rischio derivante dal verificarsi di ipotetiche sopravvenienze contrattuali, deve escludersi che la disciplina nazionale possa andare ad incidere sugli equilibri dalla stessa determinati. In particolare, deve escludersi che al viaggiatore possa essere consentito sciogliersi gratuitamente dal vincolo contrattuale al di fuori delle ipotesi contemplate dalla direttiva e dalla relativa disciplina nazionale d'attuazione. In conclusione, dunque, poiché gli eventi impeditivi

attinenti alla persona del viaggiatore ricadono nella sua personale sfera di rischio, legittimandone il recesso, previo rimborso all'organizzatore di quelle spese che appaiano «adeguate e giustificabili», alla luce della normativa eurounitaria, al *tour operator* non può essere imposto un obbligo di rimborso al di fuori delle ipotesi (ed eccedente i limiti) attualmente previsti dalla disciplina nazionale di attuazione della dir. 2015/2302/UE.

La proposta ricostruzione appare in linea con la formulazione del comma 6 dell'art. 88-*bis* d.l. n. 18 del 2020, il quale rinvia genericamente all'art. 41 c. tur., rimettendo all'interprete il compito di individuare le ipotesi che possono giustificare un recesso del viaggiatore dietro rimborso all'organizzatore delle spese sostenute (*ex* art. 41, comma 1, c. tur.) ovvero un recesso gratuito (ai sensi del successivo comma 4 dello stesso articolo). A tal proposito, sembrerebbe potersi ritenere che, tra le ipotesi contemplate dal comma 1 dell'art. 88-*bis*, quelle idonee a legittimare questa particolare tipologia di recesso siano soltanto le ipotesi *sub d)* e *f)* – ed al massimo quella *sub e)*, qualora la partecipazione all'evento culturale sia espressamente ricompreso nell'ambito del pacchetto turistico –, avendo esse soltanto un'evidente incidenza oggettiva sul viaggio organizzato, nel senso di rendere impossibile l'esecuzione delle prestazioni di cui lo stesso si compone o comunque di impedirne un'esecuzione in condizioni di sicurezza per il viaggiatore medesimo. Diversamente, tutte le altre ipotesi prese in considerazione dalla disciplina in esame sembrerebbero tradursi in impedimenti soggettivi, in quanto ricadono esclusivamente nella sfera giuridica del viaggiatore, laddove l'esecuzione della prestazione da parte del *tour operator* resta pur sempre astrattamente possibile.

Ad ogni modo, con riguardo ad entrambe le ipotesi di recesso, il legislatore dell'emergenza ha previsto che, in alternativa al rimborso di cui all'art. 41, commi 4 e 6, c. tur., l'organizzatore può offrire un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore (in tal caso con restituzione dell'eventuale differenza di prezzo) oppure può emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un buono con validità annuale di importo pari alle somme che spetterebbero al viaggiatore.

Anche in tale ipotesi, in forza di quanto previsto dal comma 12, a fronte dell'emissione del *voucher*, il creditore non può pretendere la materiale restituzione delle somme versate, dovendosi accontentare dell'emissione del buono. Nel caso in cui, invece, da parte dell'organizzatore provenga un'offerta di un pacchetto sostitutivo, il viaggiatore può senz'altro insistere per il rimborso, in linea con quanto previsto dall'art. 12 della dir. 2015/2302/UE. Tuttavia, poiché la disciplina eurounitaria non specifica le modalità con cui tale rimborso deve aver luogo, sarà pur sempre l'organizzatore a poter scegliere se rimborsare il cliente mediante la restituzione di quanto pagato ovvero mediante l'emissione di un *voucher*.

A fronte del silenzio serbato sul punto dalla direttiva, sembra altresì possibile ritenere che la scelta del legislatore italiano di rimettere all'organizzatore l'individuazione delle concrete modalità di rimborso non si ponga in conflitto con la normativa sovranazionale, ciò in quanto per tale via non si determina una sostanziale modificazione del livello di tutela che la direttiva garantisce al viaggiatore.

È chiaro che la previsione in esame, nel bilanciare i contrapposti interessi in gioco, mira a favorire la complessiva tenuta del sistema e del tessuto imprenditoriale. In considerazione della particolare situazione emergenziale e dell'elevato numero di contratti potenzialmente coinvolti, il legislatore dell'emergenza ha inteso evitare, in questo particolare momento storico, un'eccessiva esposizione debitoria dei singoli operatori di settore, i quali possono in tal modo far fronte alle richieste della clientela senza esser costretti a compiere movimenti di cassa.

Altrettanto giustificata in questi termini – sebbene si ponga in evidente contrasto con il testo della dir. UE – è poi l'ulteriore deroga posta all'art. 41, comma 6, c. tur., laddove si prevede

che l'organizzatore provvede a corrispondere il rimborso o ad emettere il buono non appena ricevuti i rimborsi o i *voucher* dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre 60 giorni dalla data prevista come inizio del viaggio (la direttiva e la normativa nazionale di attuazione prevedono un termine massimo di 14 giorni). Nonostante tale deroga, resta comunque fermo che il *tour operator* non può in nessun caso negare il rimborso o l'emissione del buono, adducendo eventuali ritardi o inadempienze da parte dei propri fornitori.

4. Accanto alle ipotesi in cui i provvedimenti governativi di contenimento dei contagi da *coronavirus* si traducono in un impedimento soggettivo del viaggiatore-creditore a ricevere la prestazione, si pongono altresì quelle ipotesi in cui gli effetti dei medesimi determinano una vera e propria impossibilità oggettiva della prestazione, la quale non può in tutto o in parte essere eseguita a causa dei divieti o delle limitazioni introdotte dalle competenti autorità nazionali o internazionali (c.d. *factum principis*).

In tali casi, secondo la regola generale dettata dall'art. 1463 c.c., divenuta oggettivamente impossibile l'esecuzione della prestazione dovuta, il contratto a prestazioni corrispettive si risolve di diritto. Sicché, a fronte dell'automaticità dell'effetto, che deriva dall'estinzione dell'obbligazione avente ad oggetto la prestazione divenuta impossibile sotto il profilo naturale o giuridico, ne deriva in capo alla parte liberata che abbia eventualmente già ricevuto la controprestazione l'obbligo di restituire quanto ricevuto.

A queste particolari ipotesi sono dedicati i commi 4, 5, 7 e 8, nonché lo stesso comma 6 dell'art. 88-*bis* d.l. n. 18 del 2020, almeno in relazione all'ipotesi del recesso "per giusta causa" ad opera del viaggiatore.

In relazione ai contratti di trasporto, il comma 4 prevede che il vettore può recedere dal contratto (cancellando il servizio originariamente programmato), dandone tempestiva comunicazione all'acquirente, quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione dei provvedimenti adottati a causa dell'emergenza epidemiologica (quindi, a prescindere dal fatto che i passeggeri prenotati si trovino o meno nella concreta impossibilità di viaggiare).

Al ricorrere della fattispecie contemplata dalla norma, senza che l'utente sia tenuto a pena di decadenza ad alcuna preventiva comunicazione, in capo al vettore sorge l'obbligo di rimborsare al passeggero il corrispettivo versato per l'acquisto del titolo di viaggio ovvero di emettere a suo favore un buono di importo pari alla cifra dovuta, utilizzabile entro un anno dall'emissione.

Sebbene il tenore letterale della disposizione in esame paia rimettere al vettore la scelta tra il rimborso del corrispettivo e l'emissione del *voucher*, una simile interpretazione è senz'altro da respingersi. Ciò in quanto, accedendo ad una simile lettura, la norma finirebbe irrimediabilmente per contrastare con il chiaro tenore dei regolamenti eurounitari in materia di tutela dei diritti dei passeggeri che, invece, con riferimento alla fattispecie in esame, rimettono in ogni caso al passeggero la scelta in ordine alla concreta modalità di rimborso del corrispettivo pagato. In questi termini, dunque, la normativa nazionale deve essere interpretata nel senso che, a fronte della cancellazione del servizio di trasporto ad opera del vettore, qualora questi si limiti ad offrire un *voucher* agli utenti, il singolo passeggero resta pur sempre legittimato ad insistere rispetto alla richiesta di rimborso delle somme concretamente versate.

Deve inoltre segnalarsi che, a prescindere dalla causa del disservizio, i citati regolamenti riconoscono altresì ai passeggeri il diritto di ottenere un servizio di trasporto sostitutivo ovvero di proseguire il viaggio a condizioni di trasporto simili[27]. La scelta tra lo scioglimento e la

[27] Cfr. art. 8 reg. CE n. 261/2004; art. 16 reg. CE n. 1371/2007; art. 18 reg. UE n. 1177/2010, il quale non trova applicazione alle navi da crociera [*ex* art. 2, par. 1, lett. *c*)]; art. 19 reg. n. 181/2011.

conservazione del contratto, optando per il servizio sostitutivo, è rimessa dalla normativa europea esclusivamente al passeggero, cui il vettore non può in nessun modo sostituirsi. Quando poi la cancellazione del servizio di trasporto abbia luogo in prossimità della prevista partenza, senza che gli utenti abbiano ricevuto adeguato preavviso, i vettori sono tenuti a fornire tutta una serie di misure di assistenza, le quali non vengono meno a causa dell'eccezionalità dell'evento che ha determinato l'impossibilità dell'esatto adempimento della prestazione[28].

Indubbiamente, l'ambiguità del tenore letterale della disposizione si presterà a comportamenti opportunistici da parte delle compagnie di trasporto, le quali proveranno senz'altro a fare leva sulla disinformazione dell'utenza, al fine di liberarsi rapidamente da ogni ulteriore obbligo mediante l'emissione del *voucher*. A tal proposito, giova quindi rammentare come un simile comportamento integri non soltanto una violazione degli obblighi di informazione che discendono dai richiamati regolamenti, ma altresì un'evidente pratica commerciale scorretta, sanzionabile ai sensi degli artt. 20 ss. c.cons.

Anche in relazione ai contratti aventi ad oggetto la fornitura di un alloggio per finalità non abitative, ove quest'ultimo non sia o non possa essere reso disponibile secondo quanto originariamente pattuito, poiché la struttura ricettiva ha sospeso o cessato, in tutto o in parte, la propria attività a causa dell'emergenza da *coronavirus*, la disciplina in esame interviene a rimodulare l'obbligazione restitutoria che, secondo le regole ordinarie, sorge in capo all'operatore economico. In tal senso, si stabilisce che la struttura ricettiva può offrire all'acquirente un servizio sostitutivo (con restituzione dell'eventuale differenza di prezzo, ove di qualità inferiore a quello originariamente prenotato) oppure procedere al rimborso di quanto versato o all'emissione di un buono, con validità di un anno dall'emissione (comma 5).

Pure in tal caso, resta inteso che se il viaggiatore può legittimamente rifiutare il servizio sostitutivo, perché ha eventualmente perso interesse a ricevere la prestazione, l'eventuale emissione del *voucher* da parte della struttura ricettiva assolve all'obbligo di rimborso, così come previsto dal comma 12, tacitando integralmente ogni pretesa restitutoria da parte del viaggiatore.

Con riguardo ai pacchetti turistici, il comma 7 si limita in prima battuta a richiamare l'art. 41, comma 5, lett. *b*), c. tur., ammettendo che l'organizzatore possa recedere dal contratto allorquando a causa dell'emergenza da *coronavirus* risulti sostanzialmente impossibile eseguire, in tutto o in parte, le prestazioni che compongono il pacchetto turistico.

Come già previsto relativamente all'ipotesi di recesso ad opera del viaggiatore, anche nel caso in cui sia l'organizzatore a determinare lo scioglimento del contratto, in alternativa al rimborso integrale di quanto versato, il *tour operator* può offrire alla controparte contrattuale un pacchetto turistico sostitutivo ovvero l'emissione di un *voucher*. Ugualmente, poi, l'erogazione del rimborso o l'emissione del buono deve essere disposta non appena ricevuti i rimborsi o i *voucher* dai singoli fornitori dei servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla prevista data di partenza del viaggio. Rispetto a tali previsioni valgono le medesime osservazioni che si sono compiute *supra* a commento delle disposizioni di cui al precedente comma 6.

Al mancato svolgimento dei viaggi e delle iniziative di istruzione programmati dagli istituti scolastici, dovuto alla sospensione di tali attività in ragione dello stato di emergenza sanitaria, è dedicato il comma 8 dell'art. 88-*bis*, il quale trova applicazione tanto alle ipotesi in cui per il viaggio di istruzione sia stato stipulato un pacchetto turistico, al quale si applica l'art. 41, comma 4, c. tur., quanto a quelle ipotesi che non integrano la menzionata fattispecie, per le quali vale invece il richiamo all'art. 1463 c.c. Una volta scioltosi il vincolo contrattuale originariamente istaurato, gli

[28] Cfr. art. 9 reg. CE n. 261/2004; art. 18 reg. CE n. 1371/2007; art. 17 reg. UE n. 1177/2010; art. 21 reg. n. 181/2011.

istituti scolastici hanno diritto alla restituzione delle somme versate. A tal proposito viene previsto che il rimborso ad opera della controparte, da eseguirsi entro sessanta giorni, può essere effettuato anche mediante l'emissione di un *voucher* a favore della scuola, da portesi utilizzare entro un anno dall'emissione. L'operatore di settore deve tuttavia procedere necessariamente alla restituzione della somma versata, senza possibilità di ricorrere all'emissione di un buono, quando il viaggio o l'iniziativa di istruzione riguardi la scuola d'infanzia o le classi terminali degli istituti scolastici.

Infine, se non ci si inganna, il comma 11 dell'art. 88-*bis*, con una formulazione inverno affatto cristallina, sembrerebbe legittimare, in via generalizzata (quando non si ricada in uno dei casi espressamente contemplati dai commi da 1 a 7), con riguardo ai contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetto turistico conclusi nel periodo compreso tra l'11 marzo e il 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, l'adempimento dell'obbligazione restitutoria derivante dallo scioglimento del vincolo contrattuale mediante l'emissione di un *voucher* di importo pari alla controprestazione ricevuta e avente validità annuale. Ciò segnatamente allorquando le prestazioni dedotte in contratto non siano state eseguite a causa degli effetti derivanti dallo stato d'emergenza epidemiologica (si pensi, ad es., al caso in cui la prestazione non possa essere eseguita in condizioni di sicurezza per la salute del viaggiatore o dei dipendenti e ausiliari dell'operatore di settore).

5. L'art. 88 d.l. n. 18 del 2020, così come modificato dalla legge di conversione, disciplina la risoluzione per impossibilità sopravvenuta dei contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura a seguito dell'adozione dei provvedimenti governativi di contenimento dell'emergenza sanitaria, per l'intero periodo di efficacia delle misure ivi previste.

Con il d.p.c.m. 8 marzo 2020 è stata prevista, inizialmente soltanto per talune aree del Paese e successivamente, con il d.p.c.m. 9 marzo 2020, per l'intero territorio nazionale (con efficacia dal 10 marzo 2020), la sospensione di manifestazioni, eventi e spettacoli di qualsiasi natura (come ad es. spettacoli teatrali o cinematografici, concerti, *match* sportivi), svolti in luoghi pubblici o privati, nonché la sospensione dell'apertura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura di cui all'art. 101 d.lgs. 42 del 2004 (codice dei beni culturali e del paesaggio), ossia biblioteche, archivi, complessi monumentali, aree e parchi archeologici.

Le medesime misure sono state poi riconfermate, in attuazione di quanto previsto dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, dai d.p.c.m. 10 aprile 2020, efficace dal 14 aprile 2020, e d.p.c.m. 26 aprile 2020, efficace a far data dal 4 maggio 2020.

I provvedimenti governativi, integrando il c.d. *factum principis*, determinano sostanzialmente l'impossibilità dell'esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione dell'organizzatore dell'evento o delle istituzioni museali per l'intero periodo di efficacia delle misure limitative. A causa di tale impossibilità sopravvenuta, in conformità alle regole generali, l'obbligazione del debitore si estingue con conseguente risoluzione del contratto, *ex* art. 1463 c.c., quantomeno rispetto a tutte quelle ipotesi in cui il singolo evento sia definitivamente cancellato e non semplicemente riprogrammato, ovvero il biglietto acquistato legittimi il suo titolare a poter fruire della prestazione esclusivamente in un dato lasso di tempo ricompreso nel periodo di forzata inattività.

In tali casi, sempre secondo le regole generali, l'organizzatore o l'ente museale sarebbe tenuto a restituire la controprestazione ricevuta a titolo di corrispettivo, secondo le norme che disciplinano la ripetizione dell'indebito, sulle quali tuttavia viene ad incidere la disciplina dettata dal legislatore dell'emergenza.

A tal proposito, infatti, il comma 2 dell'art. 88, così come modificato, prevede che il soggetto acquirente deve presentare entro 30 giorni un'apposita istanza di rimborso all'organizzatore dell'evento, anche per il tramite dei canali di vendita da quest'ultimo utilizzati, allegando il relativo titolo di acquisto (sul punto si segnala che la precedente formulazione del comma in esame individuava quale destinatario dell'istanza di rimborso il venditore). Il termine così individuato per la presentazione dell'istanza, al cui inutile decorso sembrerebbe doversi riconnettere un effetto decadenziale dal diritto di ottenere la restituzione di quanto pagato, decorre: *a)* dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 18 del 2020, avvenuta il 17 marzo 2020, per tutte quelle prestazioni la cui esecuzione è stata resa impossibile dall'adozione del d.p.c.m. 8 marzo 2020 (e dal collegato d.p.c.m 9 marzo 2020); ovvero *b*) dalla data di entrata in vigore dei suddetti provvedimenti adottati in attuazione dell'art. 2, commi 1 e 2, d.l. n. 19 del 2020.

A seguito dell'istanza di rimborso, una volta accertata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e, conseguentemente, l'inutilizzabilità del biglietto acquistato, l'organizzatore dell'evento non è obbligato a restituire quanto incassato a titolo di corrispettivo, ma deve procedere all'emissione di un buono di pari importo, utilizzabile entro un anno dall'emissione.

In tal caso, dunque, l'acquirente non soltanto è esposto al rischio di decadere dal diritto di ottenere la restituzione di quanto pagato, ove non proceda solertemente a formulare specifica richiesta in tal senso nei termini previsti dalla norma, ma non può neppure esprimere alcuna preferenza in ordine alle modalità del rimborso, potendo unicamente accontentarsi dell'emissione del *voucher*.

Dipartimento di Giurisprudenza

DIRITTO VIRALE
Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19

L'EMERGENZA DEL COVID-19 E IL CONDIZIONAMENTO DELL'ECONOMIA LEGALE DA PARTE DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

di **Riccardo Tonelli * –** riccardo.tonelli@unife.it

L'enorme ammontare di aiuti che i governi nazionali e le istituzioni europee hanno predisposto per far fronte all'emergenza economico-sociale dovuta all'epidemia di Covid-19, rappresenta una straordinaria opportunità di arricchimento per la criminalità organizzata e lo stesso può dirsi in relazione al settore degli appalti. In questo contributo si intende mettere in luce il difficile contemperamento degli interessi in gioco nell'ambito del contrasto all'infiltrazione della criminalità nell'economia legale, in particolare: da un lato, l'esigenza di celerità nella messa in atto delle misure dirette alla ricostruzione post-emergenza; dall'altro lato, la necessità di effettuare controlli attendibili al fine di realizzare un efficace contrasto.

SOMMARIO: 1. Le misure per la ripresa post-emergenza del Covid-19 e il pericolo dell'infiltrazione criminale; 2. Le prospettive di intervento; 3. Considerazioni conclusive

1. «In Italien wartet die Mafia nur auf einen neuen Geldregen aus Brüssel», ovvero, in Italia la mafia aspetta solo una nuova pioggia di soldi da Bruxelles. Questo è il discusso sottotitolo dell'articolo apparso il 9 aprile u.s. nella versione online del quotidiano tedesco "Die Welt", articolo con il quale viene suggerito alla cancelliera Angela Merkel di "non retrocedere" (il titolo è proprio «Frau Merkel, bleiben Sie standhaft!») in merito al diniego all'introduzione dei c.d. coronabond.

Non si vuole in questa sede avallare in alcun modo la presa di posizione da parte del quotidiano tedesco, che denota come sia ancora tristemente e pericolosamente diffuso il pregiudizio secondo cui non solo il nome Italia è sinonimo di mafia, ma che quello della mafia - e della criminalità organizzata in generale - è un problema principalmente (se non unicamente) italiano. A tal proposito, è importante sottolineare che l'idea di una criminalità organizzata confinata entro stretti limiti nazionali si ripercuote sull'efficacia delle misure di contrasto stabilite nei vari ordinamenti nazionali: in mancanza di una conoscenza condivisa del fenomeno criminale

* *Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro*

e di un'attività di contrasto sinergica a livello europeo, si continuerà a concedere un grande vantaggio alla criminalità organizzata in termini di espansione verso altre economie[29].

Tuttavia, il sottotitolo fin troppo approssimativo dell'articolo del "Die Welt" offre lo spunto per una riflessione sull'effettivo pericolo rappresentato dalla criminalità organizzata in un momento storico così delicato. L'attuale emergenza sanitaria del Covid-19 ha determinato gravi conseguenze sul piano economico del nostro paese e non solo, per far fronte alle quali si è reso necessario un massiccio intervento pubblico nell'economia, diretto specialmente a garantire sostegno a lavoratori, famiglie e imprese (e altre misure di sostegno all'economia saranno stabilite con gli annunciati decreti di aprile/maggio). Da un lato, l'enorme ammontare degli aiuti pubblici che saranno dispiegati nelle settimane a venire e, dall'altro lato, gli appalti - in particolare nel settore della sanità e dell'approvvigionamento di materiale medico[30] - necessari per far fronte all'attuale emergenza, rappresentano una grande opportunità per la criminalità organizzata e per tutti gli attori economici che operano all'interno della c.d. area grigia[31]. Inoltre, sul piano della prospettiva criminale, anche il circuito dell'economia privata prospetta importanti occasioni di profitto: in ragione del probabile deficit di liquidità e della bassa redditività cui andranno incontro le imprese (specialmente le PMI) nei prossimi mesi, la criminalità organizzata potrà inserirsi costituendo un vero e proprio circuito bancario parallelo grazie alla grande disponibilità di risorse liquide di cui dispone, il che potrà determinare l'acquisizione di quote societarie e/o di intere società da parte dei soggetti criminali[32].

A preoccupare non è poi soltanto la vocazione economica della criminalità organizzata. Il rallentamento dell'economia e i ritardi nell'erogazione di forme di sostegno per le fasce più deboli della popolazione, stanno aprendo la strada al reclutamento da parte della criminalità organizzata di nuovi elementi attraverso l'offerta di supporto immediato come la consegna di beni essenziali o concessioni di denaro. Tale fenomeno costituisce chiaramente una forma di aiuto non disinteressato ed è preoccupante non solo per l'arruolamento di nuova manovalanza in sé, ma anche – e forse soprattutto – per l'accrescimento del consenso sociale che scaturisce da questa attività. Episodi di questo tipo sembrano essersi registrati, specialmente, nel napoletano e in alcuni

[29] A testimonianza della vocazione transfrontaliera dell'attività della criminalità organizzata nell'economia si vedano, a titolo di esempio, le vicende relative alla realizzazione di alcuni grandi appalti in Danimarca (tra cui, in particolare, la costruzione dello "Storstrom Bridge" e della metropolitana leggera di Aahrus) che hanno visto coinvolte, a titolo di subappaltatori, alcune aziende italiane (la New World Construction e la Nicofer) collegate a due importanti famiglie di 'ndrangheta - i Giardino e i Nicosia - originarie di Isola di Capo Rizzuto (Kr).

[30] Sui nuovi rischi di corruzione nel settore della sanità si veda il *policy paper* di Transparency International – Italia accessibile gratuitamente a: https://www.transparency.it/quali-rischi-di-corruzione-per-la-sanita-durante-lemergenza-covid-19/.

[31] La c.d. area grigia (o zona grigia) può essere definita come quell'area nebulosa del mercato, a "geometria variabile", nella quale si intrecciano e si incontrano interessi economici portati da criminalità organizzata, operatori economici (imprenditori per lo più), esponenti politici e liberi professionisti, al fine di porre in essere un gioco a somma positiva e concludere in tal modo affari redditizi per tutte le parti in gioco. Sul tema v., *ex multis*, R. Sciarrone, *Le mafie nell'economia legale*, I ed., Bologna: Il Mulino, 2019.

[32] Per quanto riguarda il circuito dell'economia privata, alcuni settori considerati particolarmente a rischio in quanto pesantemente colpiti dalla crisi attuale sono i settori del turismo e della filiera agricola, a cui vanno certamente aggiunti i settori di "classica" infiltrazione quali ad esempio quello dei trasporti e della ristorazione, nonché quelli relativi alla realizzazione degli appalti, quali l'edilizia e il movimento terra in particolare. Per un approfondimento sui settori maggiormente esposti al rischio di infiltrazione da parte della criminalità organizzata, v. V. Mete, in S. Borelli – V. Mete (a cura di), *Mafie, legalità, lavoro: numero monografico di quaderni di città sicure*, n. 42, Bologna: Centro stampa Regione Emilia-Romagna, 2018, pp. 11-37.

quartieri poveri di Palermo[33]. In quest'ultimo caso, in particolare, sarà molto importante evitare che una mafia da qualche tempo in difficoltà come Cosa Nostra possa riacquistare terreno inserendosi nelle crepe sociali ed economiche determinatesi a causa dell'attuale emergenza[34].

Per questi motivi, il lavoro delle autorità e degli enti diretti al contrasto della criminalità organizzata e deputati al controllo della regolarità nella concessione dei finanziamenti pubblici e nel settore degli appalti, si prospetta particolarmente complesso e gravoso. È importante sottolineare sin d'ora che non sarà sufficiente fare unicamente affidamento su strumenti di contrasto di carattere repressivo: specialmente sul piano economico, per evitare danni strutturali e permanenti per la collettività è necessario bloccare *ab origine* l'attività di infiltrazione e di condizionamento da parte della criminalità organizzata. A tal proposito, sarà utile implementare quelle misure di carattere preventivo che già sono previste nel nostro ordinamento e che consentono di identificare *ex ante* quegli attori economici che operano all'interno della c.d. area grigia.

2. Per contrastare efficacemente un fenomeno complesso come quello della criminalità organizzata sono necessarie soluzioni complesse.

A tal fine, un ruolo di primaria importanza è certamente ricoperto dall'apparato repressivo. Sotto questo aspetto l'ordinamento italiano può essere considerato tra quelli maggiormente all'avanguardia ed è ragionevole affermare che lo sforzo finalizzato al contrasto di questo fenomeno sia stato veicolato principalmente proprio attraverso forme di contrasto di carattere repressivo.

Tuttavia, la repressione di reati in ambito economico-finanziario e/o attinenti al circuito della pubblica amministrazione richiede alti livelli di specializzazione da parte delle autorità di contrasto, nonché l'attuazione di forme di collaborazione internazionale.

Inoltre, l'attività di repressione interviene, di norma, tardivamente, ovvero quando il danno derivante dall'infiltrazione o dal condizionamento dell'economia legale da parte della criminalità organizzata, è già stato cagionato. Quand'anche si riesca ad estromettere da un certo settore economico quegli operatori legati a vario titolo a contesti malavitosi, la pervasività che caratterizza l'attività criminale lascia svuotato il tessuto economico-sociale di riferimento e pesantemente compromesse le sue possibilità di sviluppo.

---

[33] Altri episodi simili si sono registrati anche in Calabria e Lombardia. Per un approfondimento sul tema si veda l'intervista al Procuratore nazionale antimafia Cafiero De-Raho pubblicata su La Repubblica del 6 aprile 2020, accessibile a: https://rep.repubblica.it/pwa/intervista/2020/04/06/news/cafiero_de_raho_i_clan_sfrutteranno_l_emergenza_per_mangiarsi_l_economia_-253334622/.

[34] La necessità di vigilare sullo sviluppo di questo fenomeno è stata sottolineata sia dal Direttore centrale anticrimine Francesco Messina in due circolari, rispettivamente del 20 marzo e del 4 aprile, indirizzate ai questori (contenenti le linee strategiche e operative da adottare per contrastare il rischio di infiltrazione da parte della criminalità organizzata), sia dal gip di Palermo Piergiorgio Morosini nell'ambito della conferenza telematica organizzata da Avviso Pubblico del 9 aprile u.s., dal titolo "Mafia ed economia legale". Sull'attuale condizione di difficoltà di Cosa Nostra rispetto alle altre organizzazioni criminali, v., *ex multis*, S. Lupo, *La mafia – centosessant'anni di storia*, I ed., Roma: Donzelli, 2018, spec. pp. 340 e ss.

Pertanto, specialmente di fronte all'attuale emergenza economica, sarà essenziale affiancare all'azione repressiva l'attivazione di quelle misure preventive di carattere amministrativo che consentono di anticiparne il contrasto[35].

Con l'espressione "misure preventive di carattere amministrativo" si fa riferimento sia a quelle misure propriamente dirette al contrasto del fenomeno della criminalità organizzata (quali, ad esempio, le c.d. certificazioni di legalità, le white list e il rating di legalità), sia quelle che possono essere definite come "ordinarie" (si pensi ad esempio allo strumento del D.u.r.c., all'asseverazione di conformità dei rapporti di lavoro "Asse.co.", e al rating d'impresa) che, pur essendo pensate per combattere altre forme di illegalità, consentono di realizzare un contrasto "implicito" all'ingresso della criminalità organizzata nell'economia legale[36]. Questo sistema di prevenzione è caratterizzato da una certa settorialità e frammentarietà, ma ricopre un ruolo fondamentale in termini di contrasto: attraverso tali strumenti è possibile infatti identificare *ex ante* quegli operatori economici che possono essere definiti "virtuosi" e ragionevolmente collocati al di fuori della c.d. area grigia. Si tratta di un aspetto di fondamentale importanza che consente di comprendere e qualificare correttamente i rapporti intercorrenti tra i vari attori che operano all'interno o *in limine* alla c.d. area grigia, rendendo così possibile delimitarne il perimetro. Inoltre, la straordinarietà dei poteri connessi agli strumenti antimafia consente talvolta di individuare soggetti non mafiosi ma votati all'illegalità che, entrando in affari con la criminalità organizzata, attirano su di sé l'attenzione delle agenzie di contrasto, e che se non fosse per l'attivazione delle misure antimafia difficilmente sarebbero perseguiti[37].

L'attuazione di tali misure di prevenzione presenta però dei limiti dal punto di vista della sostenibilità dei controlli. Gli enti e le autorità delegati al controllo devono infatti svolgere una quantità di lavoro spesso insostenibile: la scarsità di risorse e di strumenti di cui dispongono rispetto alla mole di controlli che devono effettuare mal si conciliano con le tempistiche che necessariamente devono essere rispettate, specialmente per quanto riguarda i controlli relativi agli appalti.

Tale problematica può determinare conseguenze negative in ordine alla qualità dei controlli stessi, e quindi, inficiare l'efficacia stessa delle misure di prevenzione: qualora infatti non possano considerarsi massimamente attendibili le verifiche sul rispetto dei requisiti necessari ai fini del rilascio delle diverse certificazioni, verrebbe restituita una rappresentazione non veritiera della realtà economica sottoposta al controllo. Se così fosse, tali misure di prevenzione non risulterebbero soltanto inefficaci, ma potrebbero altresì favorire l'ottenimento delle certificazioni e dei relativi benefici da parte di imprese che rientrano nella c.d. area grigia, agevolando

---

[35] Si tenga presente che talune misure di matrice preventiva presentano altresì alcuni aspetti di natura repressiva; inoltre, ai fini di questa breve analisi, non sono prese in considerazione le misure preventive penali.

[36] Per un approfondimento sul funzionamento e sull'importanza di tali misure, v., *ex multis*, S. Borelli - V. Mete (a cura di), *Mafie, legalità, lavoro,* cit.; v. altresì, M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia,* in *GiustAmm.it*, 2016, n.3, p. 80 e ss.

[37] Si noti che nelle dinamiche relazionali che compongono la c.d. area grigia non sempre il soggetto criminale si trova in posizione di forza: specialmente nell'ambito economico la criminalità organizzata non si muove come un soggetto monolitico perciò è possibile che il singolo clan o gruppo criminale non abbia la forza (prima di tutto economica) per imporre unilateralmente le proprie condizioni di fronte a gruppi imprenditoriali di più grandi dimensioni. V. in tal senso, *ex multis*, N. Dalla Chiesa – F. Cabras, *Rosso mafia – la 'ndrangheta a Reggio Emilia*, I ed., Milano: Bompiani, 2019; v. altresì, G. Belloni – A. Vesco, *Come pesci nell'acqua – mafie, impresa e politica in Veneto*, Roma: Donzelli, 2018.

indirettamente l'ingresso e la permanenza della criminalità organizzata nei mercati legali (si pensi, ad esempio, alla drastica riduzione di futuri controlli sulle imprese certificate[38]).

La questione acquista maggior gravità se si pensa alla quantità di controlli che dovranno essere effettuati ai fini dell'attuazione delle misure di intervento pubblico e degli appalti necessari per far fronte alle conseguenze dell'emergenza del Covid-19. Una mole di controlli che difficilmente sarà conciliabile con esigenze di qualità e tempestività degli stessi, affinché quelle stesse misure di sostegno possano risultare efficaci.

Proprio sull'aspetto delle tempistiche e del conseguente appesantimento dei procedimenti di assegnazione e realizzazione degli appalti, si scatenano le più dure contestazioni sulla sostenibilità, in termini economici, di tali misure di prevenzione. Tali prese di posizione sfociano in ricorrenti proposte di sospensione del codice degli appalti, del codice antimafia e di altri strumenti posti a tutela della trasparenza, regolarità e legalità dei vari circuiti economici in relazione ai quali sono previsti[39]. A parere di chi scrive, pur trattandosi di un sistema perfettibile, non pare ragionevole pensare alla completa o parziale eliminazione o sospensione di tali strumenti di garanzia e tutela della legalità del circuito dell'economia legale. Al contrario sarà necessario un potenziamento (anche in termini di organico) delle autorità ed enti, amministrativi e non, che saranno chiamati ad effettuare i controlli funzionali all'attuazione di tali strumenti di prevenzione.

Per far fronte a questo problema di inefficacia senza cedere ad un mero formalismo nei controlli (come ad esempio la sostituzione del controllo istituzionale con la richiesta di autocertificazioni) o alla sospensione delle misure di prevenzione, potrà risultare decisivo lo sviluppo di forme di controllo sociale diffuso[40]. A tal fine potranno essere coinvolti gli enti e i corpi intermedi – in particolare sindacati, associazioni di categoria, ordini professionali - rappresentanti dei diversi attori, economici e non, protagonisti del tessuto economico-sociale e promuovere un loro ruolo nell'attività di monitoraggio attraverso l'istituzione di tavoli di concertazione a livello locale. Tale strumento dà la possibilità, da un lato, di elaborare una linea comune in funzione preventiva, per sostenere l'attività di controllo istituzionale attraverso la condivisione di responsabilità e sacrifici da parte di tutti gli attori locali coinvolti; dall'altro lato, di sviluppare una cultura della partecipazione e della legalità, non soltanto all'interno del circuito economico, ma che riguardi altresì la società civile[41]. In tal modo, gli operatori economici ragionevolmente identificabili come "virtuosi" potranno godere di un effetto reputazionale positivo, il che potrà altresì determinare una minore permeabilità del tessuto economico locale di riferimento rispetto al condizionamento della criminalità organizzata.

---

[38] Questo è, ad esempio, l'effetto più rilevante che deriva dall'iscrizione alla rete del lavoro agricolo di qualità, secondo quanto previsto all'art. 6, co. 6, del d.l. n. 91/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 116/2014.

[39] Da ultimo il Presidente della Regione Liguria, Giovanni Toti, in una intervista rilasciata al settimanale L'Avvenire del 7 aprile u.s. rispondendo alla domanda «lei come sfiderà la burocrazia», ha risposto «Via codice degli appalti, via gare europee, via controlli paesaggistici, via certificati antimafia, via tutto (…)».

[40] Si noti che una misura diretta alla riduzione delle tempistiche relative al rilascio della documentazione antimafia è stata stabilita con il co. 5 dell'art. 13 del d.l. n. 23/2020. Ai sensi di tale disposizione, qualora il rilascio della documentazione antimafia non consegua immediatamente alla consultazione della relativa banca dati, l'aiuto è temporaneamente concesso all'impresa sotto condizione risolutiva; l'agevolazione potrà però essere revocata qualora la documentazione antimafia successivamente pervenuta accerti la sussistenza delle cause interdittive previste nel c.d. codice antimafia (d.lgs. n. 151/2016).

[41] V. in tal senso: G. M. Flick, *Dalla prevenzione alla repressione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione,* in *Cassazione penale*, 2014, n. 9, p. 2754 e ss.; v. altresì, M. Ranieri, *Contrasto alla criminalità organizzata e diritto del lavoro: indifferenze, interrelazioni e cortocircuiti*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2015, p. 375 e ss.

In relazione a tale prospettiva, si segnala che, con decreto del Direttore generale del dipartimento di Polizia di Stato del 7 aprile u.s., è stato istituito l'Osservatorio permanente di monitoraggio ed analisi della criminalità presso la Direzione centrale della Polizia criminale. Si tratta di un nuovo organismo di monitoraggio composto da rappresentanti del comando generale dell'Arma dei Carabinieri della Guardia di Finanza e del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria; inoltre potranno essere chiamati a collaborare con questa cabina di regia i referenti di enti e organismi pubblici e privati (quali, ad esempio, associazione di categoria e di impresa), che possano fornire un ulteriore apporto conoscitivo. L'attività di studio svolta dall'Osservatorio ha come obiettivo finale proprio l'identificazione delle linee evolutive dell'azione della criminalità organizzata rispetto ai circuiti economici legali, così da potere analizzare i relativi modelli operativi in ottica preventiva.

Altri osservatori diretti al monitoraggio dell'attività della criminalità organizzata attraverso la promozione di forme di controllo sociale diffuso sono stati costituiti presso talune prefetture locali[42].

A fronte della predisposizione di tali organismi, che costituisce certamente un importante sforzo nella direzione dell'implementazione dell'attività di contrasto preventiva, va segnalata la mancanza di esperti di anticorruzione e/o rappresentanti di enti e autorità che si occupano di contrasto alla criminalità organizzata tra le 17 professionalità che compongono la *task force* costituita dal governo per l'elaborazione delle linee guida relative alla c.d. fase due[43]. A ciò si aggiunga che, sul piano della prevenzione e del contrasto alla corruzione, l'attuale presidente dell'Anac, Francesco Merloni, è presidente facente funzioni, non essendosi proceduto alla nomina di un successore in seguito alle dimissioni dell'ex presidente Cantone (rassegnate in data 23 luglio 2019). Con ciò non si intende affermare che si sia creato un vuoto dal punto di vista dell'operatività dell'Autorità anticorruzione, tuttavia la mancata nomina non può neppure essere considerata un segnale incoraggiante rispetto all'attenzione che le istituzioni dedicano a questa tematica e alla funzionalità dell'Anac.

3. In conclusione, oggi più che mai, di fronte alle incertezze di un'emergenza che conta pochi precedenti nella storia recente, sul piano del contrasto alla criminalità organizzata la drammaticità del momento può costituire l'opportunità per il definitivo consolidamento di una «strategia complessiva, coordinata e sinergica in grado di coniugare prevenzione e repressione»[44]. In particolare, affinché si possa realizzare un contrasto efficace all'ingresso della criminalità organizzata nell'economia legale sarà necessario un enorme sforzo da parte di autorità ed enti

---

[42] Si pensi ad esempio all'Osservatorio di monitoraggio dell'attività criminale nell'ambito dell'emergenza del Covid-19 costituito in seno alla prefettura di Lecco il 21 aprile u.s. È utile altresì segnalare che sono molteplici gli osservatori e i centri di studio e documentazione sull'attività della criminalità organizzata già costituiti e operanti sul territorio nazionale, non direttamente legati all'emergenza del Covid-19, ma che offrono un fondamentale apporto conoscitivo per lo studio e l'analisi del fenomeno della criminalità organizzata. Tra questi si segnalano in particolare, in ambito regionale: il Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità – MacroCrimes dell'Università di Ferrara e l'Osservatorio permanente per la legalità e il contrasto alla criminalità organizzata costituito in seno al Comune di Bologna.

[43] Si noti che la *task force* relativa alla c.d. fase due è soltanto uno dei molteplici gruppi di lavoro che sono stati istituiti a livello nazionale. Dei 15 totali, 3 operano in seno al Ministero della giustizia: uno relativo alle carceri, uno relativo agli uffici giudiziari e un tavolo virtuale composto da magistrati, avvocati e un gruppo interdipartimentale; nessuno specificamente dedicato al tema dei pericoli di infiltrazione da parte della criminalità organizzata. A questi si aggiungono poi le varie *task force* (almeno 30) istituite a livello regionale.

[44] Così M. Ranieri, *Contrasto alla criminalità organizzata e diritto del lavoro*, op. cit., p. 394.

chiamati a dare applicazione alle varie misure di contrasto. Tuttavia, la possibile inefficienza del controllo istituzionale relativo alle misure di prevenzione di carattere amministrativo e la fisiologica tardività del controllo repressivo penale, rendono indispensabile un ampio coinvolgimento dei diversi attori del tessuto economico locale da realizzarsi attraverso le relative associazioni e organi di rappresentanza, nell'ottica di una sempre maggior diffusione sul piano sia economico, che sociale di una cultura della legalità e della responsabilità.

IL DIRITTO PENALE ALLA PROVA DELLA COVID-19 *

di **Alessandro Bernardi** – alessandro.bernardi@unife.it**

In una situazione generale caratterizzata da incertezze di ogni tipo, sono stati precipitosamente varati in Italia molteplici testi normativi che contengono un insieme di misure preventive e punitive in via di progressiva razionalizzazione.

Il "diritto penale del coronavirus" attualmente in via di formazione è comunque chiamato a rispondere a plurime esigenze: non solo quella arcinota di neutralizzare il rischio-epidemia all'interno degli istituti di pena, ma anche quelle di tutela dei soggetti vulnerabili, di equa valutazione dei comportamenti antisociali commessi in stato di necessità, di tolleranza per le condotte di un personale sanitario soverchiato dall'emergenza.

1. **Premessa**

Come tutti gli addetti ai lavori sanno perfettamente, gli ultimi decenni sono stati caratterizzati dal susseguirsi di gravissime, sempre più frequenti epidemie e di vere e proprie pandemie caratterizzate da tassi di mortalità assai variabili, ma comunque sempre portatrici di un altissimo numero di decessi.

Eppure, il livello di allarme sociale suscitato dalla pandemia innescata dal nuovo coronavirus denominato SARS-CoV-2 non ha eguali nella storia moderna. A giusto titolo. Basti pensare all'elevatissima contagiosità di questo virus, alla sua capacità di indurre in una percentuale significativa di ammalati gravi forme di polmonite e financo la morte, di mettere in ginocchio la sanità pubblica anche dei Paesi meglio attrezzati, di stravolgere le abitudini di vita della massima parte degli abitanti del pianeta privandoli per un lasso di tempo tuttora sconosciuto ma comunque consistente di molti dei loro più elementari diritti e libertà fondamentali.

Non sembra dunque azzardato sostenere - all'unisono con Angela Merkel - che questa pestilenza convenzionalmente battezzata COVID-19 costituisca la massima sfida con cui l'umanità si è dovuta confrontare quantomeno dalla fine della seconda guerra mondiale.

Sembra qui opportuno mettere in vetrina tre dati.

1) Il virus ha colpito praticamente ogni Paese del mondo, stante che nel momento in cui si scrive ben 215 territori risultano ufficialmente toccati dal virus, mentre i pochissimi rimanenti non possiedono dati sanitari anche minimamente affidabili.

2) L'Europa è il continente con il maggior numero di ammalati, oltretutto ancora in forte crescita.

3) Attualmente l'Italia è il secondo Paese al mondo per numero ufficiale di morti, preceduto solo dagli Stati Uniti, che per altro hanno una popolazione sei volte superiore alla

**Editoriale pubblicato in Diritto penale e processo, n. 4/2020, p. 441-451*
*** Professore Ordinario di Diritto penale*

nostra. Quanto ai contagiati, il numero degli italiani colpiti dal SARS-CoV-2 è inferiore solo a quello degli statunitensi e degli spagnoli.

L'epidemia di COVID-19 è insomma un evento epocale, come tale destinato a incidere - ovunque ma specialmente in Italia - su ogni ambito della vita sociale. Nell'ambito medico-sanitario innanzitutto, ma in modo quasi altrettanto significativo anche nell'ambito economico e, per quello che qui interessa, nell'ambito giuridico. In un lasso di tempo brevissimo si è passati da una situazione di normalità a una situazione emergenziale che ripropone la ben nota contrapposizione tra stato di eccezione di schmittiana memoria e stato di diritto. Del resto, oggi il sentimento più sperimentato su scala universale è senz'altro la paura, che notoriamente si presta a mettere in pericolo le istituzioni democratiche.

Il sistema penale risulta al centro di questo quadro a tinte fosche.

2. **I plurimi profili del "diritto penale del coronavirus"**

In prima battuta, il "diritto penale del coronavirus" è volto a garantire il rispetto delle disposizioni finalizzate al contenimento di tale epidemia e dei molteplici rischi a questa correlati. Tuttavia, esso si rivela una entità assai più estesa ed eterogenea di quella appena abbozzata.

In ragione della sua totalizzante pervasività, la COVID-19 chiama infatti in causa il diritto penale in tutti i suoi possibili aspetti, sui quali nei prossimi mesi la giurisprudenza e la dottrina avranno senz'altro modo di confrontarsi. Resta il fatto che, sin d'ora, l'attuale epidemia tende a illuminare soprattutto taluni specifici problemi penali. In questa sede, dopo qualche breve considerazione in margine alle norme volte a sanzionare la trasgressione delle misure adottate per contrastare il coronavirus, ci si limiterà a evocare rapsodicamente tre diversi temi di crescente complessità.

Il primo concerne la tutela penale dei soggetti impegnati nel debellare il nuovo coronavirus e dei soggetti vulnerabili, gli uni e gli altri esposti a forme particolarmente odiose di criminalità; il secondo riguarda la questione delle condotte di aggressione patrimoniale realizzate in stato di necessità; il terzo attiene alle molteplici, specifiche forme di responsabilità colposa (di natura prevalentemente omissiva) correlate alla lotta alla COVID-19 indubbiamente favorite dalla felice disabitudine a confrontarsi con questo genere di rischi. Le questioni meritevoli di attenzione sarebbero, peraltro, assai più numerose: basti pensare al problema delle c.d. "scelte tragiche", in larga misura riconducibile - oltre beninteso alle caratteristiche intrinseche di tale epidemia, nonché alle pregresse e deprecabili scelte politiche volte a sottovalutare l'importanza del sistema sanitario nazionale - alle or or accennate forme di omissione; ovvero al problema relativo ai possibili provvedimenti da adottare per contenere il rischio dei contagi all'interno delle case di pena. Si tratta, peraltro, di questioni in questo momento assai dibattute, e sulle quali sono stati già pubblicati molti lavori, anche di notevole pregio.

3. **La problematica disciplina sanzionatoria delle violazioni alle generali prescrizioni anti-contagio**

A partire dal 31 gennaio 2020 moltissime sono state le fonti giuridiche varate in Italia al fine di contrastare l'epidemia. All'interno di esse, come si sa, oltremodo numerose sono le norme che contengono precetti supportati da misure punitive di vario tipo, e che sono state oggetto di commenti altrettanto numerosi. Rimandando ad essi per una analisi dettagliata delle fonti in questione, ci si limiterà qui a mettere a fuoco i tratti fondamentali di questa produzione giuridica relativamente alle disposizioni che comprimono i diritti e libertà dei cittadini.

La crisi determinata dalla COVID-19 è stata da subito affrontata dal nostro Governo con modalità ispirate palesemente al c.d. *precautionary constitutionalism*, dunque attribuendo alla salute il

rango di bene assoluto in vista della cui tutela ogni altro bene può essere sacrificato. Attraverso un ricorso ad oltranza allo strumento dei decreti-legge e soprattutto a quello delle ordinanze ministeriali, è stato introdotto un profluvio di rigide imposizioni comportamentali, tutelate da apposite sanzioni, limitative della massima parte delle libertà e dei diritti fondamentali. Il fatto di aver bypassato il Parlamento in ragione della lentezza dei suoi processi decisionali non ha però comportato un totale accentramento in capo all'esecutivo delle scelte dei comportamenti vietati. Infatti i testi in questione hanno lasciato alle regioni (e in un primo tempo financo ai comuni) un più o meno ampio margine di intervento, per consentire loro di dettare, attraverso apposite ordinanze regionali (e inizialmente anche sindacali), norme ritagliate sulle specifiche esigenze dei rispettivi territori e spesso destinate a mutare nel volgere di pochi giorni. In questo disorientante turbinio, sino a un certo momento l'unico punto fermo è stato costituito dal fatto che la violazione dei suddetti precetti comportava sempre - almeno sulla carta e in prima battuta - conseguenze di natura penale. Fin da subito si è quindi deciso di privilegiare l'intimidazione sulla responsabilizzazione; laddove, per conto, specie nella prima fase dell'epidemia, molti altri Stati europei avevano evitato di usare l'arma della sanzione, limitandosi a suggerire ai propri cittadini le condotte che era opportuno tenere per minimizzare i rischi derivanti dal virus. La scelta di prevenire per mezzo di una minaccia legale i comportamenti implicanti un pericolo di contagio non è venuta meno quando, col D.L. 25 marzo 2020, n. 19, si è deciso di depenalizzare la massima parte delle violazioni delle norme cautelari; anzi, lo scopo di tale riforma è stato proprio quello rendere la risposta punitiva più certa e pronta, dunque più carica di effetti deterrenti.

I testi in questione, ancorché in linea di massima accolti positivamente dalla maggior parte della popolazione, hanno suscitato innumerevoli rilievi nei commentatori, i cui accenti critici solo in parte sono stati mitigati dalla consapevolezza dell'assoluta eccezionalità del momento storico e della straordinaria urgenza di fronteggiare la nuova sfida.

In estrema sintesi, sembra possibile affermare che le critiche toccano essenzialmente tre diverse questioni concernenti rispettivamente: a) il contenuto precettivo delle prescrizioni varate; b) le fonti giuridiche e le tecniche normative utilizzate in relazione ad esse; c) la complessiva disciplina sanzionatoria del mancato rispetto delle suddette prescrizioni.

a) Quanto al contenuto precettivo delle norme anti-COVID-19, come già accennato il rapidissimo propagarsi del contagio ha presto convinto la massima parte degli studiosi e degli operatori del diritto del fatto che, in sede di bilanciamento, il diritto alla salute doveva prevalere sugli altri diritti e libertà individuali.

Attualmente, salvo eccezioni, le voci critiche in merito al *contenuto* delle restrizioni imposte dai testi normativi in oggetto sono dunque circoscritte a due questioni. *La prima questione* attiene alla sostanziale inidoneità di certi divieti ad assolvere una efficace funzione di contrasto all'avanzata del nuovo coronavirus. In particolare, una parte della dottrina ha ipotizzato l'irragionevolezza del divieto generalizzato e quasi assoluto di svolgere attività motorie, in quanto tali attività, se effettuate individualmente e in luoghi poco o nulla frequentati, comporterebbero (specialmente in talune fasce di praticanti) molti vantaggi a fronte di una quasi totale assenza di rischi di contagio per la collettività. A queste critiche, non certo peregrine, si può peraltro replicare osservando che, sia pure con fortissime limitazioni, una qualche attività motoria risulta pur sempre ammessa. Senza contare che una eventuale "licenza indiscriminata di passeggio" aprirebbe la strada a ogni tipo di abuso, data la difficoltà di controllare che il beneficiario non ne approfitti per recarsi presso altre abitazioni e persone, moltiplicando i rischi di contagio.

La seconda questione concerne il timore che l'assoluta necessità di combattere l'epidemia non induca a trascurare le esigenze dell'economia, già messa in ginocchio dalle attuali restrizioni e incapace di sopportare una lunga chiusura delle attività produttive, se non a scapito della fine

dello stato sociale e dunque anche della stessa salute dei cittadini. Ma, invero, di questo rischio l'attuale Governo sembra ben consapevole, come dimostra l'intenso dibattito al suo interno in vista di una progressiva riapertura di tali attività, onde contemperare al meglio le opposte esigenze.

b) In ogni caso, assai più che sul contenuto delle norme comportamentali varate per vincere l'epidemia, le critiche si sono appuntate *sulle fonti giuridiche e sulle tecniche normative utilizzate*. Le une e le altre, invero, sembrano evidenziare l'affermarsi di una "emergenza progressiva" che tende a trasmodare in un sotterraneo "stato di eccezione" e a ledere molti fondamentali principi costituzionali, senza che questa volta il diritto alla salute e la stessa straordinarietà della situazione possano sempre fungere da adeguati contrappesi alle suddette lesioni.

Tuttavia, specie per quanto concerne la molto discussa marginalizzazione del Parlamento e il sacrificio (o rimodulazione) della riserva di legge, non sembrano essere mancate le ragioni di necessità e urgenza atte a legittimare la rinuncia alle garanzie del vaglio parlamentare a favore della decretazione di urgenza.

Vero quanto appena detto, resta la complessiva disfunzionalità del vorticoso susseguirsi di precetti, la inopportunità del ricorso insistito alla tecnica del "rinvio a catena", l'intollerabilità di certe norme penali "più bianche del bianco", la conseguente, incredibile trasformazione dei Presidenti delle Regioni e financo dei sindaci comunali in legislatori penali paradossalmente gravati, in taluni casi limite, financo di veri e propri "obblighi di incriminazione".

Tutto ciò aiuta a spiegare il sollievo prodotto nei commentatori dal già ricordato D.L. 25 marzo 2020, n. 19, il quale si ingegna tra le altre cose sia di tassativizzare le misure limitative dei diritti e libertà applicabili (con conseguente contenimento della portata creatrice delle fonti governative e regionali indicate agli artt. 2 e 3 del medesimo decreto) sia di subordinare la legittimità di dette misure alla loro adeguatezza e proporzionalità rispetto ai contestuali rischi connessi all'epidemia.

Nel riordinare la normativa emergenziale varata per contenere la COVID-19, il suddetto decreto-legge ha cercato di restituire ad essa una qualche certezza e organicità; il testo in oggetto va dunque salutato con favore per i suoi molti pregi: a partire proprio da quello di aver riformato nel profondo la disciplina sanzionatoria prevista per le violazioni delle misure anti-coronavirus.

c) Da ultimo, occorre ricordare che le critiche non hanno risparmiato nemmeno *il complessivo quadro delle norme volte a punire il mancato rispetto delle prescrizioni comportamentali previste per prevenire il contagio*. Critiche che, invero, si sono appuntate soprattutto sulla sua originaria configurazione.

Al riguardo, si è a ragione parlato di "un uso ipertrofico, generalizzato e indifferenziato della norma penale" (G. Pighi), volto ad accomunare nel segno della sanzione criminale violazioni di diversa gravità che richiederebbero una più attenta modulazione della risposta punitiva in base alla specificità delle singole violazioni.

Qui preme innanzitutto sottolineare il particolarissimo iato esistente tra l'apparente valenza bagatellare di molte delle violazioni alle misure imposte ai cittadini e la gravità delle possibili conseguenze "con effetto valanga" derivanti da tali violazioni. Alla luce di questa considerazione è evidente che anche le sanzioni previste per le violazioni meno gravi e solo astrattamente pericolose, se da un lato non possono essere eccessivamente severe, dall'altro lato devono essere sufficientemente intimidanti e dunque, innanzitutto, certe e pronte.

Ben si spiegano quindi le voci tese a sottolineare l'estrema infelicità della scelta, effettuata dall'art. 3, comma 4, D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, di assoggettare il mancato rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia di cui al suddetto decreto al trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 650 c.p. La modestissima portata intimidante di questa risposta punitiva ha lasciato sin

da subito presagire quanto poi puntualmente verificatosi; vale a dire un altissimo numero di violazioni destinato a intasare gli uffici giudiziari, e dunque a preannunciare - almeno nella massima parte dei casi - la prescrizione delle contravvenzioni ipotizzate.

Può allora capirsi il tentativo, posto in essere da talune procure, di garantire un più generalizzato rispetto delle norme cautelari anti-epidemia facendo ricorso a una diversa e più temibile contravvenzione: quella non oblazionabile prevista all'art. 260 del testo unico delle leggi sanitarie del lontano 1934, che punisce con la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda "chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva". Si è peraltro trattato di un tentativo alquanto forzato, e comunque stroncato sul nascere dal più volte citato D.L. 25 marzo 2020, il quale ha provveduto a riformare radicalmente l'intera disciplina sanzionatoria di contrasto alla COVID-19 per renderla più razionale ed efficiente.

Il primo e fondamentalissimo passo in tal senso è consistito nell'assoggettamento delle ipotesi di inosservanza delle prescrizioni (ormai minuziosamente elencate all'art. 1, comma 2 del nuovo decreto-legge) a una sanzione amministrativa da 400 a 3.000 euro irrogata dal prefetto e retroattivamente applicabile (nella misura ridotta di 200 euro) anche alle precedenti ipotesi contravvenzionali. In tal modo, con una sola mossa, si è provato a spazzare via tutti i succitati meccanismi che inficiavano la portata dissuasiva della precedente disciplina.

Certamente, una attenta analisi della nuova disciplina sanzionatoria disvela i suoi perduranti (molteplici ma meno macroscopici) rischi di ineffettività. Certamente, anche a causa della rapidissima stesura del testo, la regolamentazione del nuovo illecito amministrativo presenta difetti redazionali, lacunosità, incongruenze e financo profili di incostituzionalità; tuttavia è legittimo pensare che i lati positivi della riforma superino ampiamente quelli negativi.

In ogni caso, i pregi correlati alla nuova disciplina sanzionatoria della normativa anti-coronavirus non si limitano a una ben più dettagliata specificazione delle prescrizioni imposte e alla depenalizzazione delle relative violazioni. Il D.L. del 25 marzo ha infatti introdotto una nuova contravvenzione in caso di violazione del "divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus". In questo caso, però, in ragione della maggior gravità di questo reato (indubbiamente di pericolo astratto, ma pur sempre caratterizzato da un significativo grado di pericolosità) la contravvenzione in oggetto risulta non oblazionabile.

Infine, va ricordato che, ai sensi dell'art. 4, comma 6 del decreto-legge in esame, la suddetta contravvenzione non trova applicazione qualora il fatto integri il delitto di epidemia colposa o addirittura i delitti di epidemia dolosa, lesioni, omicidio. Come ovvio, infatti, nel punire i vari tipi di violazione delle prescrizioni *ad hoc*, la recente normativa anti-coronavirus lascia aperto il campo all'applicazione, in relazione al medesimo fatto, di norme incriminatrici connotate da un maggior disvalore.

In definitiva, per quanto sin qui accennato si può affermare che il D.L. del 25 marzo 2020 ha realizzato un condivisibile sistema di progressione sanzionatoria incentrato sulla diversa gravità del pericolo causato dal mancato rispetto delle prescrizioni, ovvero sul passaggio dal pericolo al danno correlato alla condotta inadempiente. Si tratta tuttavia di un sistema ancora caratterizzato da difetti di vario tipo verosimilmente dovuti all'urgenza della riforma. Un sistema che, per altro verso, se da un lato ha comportato nell'immediatezza della riforma una forte diminuzione delle violazioni, attualmente pare non riuscire soddisfare appieno le aspettative del Governo, in quanto i dati degli ultimi giorni dimostrano un nuovo innalzamento del numero delle violazioni e delle conseguenti sanzioni. Ma questo fenomeno va verosimilmente collegato alla oggettiva difficoltà di far accettare alla generalità dei consociati restrizioni alle libertà e diritti

fondamentali destinate inevitabilmente a risultare sempre più insopportabili col trascorrere del tempo, e alla contestuale scelta di non aver voluto spingere eccessivamente sull'acceleratore della deterrenza approntando un vero e proprio diritto penale "di lotta" o addirittura "del nemico" per sconfiggere ad ogni costo l'epidemia.

In ogni caso, l'evoluzione della complessiva normativa anti-coronavirus dimostra una maggiore consapevolezza sia del fenomeno da combattere sia dei mezzi legali da predisporre a tale scopo senza stravolgere completamente i principi dello stato di diritto; e tutto lascia supporre che in futuro sia possibile perseguire un ulteriore affinamento delle relative fonti, destinate peraltro a mantenere il loro carattere marcatamente emergenziale.

Come però ricordato in apertura, l'epidemia in atto chiama in causa il diritto penale, e più in generale il diritto punitivo, sotto ulteriori, molteplici aspetti. Qui ci si limiterà a esporre sinteticamente talune delle questioni più rilevanti tra quelle sinora meno sviscerate dai commentatori.

4. **Odiosità dei reati di approfittamento dei soggetti vulnerabili o impegnati nella lotta al SARS-CoV-2 e speciali esigenze di tutela**

Come ogni situazione-limite, la COVID-19 sembra marcare le differenze tra gli uomini, collocarli almeno momentaneamente in ben distinte categorie. In questa sede interessa evidenziarne tre: quella delle vittime o comunque dei soggetti vulnerabili, quella degli eroi o comunque dei coraggiosi e quella dei lestofanti che si approfittano delle minorate difese degli uni e degli altri. La cronaca si incarica di informarci del fatto che i malati, i soggetti preoccupati dall'epidemia, i medici e gli infermieri impegnati nel contrastarla cadono spesso vittime di individui che sfruttano questo drammatico contesto per porre in essere reati di varia natura, anche se quasi sempre contro il patrimonio. Furti di presidi sanitari lasciati momentaneamente incustoditi quando non di portafogli e telefonini del personale ospedaliero dedito alla cura degli infetti; truffe, specie ma non solo via internet, a privati e a enti pubblici impegnati nella ricerca di farmaci e strumenti ritenuti utili in questa emergenza; messa in vendita di mascherine e corredi per la diagnosi domiciliare del SARS-CoV-2 con caratteristiche tali da ingannare i compratori e a metterne a rischio la salute; minacce truffaldine tese a favorire i furti nelle abitazioni; raccolta non autorizzata di fondi a beneficio delle vittime dell'epidemia; ingresso abusivo nelle abitazioni con scuse varie (effettuare tamponi, controllare la temperatura corporea, ecc.) per poi depredare le ignare vittime. Come ben si vede, davvero notevole è la fantasia criminale dei soggetti indotti a vedere nell'attuale situazione emergenziale una preziosa occasione per guadagni tanto facili quanto illegali. D'altronde, è cosa nota che reati almeno per certi aspetti analoghi tendono a essere commessi anche durante ogni tipo di calamità, a partire dalle inondazioni e dai terremoti.

Come si sa, in tempo di guerra i soggetti in questione - se scoperti - avrebbero di che pentirsi amaramente delle loro azioni. Certo, numerosi commentatori non hanno mancato di sottolineare le differenze sul piano politico e giuridico intercorrenti tra una guerra e una calamità naturale, sia pure essa una epidemia disastrosa. Ma resta il fatto che per gran parte della pubblica opinione l'attuale epidemia è considerata alla stregua di un evento bellico, cosicché assai simile appare il senso di ripulsa (o, se si preferisce, il giudizio di rimprovero) per gli atti di sciacallaggio realizzati in questi pur diversi contesti.

In particolare, è opinione diffusa che gli autori dei summenzionati reati meritino di essere senz'altro puniti più severamente di quanto non avverrebbe in tempi normali. In casi simili, quindi, le circostanze aggravanti comuni previste all'art. 61, n. 1 e n. 5, c.p. non riescono a fotografare adeguatamente il disvalore sociale dei fatti in questione. Ciascuna di esse infatti - come noto - comporta un aumento della pena che non può oltrepassare un terzo della stessa; senza

contare la possibilità che queste circostanze vengano considerate equivalenti o addirittura soccombenti in sede di bilanciamento con le circostanze attenuanti. Un giudizio almeno in parte analogo sembrano meritare le circostanze aggravanti speciali e ad effetto speciale di analogo tenore, come ad esempio quella prevista in tema di truffa dall'art. 640, comma 2, n. 2 *bis*. Anche in questo caso, infatti, l'aggravante in questione può essere bilanciata con qualsivoglia attenuante, vanificando il non trascurabile aumento di pena che essa dovrebbe comportare.

Verrebbe allora fatto di immaginare fattispecie autonome, capaci di riflettere il ben diverso grado di illiceità del fatto, se commesso con l'intenzione di trarre ingiusto profitto dalle situazioni emergenziali analoghe all'attuale epidemia. Tuttavia questa soluzione non sembra felice, stante la verosimile incompletezza del catalogo delle fattispecie in questione, dovuta alla realistica impossibilità di pre-calcolare tutte le condotte illecite realizzabili in situazioni analoghe.

La strada migliore sembrerebbe allora quella di introdurre una circostanza comune ad effetto speciale e non bilanciabile, in quanto espressiva di un diverso grado di illiceità irrinunciabilmente sancito dal legislatore e pertanto non intaccabile dalla eventuale compresenza di circostanze attenuanti.

Una siffatta circostanza, che andrebbe prevista con la massima sollecitudine e che potrebbe eventualmente applicarsi solo nei casi in cui sia stato dichiarato lo stato di emergenza, presenterebbe il duplice vantaggio di rispecchiare l'esigenza retributiva connaturata alla proporzionalità della pena e ad assolvere quella funzione generalpreventiva che può offrire solo un elemento "accidentale" del reato escluso a priori da ogni giudizio di bilanciamento, come tale destinato a influire in modo decisivo non solo sul momento commisurativo della pena, ma anche su tutta una serie di situazioni capaci di condizionare nel profondo la vicenda processuale e il livello di afflittività del suo esito.

Considerazioni di diverso tenore suscitano quelle situazioni di odioso approfittamento incapaci di essere canalizzate in una fattispecie penale e dunque di rientrare nello spettro applicativo della summenzionata circostanza. Il pensiero corre innanzitutto alla messa in vendita a prezzi esorbitanti di presidi sanitari di difficile reperibilità. Per ipotesi siffatte forte è, specie in periodi di generalizzato disagio sociale, il "desiderio di penalità". È tuttavia da ritenersi preferibile in questi casi il ricorso a sanzioni amministrative a carattere pecuniario o interdittivo, verosimilmente dotate di un più elevato tasso di effettività. In particolare, non sembrerebbe inadeguata, almeno in talune ipotesi, la sanzione amministrativa della chiusura temporanea dell'esercizio, del resto prevista in via accessoria dall'attuale normativa anti-coronavirus per colpire la violazione di talune specifiche misure relative ad attività commerciali, professionali e d'impresa.

5. **Il rischio di moltiplicazione dei reati commessi in stato di necessità**

È stato sottolineato da Luigi Ferrajoli come, nelle moderne società, la vita dell'uomo, anche nel senso fisico del termine, sia "affidata alla sua integrazione sociale, e cioè a condizioni materiali e a circostanze giuridiche e sociali di vita che vanno ben al di là della sua libera iniziativa".

L'esperienza dell'attuale epidemia ci riporta prepotentemente a questa verità. Le ferree regole del distanziamento fisico compromettono senza scampo i già fragilissimi equilibri su cui si regge l'esistenza delle fasce più indigenti della popolazione: basti pensare ai precari, ai lavoratori in nero e ai loro familiari, tutti privati all'improvviso della loro fonte di sostentamento e quasi sempre sforniti di adeguati ammortizzatori sociali. Per non parlare poi dei sempre più numerosi senzatetto costretti a mendicare, la cui sopravvivenza spesso dipende dall'obolo di quei passanti come per incanto spariti a seguito delle norme anti-coronavirus.

La COVID-19 ha fatto sì che queste categorie di soggetti si trovino confrontati con una situazione eccezionale che potrebbe essere non di breve durata, che mette in pericolo la loro stessa sopravvivenza e che praticamente non consente loro nessuna contromisura adeguata. Il pessimismo della ragione induce a concordare con chi ritiene che "in casi del genere (...) pensare di scongiurare il 'pericolo attuale di danno grave alla persona' ricorrendo ai presidi sociali, equivarrebbe a ridurre lo studio della disciplina giuridica positiva a mero esercizio di astrazione concettuale" (R. Cappitelli).

Ecco dunque, nell'attuale temperie, profilarsi il rischio che rispetto a una variegata gamma di condotte lesive di beni giuridici di rilevanza costituzionale - e innanzitutto del patrimonio nelle sue diverse configurazioni - possa entrare problematicamente in gioco l'istituto dello "stato di necessità". Del resto, la cronaca di questi giorni riporta episodi di "assalto al supermarket" che rimandano all'assalto ai forni di manzoniana memoria. Certamente, nel caso di specie, le modalità dei fatti inducono a essere quantomeno scettici sull'operatività generalizzata di tale scriminante; ma altrettanto certamente non può essere escluso che, nel perdurare della crisi, episodi di questo tipo si moltiplichino nel nome di un "diritto al cibo" che, incarnandosi nell'art. 2 Cost., a giudizio di alcuni costituzionalisti travalicherebbe addirittura lo stato di necessità.

Mutatis mutandis, la questione appare destinata a riproporsi frequentemente con riferimento alle ipotesi di invasioni di edifici. Vero è che rispetto a molte di queste ipotesi fanno difetto i requisiti di attualità e inevitabilità del pericolo richiesti per la sussistenza della scriminante, anche perché la giurisprudenza di legittimità tende a valutare con rigore i singoli casi sottoposti al suo vaglio, condannando coloro che, pur versando in stato di palese indigenza, potrebbero in qualche modo essere ospitati da parenti oppure accolti in apposite strutture socio-assistenziali. Ma è anche vero che in altri casi la stessa Cassazione ha dovuto riconoscere come riconducibile allo stato di necessità l'occupazione di immobili realizzata in nome del diritto all'abitazione, del resto ormai da tempo considerato dalla Consulta rientrare tra i diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost. Ora, appunto, i casi di questo tipo potrebbero moltiplicarsi, essenzialmente per tre ragioni concomitanti: perché la crisi economica (invero, assai precedente all'attuale epidemia) ha ormai saturato la massima parte degli istituti pubblici di accoglienza, vanificando soluzioni lecite alternative all'occupazione abusiva di un alloggio; perché la COVID-19 ha fatto sì che quanti sono privi di abitazione rischino la salute e financo la vita propria e altrui in quanto possibili soggetti, passivi o attivi, del contagio; perché sempre la COVID-19 sconsiglia l'utilizzo di dormitori comuni in quanto potenziali vettori di contagi di massa. Nell'attuale situazione, insomma, servirebbero tra le altre cose anche moltissimi alloggi pubblici da destinare ai soggetti più sfavoriti. Alloggi che, come si sa, risultano essere in numero assolutamente inadeguato alla bisogna.

Altrove, per vero, il problema è stato risolto in modo assai spiccio. Immagini recentissime provenienti dagli Stati Uniti ci mostrano come i parcheggi ormai senza auto dei casinò di Las Vegas chiusi a causa del coronavirus siano stati transennati e specificamente adibiti a dimora dei senza tetto, i quali vedono peraltro assicurate le regole di *social distancing* dalle strisce bianche originariamente pensate a misure dei SUV americani e ora destinate a delimitare il loro spazio vitale. Ma, a prescindere dal fatto che in certi casi agli *homeless* nostrani nemmeno questo sembra concesso, non si vuole neanche pensare all'eventualità che forme siffatte di "confinamento dei diversi" possano precludere a questi ultimi il ricorso a una scriminante concepita - appunto - per chi come loro versa in stato di necessità. Appare infatti evidente che - stante la concreta attualità di un pericolo di contagio tale da indurre il Governo a imporre ai cittadini, salvo eccezioni, l'obbligo di restare all'interno delle proprie abitazioni - dovrebbe apparire assolutamente scontato l'esito di un giudizio di proporzione tra il bene leso nelle ipotesi di ingresso abusivo e il pericolo,

per sé e per la collettività, derivante dal rimanere, nel corso di una epidemia, all'aperto in compagnia di altri diseredati.

Stando così le cose, va dunque ribadito che sembra facile immaginare nel prossimo futuro un rapido aumento non solo dei furti non perseguibili, ma anche delle occupazioni abusive in relazione alle quali il recupero degli immobili da parte dei legittimi proprietari risulterebbe assai arduo se non impossibile.

In realtà, la situazione appare aperta a sviluppi non del tutto prevedibili. In effetti, il carattere di *extrema ratio* della scriminante in oggetto la rende implicitamente uno strumento pensato per singole, specialissime situazioni, e non certo per fenomeni generalizzati. Come si sa, il riconoscimento dello stato di necessità, anche quando pienamente giustificato, implica infatti un turbamento della pace sociale direttamente proporzionale al numero degli episodi scriminati. In altre parole, l'esigenza di tenuta generalpreventiva delle norme, compromessa dalla eventualità di una loro frequente paralisi ad opera dell'art. 54 c.p., potrebbe forse riservare sorprese in sede di concreta applicazione di quest'ultimo. L'ovvio, seppur assai ottimistico auspicio, è che lo Stato - destinato comunque a uscire stremato dall'attuale epidemia - sappia trovare le risorse per potenziare, al pari delle unità di terapia intensiva, anche quei supporti socio-assistenziali che consentano di limitare al massimo le succitate evenienze. In caso contrario la crisi causata dal SARS-CoV-2 potrebbe produrre un numero elevato di episodi causativi di allarme sociale o, in alternativa, potrebbe favorire soluzioni giurisprudenziali oltremodo rigide nel riconoscere la sussistenza dello stato di necessità, dunque regressive rispetto al nostro attuale livello di civiltà giuridica.

6. **Le diverse forme di responsabilità penale connesse agli specifici obblighi gravanti su singole categorie di soggetti**

Immagini pubblicate da tutti i media europei hanno immortalato la ressa dei cittadini francesi in occasione delle elezioni amministrative di metà marzo 2020, le gioiose manifestazioni di piazza l'8 marzo in Spagna per la festa dalla donna, le orde di sciatori stipati nelle cabinovie di Ischgl quando già da molti giorni chi di dovere sapeva quanto questa famosa stazione turistica austriaca fosse divenuta un pericoloso focolaio epidemico. Altre immagini hanno mostrato un po' dovunque medici senza le prescritte mascherine e infermieri con camici da parrucchiere impegnati a curare malati contagiosissimi, e poi operai o impiegati di mille imprese dediti, anche nelle ultime settimane, al lavoro senza che fosse consentito loro di rispettare le più elementari misure di distanziamento sociale. Da ultimo, riprese televisive trasmesse in prima serata hanno rivelato la disumana realtà di certe case di riposo dove gli anziani infettati muoiono senza il supporto dell'ossigeno e senza cure palliative.

Tutte queste immagini hanno un comune denominatore: l'impreparazione/imprevidenza di taluni soggetti politici, amministrativi, imprenditoriali, sanitari di fronte a una epidemia tremenda e nuova, ancorché già da alcuni mesi preannunciata. Si tratta di una constatazione, ormai pacifica, che non annulla certo i meriti dei molti impegnatisi a fondo scala per contenere il contagio e le perdite di vite umane, ma che chiede una risposta.

Su quale sia la risposta più opportuna, però, l'opinione pubblica è divisa: alcuni vorrebbero che le responsabilità, specie se governative o comunque apicali, restassero circoscritte al piano politico, morale, lavorativo; altri preferirebbero invece che, almeno nei casi in cui emergano palesi errori, l'ultima parola spettasse alla magistratura.

Questo secondo punto di vista sembra senz'altro, almeno tendenzialmente, il più in linea col sistema costituzionale non solo nostro, ma anche della massima parte dei Paesi europei. In questi Paesi, come noto, la responsabilità politica dei soggetti politici non esclude, in genere, una

parallela responsabilità giuridica nei casi in cui essi violano la legge; responsabilità che diviene penale laddove siano posti in essere comportamenti costituenti reato. Vero è che la maggior parte degli Stati ha adottato specifiche norme sull'immunità dei capi di Stato e dei membri del Parlamento. Tuttavia le norme sull'immunità dei ministri sono assai meno frequenti e, quando presenti nel sistema, risultano di portata circoscritta. In definitiva, come sottolinea un importante documento del Consiglio d'Europa, "in un sistema politico governato dai principi dello Stato di diritto, anche i ministri devono rispettare la legge e se la violano possono incorrere in responsabilità legali", se del caso a carattere penale. E questo - che vale ovviamente anche per gli appartenenti al ceto politico regionale e locale - riguarda a maggior ragione un Paese come il nostro, nel quale lo stato di emergenza non autorizza deroghe alla Costituzione.

Tuttavia, anche considerando in linea di principio scontata l'ammissibilità della responsabilità penale dei governanti e dei soggetti afferenti ai quadri politici intermedi, per tutti costoro resta elevata la concreta possibilità di sfuggire ai rigori della legge penale. È infatti opinione abbastanza diffusa che le responsabilità dei soggetti politici raramente trapassino dal piano politico a quello giuridico, anche in ragione della generalizzata incertezza, spesso interpretata *in bonam partem*, in merito al "punto di confine" tra l'una e l'altra forma di responsabilità. Questo vale, a maggior ragione, per le scelte politiche in merito alle misure da adottare in vista del contenimento della COVID-19; scelte che, come si sa, almeno entro certi limiti scontano le tuttora perduranti incertezze della scienza in argomento.

Per altro verso, anche i soggetti privi di funzioni politiche ma comunque collocati in posizioni apicali costituiscono degli ostici bersagli penali in caso di mancato rispetto delle specifiche prescrizioni loro imposte dalle norme anti-coronavirus. Infatti, quantomeno in relazione a episodi meno eclatanti di quelli ricordati all'inizio di questo paragrafo, l'istituto della delega di funzioni riesce sovente a porli al riparo dagli strali della legge.

Ancora, merita di essere sottolineato che, in relazione a entrambe le categorie di soggetti in precedenza ricordate, non sempre la via legale perseguita in prima battuta rispetto a fatti anche gravi riconducibili alla recente epidemia risulta essere quella penale. In taluni casi, infatti, a essere chiamati in causa sono stati innanzitutto i giudici civili, a seguito di *class actions* in Italia ormai destinate, dopo la riforma del 2019, a essere disciplinate in un prossimo futuro non più dal codice del consumo, ma da quello di procedura civile. Infine va detto che, rispetto a certi processi penali innescati dai comportamenti negligenti di soggetti apicali (ma anche, per vero, di soggetti ad essi sottoposti), a essere giudicati non saranno solo i soggetti in questione ma anche, se del caso, gli enti nell'ambito del procedimento per l'illecito amministrativo da reato riunito al (o separato dal) parallelo procedimento penale ai sensi dell'art. 38, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Di fatto, in relazione alla già ricordata situazione creatasi a Ischgl nello scorso marzo è stata attivata sia una azione di classe promossa dall'associazione austriaca per la difesa dei consumatori sia una inchiesta penale da parte della locale procura. Del pari, confermando l'attuale tendenza a valorizzare le c.d. *human rights class actions*, il nostro Primo Ministro e il nostro Ministro della sanità sono stati fatti oggetto di una azione di classe a scopo risarcitorio, mentre a carico del Governo e dei tecnici da esso nominati è stata presentata una denuncia penale per il reato di epidemia colposa.

In ogni caso, un po' ovunque, ma soprattutto nei Paesi europei più colpiti dall'epidemia, si stanno moltiplicando le denunce penali. Per esempio, restando ai soggetti politici, già alla fine di marzo contro il Primo Ministro francese Edouard Philippe e il suo ex ministro della Sanità Agnés Buzyn erano state presentate non meno di sei denunce per reati che spaziano dall'omicidio colposo alle lesioni colpose, dalla "omissione volontaria di adottare le misure necessarie a combattere un sinistro" alla "deliberata messa in pericolo della vita altrui". Quanto alla Spagna,

il già ricordato fatto di aver permesso che la festa dell'8 marzo avvenisse in spazi pubblici è ormai da tempo sotto la lente dei magistrati, che stanno vagliando la sussistenza di diversi illeciti penali dopo aver faticosamente individuato i presunti soggetti responsabili. Sempre in Spagna, si stanno inoltre rapidamente organizzando alcuni gruppi di infettati per sollecitare azioni penali volte a perseguire i responsabili della mancata consegna dei presidi sanitari necessari a evitare il contagio.

Anche in Belgio la rabbia dei cittadini nei confronti dei ritardi e delle disfunzioni palesate della Stato nella lotta alla COVID-19 sta montando e appare destinata a sfociare in una denuncia collettiva per "non assistenza di persona in pericolo" e per "messa in pericolo della salute pubblica", specialmente ma non solo a causa dei ritardi nella consegna dei presidi sanitari necessari ai medici come ai comuni cittadini, specie se ospiti di case di riposo (anche in questo Paese divenute pericolosi focolai d'infezione).

Certo, è davvero troppo presto per giudicare iniziative legali appena iniziate o addirittura soltanto preannunciate. Tuttavia, certe dichiarazioni di taluni operatori del diritto stranieri coinvolti in queste vicende (giudici, avvocati, consulenti legali) inducono a ritenere che la assoluta eccezionalità dei fatti e la mancanza di precedenti giudiziari in merito a vicende analoghe favoriscano approcci improvvisati, nell'ambito dei quali si cerca, quasi a tentoni, quali possano essere i soggetti imputabili e quanti di costoro meritino davvero un "rimprovero penale".

Venendo ora all'Italia, sull'onda di episodi a volte di una drammaticità quasi inimmaginabile, le procure appaiono sempre più decise a indagare in merito a quanto avvenuto in certe case di riposo o in taluni ospedali, le une e gli altri trasformati in focolai epidemici causativi di un alto numero di morti. Proprio in questi giorni i registri degli indagati incominciano a riempirsi di nomi, in relazione a svariate ipotesi di reato, quali innanzitutto l'epidemia colposa e l'omicidio colposo. Non sorprende dunque che varie testate giornalistiche parlino, sia pure con diversità di accenti, di una nuova stagione di "Mani pulite" finalizzata a "fare giustizia" in relazione ai fatti verificatesi nelle summenzionate strutture.

Al di là del futuro esito di queste vicende, appare comunque ormai evidente che il perdurare della COVID-19 e il conseguente varo a getto continuo di norme cautelari sempre più pervasive hanno determinato un incredibile aumento delle persone coinvolte nella gestione dell'emergenza sanitaria. Al punto che, praticamente, ogni soggetto titolare di una qualsivoglia responsabilità - dal nostro Primo Ministro a un Presidente di regione, dal sindaco di un comune grande o piccolo al *CEO* di una multinazionale, dal responsabile di una società di catering all'amministratore di un condominio, da un medico di rianimazione a un infermiere - è divenuto portatore di specifici obblighi cautelari che lo espongono inevitabilmente a rischi penali, non solo ma in specie a carattere omissivo.

La potenziale casistica si presta a variabili pressoché infinite. Qui basterà ricordare che, per la soluzione dei singoli casi, un dato significativo potrebbe essere costituito dal ruolo pubblico o privato dei soggetti imputati. Quanto ai primi, conseguenze rilevanti potrebbero discendere dalle diverse funzioni da essi svolte (politiche, politico-gestionali, gestionali, esecutive); quanto ai secondi, fondamentale sarebbe la distinzione tra i soggetti apicali (aventi, volta a volta, funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di un'unità organizzativa dell'ente) e soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza dei suddetti soggetti apicali.

Una ulteriore distinzione ricca di ricadute penali può anche essere quella tra soggetti (come i medici e paramedici) portatori di un particolare obbligo di esposizione al rischio e soggetti non tenuti a tale obbligo.

Per un verso o per l'altro, comunque, in capo a tutti costoro incombono obblighi innumerevoli e a volte difficilmente padroneggiabili. Per i datori di lavoro e i dirigenti, ad esempio, moltissimi (e non di rado poco noti) sono gli obblighi penalmente sanzionati

discendenti dal combinato disposto delle cangianti norme multilivello anti-coronavirus e delle molteplici disposizioni contenute, in particolare, nel Testo Unico sulla sicurezza del lavoro, anch'esso oggetto di frequenti aggiornamenti. Basti pensare all'obbligo di sanificazione e igienizzazione degli ambienti comuni di un condominio gravante sull'amministratore dello stesso, nel caso in cui questi venga a conoscenza della presenza nello stabile di soggetti contagiosi. Infatti, in base a una circolare del Ministero del lavoro, l'amministratore del condominio è equiparato al datore di lavoro pubblico e privato, e pertanto è tenuto a porre in essere tutte le prescrizioni previste dal succitato Testo Unico, a pena delle sanzioni contravvenzionali in esso previste all'art. 55.

Alla luce del reticolo di norme penalmente tutelate e aventi come destinatari qualsiasi soggetto portatore di posizioni di garanzia in materia sanitaria potrebbe allora risultare sorprendente come assai spesso costoro, in caso di mancato rispetto delle norme anti-contagio a loro carico, abbiano in realtà assai poco da temere dagli artt. 589 e 590 c.p., concernenti come noto i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose.

Infatti, quanto all'evento lesivo rappresentato dalla *trasmissione del SARS-CoV-2*, l'estrema contagiosità di questo virus e i non brevi tempi di incubazione rendono oltremodo difficile l'esclusione di serie causali alternative a quelle ascrivibili alle violazioni delle norme cautelari. Quanto invece alle *ulteriori lesioni o alla morte* causata da qualsivoglia condotta negligente (per esempio, il non aver tempestivamente applicato al malato in crisi di ossigeno un ventilatore disponibile), la tendenziale imprevedibilità del decorso di questa malattia fa sì che persino la persona meglio accudita possa aggravarsi e anche morire e la persona più trascurata guarire abbastanza celermente. Ancora una volta, quindi, rispetto ai malati di COVID-19, risulta nella massima parte dei casi davvero ostico stabilire una inattaccabile relazione causa-effetto tra le condotte colpose di un dato soggetto e gli eventi sfavorevoli a carico di uno o più contagiati.

7. **La legittimità, giustificabilità o indimostrabilità delle condotte negligenti del personale sanitario e i controversi progetti di scudo penale nei suoi confronti**

Da ultimo, vale la pena ritornare all'immagine del personale medico e paramedico intento a interagire, senza adeguate protezioni, con pazienti molto contagiosi. A causa della fragilità dei modelli organizzativi e gestionali delle strutture sanitarie italiane, al giorno 16 aprile 2020 i medici morti di COVID-19 erano 127, più di 10.000 erano gli operatori sanitari contagiati e la massima parte di essi aveva contratto il virus proprio assistendo le vittime dell'epidemia. Recenti dati statistici ci informano che in certe parti del territorio nazionale un positivo su tre è un operatore sanitario, e che, comunque, all'interno di questa categoria di lavoratori la percentuale dei soggetti positivi è assai spesso in doppia cifra. In tali condizioni, non desta stupore che i media abbiano denunciato spiacevoli episodi di assenteismo in un ospedale italiano, inducendo la locale Procura ad aprire un fascicolo al riguardo.

Ora, a prescindere da questo controverso episodio, sembra legittimo domandarsi se in certi casi i medici (e a maggior ragione gli infermieri) non possano rifiutarsi di svolgere i propri compiti in mancanza di adeguati presidi sanitari. Certo, è risaputo che tra i doveri del medico vi è quello di accettare il pericolo connesso all'espletamento delle proprie funzioni. È peraltro noto che il dovere giuridico del coraggio non include l'eroismo e l'accettazione del proprio probabile sacrificio, e dunque cessa in presenza di un "pericolo attuale di danno grave alla persona", vale a dire, in presenza delle condizioni atte a configurare la scriminante dello stato di necessità. Senza contare che un medico non adeguatamente protetto, messo a contatto con pazienti Covid-19, rischia facilmente di divenire positivo al virus e di rientrare in quella percentuale di sanitari infetti che si è appena ricordato essere assai alta; rischia, dunque, di risultare a sua volta un veicolo di

contagio, tanto più insidioso quanto più questa sua condizione gli sia ignota (come si sa, non a tutti i medici viene effettuato il tampone) e quanto più siano intensi i suoi contatti sociali. Di fatto, le carenze di misure di sicurezza nei riguardi dei soggetti facenti parte del personale sanitario hanno trasformato molti di costoro in diffusori del virus nei luoghi di lavoro come nelle proprie famiglie.

Alla luce di queste considerazioni i medici e paramedici che eventualmente si rifiutassero di svolgere il loro servizio per mancanza di adeguati dispositivi di protezione individuale non dovrebbero verosimilmente essere perseguibili per il reato di interruzione di pubblico servizio di cui all'art. 340 c.p., stante appunto la sussistenza di una causa di giustificazione a supporto del loro diniego. Si tratterebbe allora, nel caso in cui un loro paziente morisse per cause riconducibili "al di là di ogni ragionevole dubbio" a mancata assistenza, di individuare colui cui imputare l'evento morte. Compito, questo, invero oltremodo difficile, stante la presumibile impossibilità di attribuire a un singolo soggetto la responsabilità della carenza dei dispositivi di sicurezza alla base del rifiuto del medico a svolgere il suo compito. Ma, invero, il caso ipotizzato sembra rientrare in una "ipotesi di scuola", a causa della la già ricordata difficoltà di imputare la morte dei contagiati dal SARS-CoV-2 alla condotta omissiva del personale curante, e stante altresì la normale presenza, quantomeno nelle strutture ospedaliere, di personale medico in grado di supplire alle eventuali assenze dei colleghi.

Per il personale sanitario, i rischi di incriminazione in caso di omicidio o di lesioni colpose potrebbero dunque discendere, semmai, dall'enorme sovraccarico di lavoro causato dall'attuale epidemia e dalla conseguente profonda stanchezza di singoli medici o paramedici. Come ben si sa, infatti, condizioni di questo tipo sono atte a favorire situazioni di stress e pericolosi deficit di attenzione capaci di indurre chiunque a commettere errori anche gravi, in quanto tali teoricamente accertabili con una certa facilità. Analoghi errori potrebbero poi essere commessi proprio dagli operatori sanitari più generosi; cioè da quei medici e infermieri provenienti da altri reparti che, lungi dal farsi intimidire dalla già ricordata carenza dei presidi di sicurezza e dalla loro mancanza di un adeguato livello di specializzazione, hanno volontariamente accettato di integrare gli organici delle terapie intensive attualmente in forte difficoltà di fronte alla marea montante degli infetti con gravi complicanze polmonari.

A livello pratico, tuttavia, persino gli errori più marchiani a danno dei malati di COVID-19 potrebbero risultare difficilmente accertabili dai giudici. Basti pensare che questi malati sono spesso posizionati e sedati in modo tale da non poter riconoscere chi li accudisce; che il personale medico indossa dispositivi di protezione tali da renderlo praticamente irriconoscibile, che i parenti della vittima - ove quest'ultima sia stata ricoverata in ospedale - non possono né assisterla in vita né vederne il cadavere, che viene immediatamente avvolto in un apposito tessuto igienizzante e subito dopo chiuso in una bara zincata. A ciò si aggiunga, sempre nelle ipotesi di decesso, la non infrequente carenza di precisione nella compilazione della parte della scheda ISTAT relativa alle cause della morte e l'impossibilità di ottenere l'esame autoptico del defunto, attualmente vietato o quantomeno fortissimamente sconsigliato da una recente circolare ministeriale per evitare il rischio contagio.

Quanto sin qui detto, peraltro, non ha impedito alla Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri e alla Federazione nazionale degli ordini professioni infermieristiche, di dichiararsi allarmate a seguito della notizia secondo la quale taluni studi legali intenderebbero indurre i parenti delle vittime dell'epidemia ad avviare azioni legali, civili e penali, per presunte negligenze del personale sanitario.

Di qui, la presentazione, in vista della conversione in legge del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, di taluni emendamenti in tema di responsabilità penale degli operatori sanitari presentati da

esponenti delle più diverse forze politiche; emendamenti tesi a circoscrivere all'estremo l'area di punibilità colposa di questi operatori strenuamente impegnati a salvare vite umane. Attualmente, è acceso il dibattito in ordine all'opportunità di inserire all'interno del nostro sistema penale norme di questo tipo. In particolare, forti perplessità suscitano certi emendamenti volti ad ampliare a dismisura le categorie di soggetti beneficiari di un siffatto "scudo penale", sino a ricomprendervi anche i titolari di organi di indirizzo e gestione - e dunque soggetti con funzioni politiche, politico-gestionali e gestionali - che verrebbero messi al riparo anche dalle azioni legali intentate contro di loro dallo stesso personale sanitario.

Certamente, nella situazione di complessivo disorientamento in cui si trova immerso il nostro Paese, corre il rischio di apparire troppo ottimistico l'auspicio, pur doveroso, che si possa presto avere un complessivo quadro normativo capace di conciliare le opposte istanze di giustizia sostanziale: da un lato le richieste di comprensione per gli errori di inesperienza e negligenza commessi a tutti i livelli in contesti esasperatamente emergenziali, dall'altro la pretesa di ottenere verità e rispetto per le vittime di questa tragedia.

RISPETTO DELLE MISURE DI CONTENIMENTO ANTI COVID-19 ED ESONERO DEL DEBITORE DA RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO

Il comma 6-*bis* dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, introdotto dall'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27

di **Giovanni De Cristofaro* –** giorvanni.decristofaro@unife.it

I. Premessa introduttiva

Tre le innumerevoli disposizioni inserite nei decreti-legge adottati dal Governo (e successivamente convertiti in legge dal Parlamento) fino a tutto il mese di maggio del 2020 per fare fronte alle conseguenze della emergenza epidemiologica causata dalla diffusione nel nostro Paese del virus COVID-19, una soltanto reca precetti normativi di natura privatistica di portata generale: il comma 6-*bis* dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio, n. 6 ([45]) - inserito in quest'ultima disposizione dall'art. 91, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ([46]), conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 - ai sensi del quale "Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

Con questa laconica e a dir poco ambigua disposizione il nostro legislatore ha introdotto un precetto privatistico speciale (*rectius*: eccezionale) che, in deroga ai (e ad integrazione dei) principi generali del nostro diritto delle obbligazioni e dei contratti, offre ai debitori - che si siano resi inadempimenti alle proprie obbligazioni in ragione degli ostacoli, degli oneri, delle difficoltà e degli impedimenti (imprevisti ed imprevedibili) improvvisamente creati dalla necessità di rispettare ed attuare le misure di contenimento imposte dal Governo al fine di contenere la diffusione del virus - la possibilità di andare (temporaneamente) esenti dalla responsabilità

[45] D.l. 23 febbraio 2020 n. 6, recante "*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (CORONAVIRUS)*", convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13. Le disposizioni inserite in questo d.l. sono state tutte abrogate dall'art. 5, comma 1, lett. a), del successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. …maggio 2020, n. …., ad esclusione soltanto del comma 6-*bis* dell'art. 3 (ala cui analisi è destinato questo contributo) e dell'art. 4, che risultano tuttora vigenti.

[46] 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"), convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.

**Professore Ordinario di Diritto privato*

risarcitoria nella quale a rigore sarebbero dovuti incorrere ai sensi degli art. 1218 ss. c.c. in ragione del loro inadempimento.

L'impatto della diffusione del virus e dell'adozione delle misure pubblicistiche di contenimento sui rapporti contrattuali instaurati anteriormente alla manifestazione della pandemia sulla regolare e tempestiva esecuzione delle prestazioni dovute in base a siffatti rapporti costituisce indubbiamente un problema di grande importanza e notevole complessità e delicatezza: non a caso, l'esigenza di dar vita a norme privatistiche speciali *ad hoc* recanti soluzioni idonee a tenere conto in modo adeguato ed equilibrato sia degli interessi dei debitori che degli interessi dei creditori è stata sentita dai legislatori di molti Stati europei, che al pari del legislatore italiano sono intervenuti con atti normativi *ad hoc* nei mesi di marzo e aprile 2020: si pensi ad es. alla Germania ([47]), all'Austria ([48]), alla Francia ([49]), al Belgio ([50]), alla Spagna ([51]).

La soluzione italiana ([52]) si connota e caratterizza, in ambito europeo, per l'essenzialità e la (solo apparente) semplicità e si differenzia dalle altre soprattutto sotto tre profili.

---

[47] Ove l'art. 5 del *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- uns Strafverfahrensrecht* del 27 marzo 2020 (entrato in vigore il 1° aprile 2020) ha novellato l'art. 240 della Legge introduttiva al codice civile (*EGBGB*), il quale oggi prevede: una moratoria dei debiti contrattuali di consumatori e microimprese le cui capacità finanziarie siano state seriamente pregiudicate dalla diffusione del virus (§ 1); la preclusione della possibilità, per i locatori di beni immobili, di sciogliere unilateralmente il rapporto contrattuale esclusivamente in ragione del mancato pagamento di uno o più canoni verificatosi prima del 30 giugno 2020, laddove tale mancato pagamento sia causalmente riconducibile alle ripercussioni della diffusione dell'epidemia (§ 2); una serie di misure di protezione per i consumatori (eventualmente suscettibili di essere estese anche alle microimprese con apposito atto regolamentare del Governo) che abbiano stipulato contratti di credito, con particolare riguardo al differimento dell'esigibilità delle rate destinate a scadenza entro il 30 giugno 2020 e alla limitazione delle possibilità di recesso dal contratto da parte del contraente creditore. Su questa nuova disciplina, v. i contributi di RÜFNER, *Das Corona-Moratorium nach Art. 240 EGBGB*, in *Juristen Zeitung* 2020, p. 443ss. e di SCHMIDT-KESSEL e MÖLLNITZ, *Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen*, in *Neue Juristishe Wochenschrift*, 2020, p. 1103ss.

[48] V. il *Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz* (c.d. *2.COVID-19-Justiz-Begleitgesetz*, pubblicato nel *Bundesgesetzblatt* austriaco del 4 aprile 2020, la cui *erste Hauptstück* - dedicata alle questioni giuridiche di diritto civile - contiene sia disposizioni di portata generale concernenti la *mora debendi* nelle obbligazioni pecuniarie e le clausole penali (§§ 3 e 4), sia disposizioni specificamente riguardanti i soli contratti di locazione di immobili destinati ad uso abitativo (§ 1 e § 5, rispettivamente concernenti le conseguenze del ritardo nel pagamento dei canoni e la proroga della durata dei rapporti contrattuali destinati a scadere prima del 30 giugno 2020) e i soli contratti di credito dei consumatori (§ 2, recante la previsione del differimento *ex lege* dell'esigibilità delle obbligazioni scaturenti da siffatti contratti a carico dei consumatori).

[49] V. in particolare l'*Ordonnance* n° 2020-341 del 27 marzo 2020 *portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale*, nonché l'*Ordonnance* n° 2020-316 del 25 marzo 2020 *relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19*.

[50] Cfr. l'*Arrêté Royal n° 15 del 24 aprile 2020 relatif au sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'execution et autres mesures pendant la durée de la crise du COVID−19*

[51] V. in particolare il *Real Decreto-ley* 11/2020, del 31 marzo 2020, *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*: un provvedimento corposo che contiene sia (Capo I) norme privatistiche speciali di protezione delle famiglie e dei consumatori sia (Capo II) norme privatistiche speciali di sostegno alle imprese.

[52] Sulla quale, nella nostra dottrina, v. BENEDETTI, *Il "rapporto" obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 3 aprile 2020 (dal quale sono tratte le citazioni che si rinvengono

In primo luogo, mentre altri legislatori hanno ritenuto opportuno affiancare a disposizioni di portata generale (trasversali cioè a tutti i tipi contrattuali) disposizioni di portata più settoriale, recanti "sottoregimi" dedicati a specifiche categorie di contratti (in particolare, contratti di credito, contratti di locazione immobiliare, contratti di somministrazione di acqua, gas, energia elettrica), il legislatore italiano ha dettato un unico precetto di portata generale, potenzialmente suscettibile di trovare applicazione a qualsiasi rapporto contrattuale, al quale non è stato affiancato alcun precetto settoriale valevole per singole tipologie di contratti.

In secondo luogo, mentre molti legislatori europei hanno preferito riservare l'operatività (di tutte, o di alcune) delle norme privatistiche speciali di nuovo conio a determinate categorie di contraenti, ritenute particolarmente esposte alle conseguenze pregiudizievoli prodotte dalla diffusione del virus e dalle misure di contenimento adottate per contenerlo, e come tali maggiormente meritevoli di protezione, il legislatore italiano ha dettato una disposizione suscettibile di essere invocata da *qualsiasi* debitore nei confronti di *qualsiasi* creditore, senza operare alcuna differenziazione di tipo "soggettivo".

In terzo ed ultimo luogo, la formulazione della disposizione italiana è connotata da una lacunosità e da un livello di oscurità e ambiguità che non si riscontra in nessuna delle discipline introdotte da altri legislatori europei, e non pare trovare una ragionevole giustificazione nella urgenza con la quale il Governo si è trovato costretto ad intervenire: i molteplici profili problematici (per usare un eufemismo…) che l'art. 91 del d.l. 18/2020 presentava nella sua formulazione originaria ben avrebbero potuto infatti essere affrontati dalla legge di conversione, la quale ha invece mantenuto sostanzialmente immutato il testo della disposizione, in tal modo lasciando irrisolti i molteplici e delicatissimi dubbi interpretativi suscitati dalla sua formulazione.

II. L'ambito di applicazione della disposizione: le obbligazioni *ex contractu* di qualsivoglia contenuto.

Ancorché il termine "obbligazioni" non sia stato impiegato nè nel testo della disposizione del comma 6-*bis*, né nella rubrica dell'art. 91 del d.l. 17 marzo 2000, n. 18, che tale disposizione ha introdotto nell'art. 6 del d.l. n. 6/2020, non v'è dubbio che a venire in considerazione ai fini della perimetrazione dell'ambito di applicazione del comma 6-bis siano soltanto situazioni giuridiche soggettive qualificabili come obbligazioni: lo si deduce, *inter alios,* dalla circostanza che nella disposizione si parli di "responsabilità *del debitore*", di "ritardati o omessi inadempimenti", nonché dalla circostanza che in essa si faccia esplicito rinvio agli artt. 1218 e 1223 c.c.

Ciò posto, si tratta in primo luogo di stabilire se la norma sia destinata a trovare applicazione a qualsivoglia obbligazione, a prescindere dalla fonte, ovvero soltanto ad obbligazioni scaturenti da fonte contrattuale (con esclusione pertanto delle obbligazioni restitutorie derivanti da pagamento d'indebito, delle obbligazioni indennitarie derivanti da

nelle note di questo contributo); il saggio è stato altresì pubblicato, con il titolo *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto Cura-Italia*, in *I contratti*, 2020, p. 213ss.

ingiustificato arricchimento e soprattutto delle obbligazioni risarcitorie derivanti da fatto illecito *ex* art. 2043 c.c.).

La prima soluzione parrebbe più coerente con la formulazione testuale del comma 6-*bis*, che in nessun punto fa ricorso all'aggettivo "contrattuale" né tantomeno contempla espressamente il contratto come fonte necessaria ed esclusiva delle obbligazioni in esso contemplate.

La seconda soluzione parrebbe invece più conforme alla rubrica dell'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, nella quale si discorre esplicitamente di "*ritardi o inadempimenti contrattuali*".

Difficile dire quale sia l'opzione ermeneutica più adeguata.

E' tuttavia realistico immaginare – e questo è il presupposto dal quale anche noi muoveremo - che il legislatore abbia avuto come obiettivo quello di disciplinare in via esclusiva obbligazioni *ex contractu*, e in ragione di ciò abbia ritenuto non necessario esplicitare nel testo della disposizione una limitazione già risultante dalla rubrica dell'art. 91 del d.l. n. 27/2020: sennonché, il precetto normativo che ci occupa si trova oggi collocato all'interno di una disposizione (comma 6-*bis*) inserita in un articolo (art. 3 d.l. n. 6/2020) rubricato "Attuazione delle misure di contenimento", il cui contenuto in essa si esaurisce (essendo stati abrogati i commi 1-6): una disposizione che, in sé e per sé, non reca elemento alcuno che autorizzi l'interprete ad una interpretazione restrittiva, volta ad escludere dal suo ambito di operatività le obbligazioni scaturenti da fonte non contrattuale…..

In assenza di contrarie indicazioni ricavabili dal testo normativo, deve poi ritenersi che esso riguardi qualsiasi obbligazione contrattuale, a prescindere dal contenuto e dal profilo causale del contratto: tutti i contratti, tipici ed atipici, vengono pertanto in considerazione, sia quelli ad esecuzione istantanea, immediata o differita, sia quelli ad esecuzione continuata o periodica ([53]).

Quanto al contenuto delle obbligazioni, non v'è dubbio che la natura della prestazione dovuta sia del tutto irrilevante ai fini dell'operatività del comma 6-*bis*, che trova pertanto applicazione ad ogni obbligazione *ex contractu*, quale che ne sia l'oggetto ([54]): corresponsione di somme di denaro, consegna di cose, attività giuridica, attività materiale funzionale alla realizzazione di opere o alla fornitura di servizi, prestazione d'opera intellettuale, prestazione del consenso negoziale necessario alla stipulazione di ulteriori contratti (le c.d. obbligazioni a contrarre), etc. Deve in particolare escludersi che il nuovo precetto normativo valga soltanto per le obbligazioni pecuniarie, ancorché questa categoria di obbligazioni sia stata probabilmente quella cui il legislatore ha pensato in via primaria in sede di stesura della disposizione.

---

[53] Sotto questo profilo, la disposizione italiana si distingua nettamente da quella contenuta nel novellato art. 240, § 1, dell'EGBGB tedesco, il quale trova applicazione soltanto ad obbligazioni scaturenti da rapporti contrattuali di durata,

[54] Anche sotto questo profilo la disposizione italiana si differenzia rispetto a quella contenuta nel novellato art. 240, § 1, dell'EGBGB tedesco, il quale trova applicazione a tutti e soltanto i rapporti contrattuali di durata suscettibili di essere considerati *wesentlich* (essenziali), per tali dovendosi intendere i rapporti obbligatori di durata indispensabili per consentire ai consumatori di procurarsi prestazioni "di interesse generale" (*Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge*) ovvero alle microimprese di procurarsi le prestazioni occorrenti per proseguire in modo adeguato l'attività d'impesa (*Leistungen zur angemessenen Fortsetzung des Erwerbsbetriebs*).

Del pari irrilevante è se l'obbligazione scaturente dal contratto abbia ad oggetto il versamento del corrispettivo (pecuniario o non) pattuito per una prestazione (nella sua integralità ovvero in singole rate o singoli canoni) ovvero la restituzione di cose ricevute contestualmente alla stipulazione ovvero in esecuzione del contratto (si pensi all'obbligo di restituzione del *tantundem* scaturente da un contratto di mutuo o all'obbligo di restituzione della cosa consegnata scaturente da un contratto di locazione, deposito o comodato); se l'obbligazione sia "principale" o "accessoria", se essa sia espressamente contemplata da una apposita clausola del contratto ovvero scaturisca *ex lege* dal contratto in applicazione delle regole di integrazione del contenuto negoziale dettate dall'art. 1374 c.c. In tutte queste ipotesi, indistintamente, trova applicazione il comma 6-*bis*, non essendo ravvisabile nel testo della disposizione alcuna possibile ragione ostativa a siffatta conclusione.

Infine, ci si può e deve chiedere se la norma trovi applicazione soltanto a debiti divenuti esigibili posteriormente alla adozione delle misure di contenimento di cui al d.l. 23 febbraio, n. 6 (e ai d.l. che ad esso hanno fatto seguito) ovvero anche a debiti divenuti esigibili anteriormente ma ancora non pagati (in tutto o in parte) dal debitore nel momento della adozione delle misure citate: e laddove si optasse per questa seconda soluzione, se essa riguardi soltanto debiti (in tutto o in parte) insoluti rispetto ai quali il debitore non risultasse già costituito in mora (*ex re* o *ex persona*) nel momento dell'adozione delle misure di contenimento ovvero anche debiti con riferimento ai quali il debitore risultasse già costituito in mora (*ex re* o *ex persona*). Anche in questo caso, è verosimile che il legislatore si proponesse di regolamentare soltanto i debiti divenuti esigibili posteriormente all'imposizione delle misure governative, o comunque i debiti rispetto ai quali il debitore non fosse già stato costituito in mora nel momento in cui tali misure sono entrate in vigore: tale intendimento non ha trovato però espressione in alcuna esplicita statuizione normativa (né nel testo, né nella rubrica della disposizione), sicché parrebbe arbitraria - e non sorretta da alcuna giustificazione sistematica nè letterale – una operazione ermeneutica che circoscrivesse l'operatività del precetto ai soli debiti divenuti esigibili posteriormente alla sua entrata in vigore o comunque ai debiti rispetto ai quali il debitore non fosse già stato costituito in mora nel momento in cui sono entrate in vigore le misure di contenimento governative.

III. (Segue): profili soggettivi. Irrilevanza della natura giuridica delle parti del rapporto obbligatorio nonché della inerenza o estraneità alle rispettive attività imprenditoriali o professionali degli scopi in vista dei quali l'obbligazione è stata contrattualmente assunta

Sul piano soggettivo, il comma 6-bis non subordina espressamente la propria applicabilità alla presenza, nelle parti del rapporto obbligatorio di fonte contrattuale, di particolari requisiti di tipo soggettivo.

La disposizione risulta pertanto suscettibile di essere invocata da qualsivoglia debitore di una obbligazione contrattuale, a prescindere dalla circostanza che si tratti di una persona fisica o di un ente collettivo (profit o non profit), nonché a prescindere dalla circostanza che il contratto dal quale l'obbligazione scaturisce sia stato stipulato per scopi inerenti o estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta dalla parte che ha assunto il relativo debito.

Per altro verso, la disposizione può essere invocata nei confronti di qualsivoglia creditore contrattuale, quale che ne sia la natura (persona fisica o ente collettivo) e quali che siano stati gli scopi in vista dei quali la parte creditrice abbia concluso il contratto, e quindi a rigore anche nei confronti di un creditore contrattuale che sia un ente collettivo non profit, una microimpresa ovvero una persona fisica qualificabile come consumatore in ragione della natura non professionale dello scopo perseguito attraverso la stipulazione del contratto.

Il comma 6-*bis* non si configura pertanto come una disposizione volta ad introdurre forme speciali di protezione riservate soltanto a determinate categorie di contraenti presuntivamente "deboli". La maggiore o minore debolezza strutturale del contraente debitore e – del pari – la maggiore o minore forza del contraente creditore sono del tutto ininfluenti ai fini della sua applicabilità: esso vale pertanto sia per i contratti *c-to-c*, sia per i contratti *b-to-c*, sia per i contratti *b-to-b*, e in quest'ultimo ambito opera a prescindere dalle caratteristiche dimensionali e di fatturato delle imprese che hanno instaurato il rapporto contrattuale.

Sotto questo profilo, la soluzione italiana si distacca nettamente, ad es., da quella accolta in altri Paesi europei: si pensi ad es. al novellato art. 240 dell'EGBGB tedesco, il cui § 1 attribuisce il diritto di rifiutare l'esecuzione della prestazione dovuta in base a contratti di durata (fino al 30 giugno 2020) soltanto a contraenti debitori qualificabili come consumatori o microimprese.

La decisione di non subordinare l'operatività del precetto alla presenza, nel contraente debitore, di specifiche caratteristiche soggettive tali da qualificarne la posizione nei termini di una debolezza "qualificata" meritevole di speciale protezione, potrebbe a prima vista sorprendere e lasciare perplessi: è evidente infatti, da un lato, che l'impatto dell'adozione delle misure di contenimento dell'epidemia sulle concrete possibilità di adempimento dei debiti contrattuali varia considerevolmente in relazione alla natura e alla struttura della parte debitrice, e dall'altro lato che anche l'impatto (finanziario e organizzativo) del mancato conseguimento nei termini pattuiti della prestazione contrattualmente dovuta può variare molto in relazione alla identità e alle caratteristiche della parte creditrice.

In altri termini, l'esonero di *qualsiasi* debitore che ometta di eseguire tempestivamente la prestazione dovuta dalla responsabilità risarcitoria nei confronti di *qualsiasi* creditore non sempre e non necessariamente potrebbe apparire la soluzione più equa del delicato e complesso conflitto di interessi venutosi a creare a seguito del diffondersi della pandemia e dell'adozione delle conseguenti misure contenitive. Fortunatamente, come si vedrà, a questo inconveniente è ragionevolmente possibile ovviare, in sede applicativa della nuova disposizione, attraverso una equilibrata e ponderata utilizzazione dei margini di discrezionalità valutativa che essa lascia aperti. L'esonero da responsabilità risarcitoria non costituisce infatti una conseguenza necessaria ed automatica *ex lege* della riconducibilità della mancata esecuzione della prestazione dovuta alla esigenza di rispettare le misure di contenimento: tale riconducibilità è invero soltanto un elemento che può e deve essere (discrezionalmente) "*valutato*" onde stabilire – tenuto conto delle peculiari circostanze del caso concreto (e quindi anche delle caratteristiche soggettive dei contraenti) - se ed in che misura sia giustificato l'esonero da responsabilità del debitore che non abbia eseguito la prestazione dovuta durante il periodo di vigenza delle misure di contenimento.

IV. I presupposti cui è subordinata la produzione degli speciali effetti contemplati dal comma 6-*bis*: 1) l'"inadempimento contrattuale" e cioè l'omessa, tardiva (o inesatta?) esecuzione di una prestazione non resa oggettivamente impossibile, nemmeno in via temporanea, dalle "misure di contenimento" adottate dal Governo per contrastare la diffusione del virus.

Chiarito l'ambito di applicazione della disposizione del comma 6-*bis*, dobbiamo ora esaminare il duplice presupposto cui viene subordinata la possibile operatività delle speciali conseguenze giuridiche in essa contemplate (esonero da responsabilità risarcitoria e ulteriori effetti, sui quali v. *sub* par. VIss.): in primo luogo, la sussistenza di un "inadempimento contrattuale"; in secondo luogo, la riconducibilità causale di siffatto inadempimento al "rispetto delle misure di contenimento" adottate dal Governo per contrastare la diffusione dell'epidemia.

Nella rubrica dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020 si discorre di "ritardi o inadempimenti contrattuali", mentre nel testo del comma 6-bis si parla genericamente di responsabilità del debitore "ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c..".

Non è chiaro quale possa essere l'estensione dell'accezione in cui va intesa la locuzione "inadempimenti contrattuali". Pacifico che essa ricomprenda tutti i casi di omessa esecuzione dell'intera prestazione dovuta ovvero di una porzione di essa (o di alcune delle prestazioni che concorrono a comporre una prestazione contenutisticamente complessa), nonché i casi di esecuzione tardiva della prestazione dovuta (o di una porzione di essa), appare dubbio se in essa si prestino ad essere ricompresi anche i casi in cui la prestazione sia stata eseguita con inesattezze o irregolarità di tipo qualitativo e/o senza il rispetto dei parametri e dei criteri imposti dalla diligenza di cui all'art. 1176 c.c.. Sebbene la disposizione appaia riferirsi in via primaria alla prima categoria di casi, non sembrerebbe esservi ragione per escluderne l'applicabilità anche ai casi in cui le inesattezze qualitative della prestazione dovuta siano causalmente riconducibili all'esigenza di rispettare le misure di contenimento governative.

In ogni caso, è indispensabile che la mancata, tardiva o inesatta esecuzione della prestazione dovuta sia qualificabile come "*inadempimento contrattuale*", ciò che postula che la prestazione sia rimasta oggettivamente possibile anche dopo (e nonostante) l'adozione delle misure di contenimento e che la sua mancata o inesatta esecuzione sia imputabile (secondo i principi generali) al debitore.

Qualora infatti l'adozione delle misure di contenimento avesse reso l'esecuzione della prestazione oggettivamente impossibile, in tutto o in parte, in via definitiva o anche solo temporanea, non si potrebbero ravvisare gli estremi di un "inadempimento contrattuale" e le conseguenze giuridiche che si produrrebbero sarebbero inevitabilmente quelle contemplate dalle norme generali del c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore: l'estinzione integrale del debito (e la risoluzione automatica del contratto *ex* art. 1463 c.c.) nel caso di sopravvenuta impossibilità totale e definitiva della prestazione (ovviamente laddove si tratti della prestazione "principale"); l'estinzione parziale del debito (e la possibilità per la parte creditrice di recedere dal contratto ovvero, in alternativa, di ottenere una riduzione della controprestazione da lei stessa dovuta, ai sensi dell'art. 1464 c.c.) nel caso di

sopravvenuta impossibilità parziale e definitiva della prestazione dovuta; la esclusione della responsabilità del debitore e la "sospensione" del rapporto obbligatorio fino al momento della rimozione degli ostacoli che si sono insuperabilmente frapposti all'esecuzione della prestazione, nel caso di impossibilità temporanea (v. art. 1256 c.c.). In tutte queste ipotesi, non vi è spazio alcuno per l'operatività del comma 6-*bis*, per la semplice ragione che non ricorre un "inadempimento" in senso proprio: la prestazione, infatti, non viene tempestivamente ed esattamente eseguita perché è divenuta oggettivamente impossibile, in via definitiva o temporanea, per cause non imputabili al debitore, sicché trovano applicazione per intero (ed in via esclusiva) i precetti generali dettati dal c.c. in materia di sopravvenuta impossibilità oggettiva della prestazione per causa non imputabile al debitore.

Il comma 6-*bis* entra per contro in gioco quando l'adozione delle misure di contenimento non abbia reso oggettivamente impossibile, nemmeno in via temporanea, l'esecuzione della prestazione, ma abbia creato per il debitore ostacoli e impedimenti (astrattamente superabili con uno sforzo non esorbitante i limiti della diligenza cui il debitore è tenuto *ex* art. 1176 c.c., ma) a tal punto rilevanti e significativi da rendere irragionevole ed iniquo esigere dal debitore lo sforzo ed il dispendio di energie e risorse necessario per superare siffatti ostacoli e far incorrere il debitore che non ponga in essere uno sforzo siffatto nelle conseguenze giuridiche tipicamente connesse alla responsabilità per inadempimento di una obbligazione.

Ciò rende il comma 6-*bis* particolarmente importante proprio con riguardo alle obbligazioni pecuniarie: è noto infatti che l'omessa o tardiva corresponsione delle somme dovute dal debitore pecuniario ne determina sempre e necessariamente la responsabilità per inadempimento, pacifico essendo che gli ostacoli e gli eventi sopravvenuti alla costituzione del rapporto obbligatorio non possono mai essere tali da rendere oggettivamente impossibile l'esecuzione della prestazione pecuniaria, sicché il debitore di somme di denaro che ne ometta o ritardi il versamento non ha, di fatto, nessuna concreta *chanche* di andare esente da responsabilità per inadempimento fornendo la prova liberatoria contemplata dall'art. 1218 c.c. e dall'art. 3 del d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231 (recante la disciplina dei ritardi nel pagamento dei corrispettivi pecuniari nelle "transazioni commerciali").

V. (Segue). 2) la riconducibilità dell'"inadempimento contrattuale" al "rispetto delle misure di contenimento".

Per poter beneficiare dell'esonero da responsabilità contemplato dal comma 6-*bis*, il debitore deve provare che la mancata, tardiva o inesatta esecuzione della prestazione dovuta sia "derivata" (in questi termini si esprime la rubrica dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020) dall'"attuazione" delle misure di contenimento: la disposizione individua infatti proprio nel "rispetto delle misure di contenimento" la circostanza idonea a giustificare l'esonero da responsabilità del debitore inadempiente.

Occorre in primo luogo fugare ogni dubbio in merito alla portata della disposizione. Il comma 6-*bis* dell'art. 6 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, fa infatti testualmente riferimento alle (sole)

"misure di contenimento di cui al presente decreto". Ora, le misure di contenimento di cui al d.l. n. 6 del 2020 erano, a rigore, quelle contemplate dagli artt. 1 e 2 di tale d.l., che sono stati tuttavia abrogati dall'art. 5, comma 1, lett. a), del successivo d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 17. Non vi è tuttavia motivo alcuno per escludere che i debitori inadempienti possano invocare – per essere esonerati da responsabilità ai sensi del comma 6-*bis* – anche la riconducibilità del loro inadempimento contrattuale alla necessità di rispettare non soltanto le misure di contenimento contemplate dal d.l. n. 6/2020 ([55]), ma anche le misure di contenimento adottate da successivi provvedimenti governativi al fine di contenere la diffusione del virus. Ciò vale, ovviamente, non soltanto per le misure di contenimento previste dall'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020 e dai D.P.C.M. adottati nell'esercizio dei poteri che l'art. 3 di tale d.l. ha attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri, ma anche per le misure di contenimento previste dal più recente d.l. 16 maggio 2020, n. 33 e dal D.P.C.M. del 17 maggio 2020 che ad esso ha dato attuazione.

Ciò precisato, è importante sottolineare che al debitore non sarà sufficiente provare che la diffusione della pandemia, in sé e per sé, abbia fatto insorgere ostacoli ed impedimenti particolarmente significativi all'esecuzione della (pur sempre oggettivamene possibile) prestazione dovuta, essendo per contro indispensabile che egli dimostri che la sopravvenienza di siffatti ostacoli ed impedimenti sia causalmente riconducibile ad una (o a più di una) delle misure di contenimento adottate dal Governo e alle ripercussioni derivanti dalla necessità di rispettare ed attuare tali misure di contenimento.

Deve in proposito distinguersi, a nostro avviso, fra debiti pecuniari e non pecuniari.

Quanto ai debiti non pecuniari, a venire in rilievo sono essenzialmente le misure di contenimento che hanno dato vita ad ostacoli di tipo materiale e/o giuridico al pieno e regolare espletamento delle attività necessarie per procedere alla trasmissione del possesso della cosa da consegnare, per avviare o proseguire il processo di fabbricazione/costruzione dell'opera contrattualmente promessa, per condurre e completare la fornitura del servizio promesso, per stipulare il contratto che le parti si erano obbligate a concludere.

Quanto ai debiti pecuniari, trattandosi di debiti gravanti su persone fisiche che queste ultime abbiano assunto per scopi estranei ad una attività professionale o imprenditoriale è indispensabile provare che il tempestivo e integrale adempimento di tali debiti, pur astrattamente possibile, è in concreto divenuto "non ragionevolmente pretendibile", in quanto costringerebbe il debitore ad esporre sé ed eventualmente i propri familiari a carico al rischio di non veder adeguatamente soddisfatte esigenze fondamentali della persona, a causa della sopravvenuta carenza della disponibilità delle risorse finanziarie (liquide) a tal fine necessarie cagionata dalle misure di contenimento (si pensi ad es. ai lavoratori dipendenti ed autonomi che si sono improvvisamente ed inaspettatamente trovati a non poter più contare sulla regolare e tempestiva

[55] Ancorché tali misure siano divenute operative in un momento anteriore (23 febbraio 2020) a quello in cui è entrato in vigore il d.l. n. 18/2020 (17 marzo 2020): sotto questo profilo, il precetto introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 91 di quest'ultimo d.l. (ed inserito nel comma 6-*bis*) risulta pertanto munito di una portata parzialmente retroattiva.

riscossione dei redditi collegati ad una attività lavorativa la cui sospensione sia stata imposta dalla necessità di rispettare le misure di contenimento).

Trattandosi invece di debiti pecuniari gravanti su imprenditori (individuali o collettivi) o liberi professionisti nell'esercizio della rispettiva attività imprenditoriale o professionale, è necessario dimostrare che il tempestivo e integrale adempimento di tali debiti, pur astrattamente possibile, è in concreto divenuto "non ragionevolmente pretendibile", in quanto costringerebbe il debitore ad esporre la propria attività imprenditoriale al rischio di non essere salvaguardata e proseguita con modalità idonee e risorse finanziarie sufficienti a garantirne la funzionalità e la sopravvivenza.

Sia nel caso di debiti pecuniari che nel caso di debiti non pecuniari, la circostanza che l'inadempimento contrattuale nel quale il debitore sia incorso risulti causalmente riconducibile alle misure di contenimento e alle ripercussioni che l'esigenza di rispettare ed attuare tali misure abbia avuto sulla sfera personale e patrimoniale del debitore - oltre che sui costi, gli oneri e gli sforzi occorrenti per poter dare tempestiva ed esatta esecuzione alla prestazione dovuta - *può* essere reputata idonea a giustificare la condotta del debitore e a produrre le conseguenze giuridiche contemplate dal comma 6-*bis* (che verranno illustrate nei prossimi paragrafi): a tal fine, escluso ogni automatismo ([56]), si rende indispensabile una valutazione puntuale ed attenta delle specifiche peculiarità del singolo caso concreto - in relazione alle caratteristiche soggettive (anche in termini di capienza patrimoniale) di entrambe le parti del rapporto contrattuale (e non soltanto quindi della parte debitrice) nonché dei contenuti e dell'oggetto della prestazione dovuta – ispirata da una equilibrata ponderazione dei contrapposti interessi in gioco, che tenga conto in modo equo dei rischi e dei pregiudizi cui entrambi i contraenti si trovano esposti ([57]).

VI. Le conseguenze giuridiche contemplate dal comma 6-*bis*: l'esclusione della insorgenza, in capo al debitore, dell'obbligazione di risarcire i danni cagionati al creditore dalla mancata, tardiva o inesatta esecuzione della prestazione. La riduzione dell'importo del risarcimento dovuto come possibile alternativa alla negazione integrale della pretesa risarcitoria del creditore.

Quid se risulti provato e accertato che l'inadempimento del quale il debitore si è reso responsabile è stato "determinato" (in modo decisivo) dalla attuazione delle misure di contenimento imposte dal governo e che tale causale riconducibilità, alla luce della valutazione delle circostanze del caso concreto, meriti di essere considerata come causa di giustificazione della condotta debitoria?

[56] Così anche BENEDETTI, *op. cit.*, p. 5.

[57] Nel senso che il necessario rispetto delle misure di contenimento (non deve sempre e necessariamente, ma semplicemente) "può" escludere, "nei singoli casi", la responsabilità del debitore, si esprime anche la *Relazione illustrativa* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18: ad ulteriore conferma che l'esonero da responsabilità non costituisce una conseguenza inevitabile ed automatica della riconducibilità causale dell'omesso o tardivo adempimento al rispetto delle misure di contenimento, bensì l'esito di una valutazione discrezionale condotta tenendo adeguatamente conto di tutte le circostanze e le peculiarità del singolo caso.

Stando alla formulazione testuale del comma 1-bis, la conseguenza principale che dovrebbe derivarne consiste nella "esclusione della responsabilità del debitore"…. "ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c.".

Per i debiti non pecuniari con riferimento ai quali il debitore non risultasse già costituito in mora nel momento dell'adozione delle misure di contenimento che hanno "determinato" l'inadempimento contrattuale, ciò significa che una eventuale richiesta scritta di pagamento (ovvero l'inutile scadenza del termine, laddove si tratti di debiti da adempiersi al domicilio del creditore) non varrebbe a far sorgere in capo al debitore – ex art. 1218 c.c. - l'obbligazione di risarcimento dei danni cagionati al creditore dalla mancata esecuzione (totale o parziale) della prestazione ovvero dal ritardo con il quale la prestazione è stata eseguita. Per i debiti non pecuniari con riferimento ai quali il debitore risultasse già costituito in mora nel momento dell'adozione delle misure di contenimento il cui rispetto gli abbia impedito di porre rimedio al proprio inadempimento, eseguendo (sia pur tardivamente) la prestazione dovuta, ciò significa invece che - fermi restando tutti gli effetti giuridici già prodotti dalla *mora debendi* diversi dall'insorgenza, in capo al debitore, dell'obbligazione di risarcire i danni causati dal ritardo nell'adempimento ([58]) - ai fini della quantificazione della somma che il debitore inadempiente sarà tenuto a versare al creditore a titolo di risarcimento, non si potrà né dovrà tener conto dei pregiudizi sofferti dal creditore nel periodo compreso fra l'adozione della misura di contenimento e la revoca (o modifica) della stessa.

Per i debiti pecuniari divenuti liquidi ed esigibili posteriormente all'adozione delle misure di contenimento che hanno "determinato" l'inadempimento contrattuale del debitore, invece, la conseguenza contemplata dal comma 6-*bis* si traduce nella preclusione, per il creditore, della possibilità di pretendere la corresponsione degli interessi moratori (al tasso legale "generale" di cui all'art. 1224 c.c., al tasso legale "speciale" di cui all'art. 5 del d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231, ovvero al diverso tasso pattizio concordato nel contratto con il quale il debito è stato assunto), il rimborso delle spese sostenute per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte (ai sensi dell'art. 6 del d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231) nonché il risarcimento del "maggior danno" di cui al comma 2 dell'art. 1224 c.c. Per contro, per i debiti pecuniari divenuti liquidi ed esigibili anteriormente all'adozione delle misure di contenimento, con riferimento ai quali il debitore risultava pertanto essere già stato costituito in mora *ex re* (ai sensi dell'art. 1219, comma 2 e dell'art. 3 d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231) prima che la necessità di rispettare le misure di contenimento desse vita agli ostacoli che gli hanno impedito di porre rimedio al proprio inadempimento versando (tardivamente) le somme dovute al creditore, l'operatività della speciale conseguenza contemplata dal comma 6-*bis* implica che il debitore non è obbligato a corrispondere gli interessi moratori che a rigore sarebbero dovuti maturare nel periodo compreso fra l'adozione delle misure di contenimento ostativa e la sua revoca, né è obbligato a rimborsare le spese che il creditore in tale periodo abbia sostenuto per il recupero delle somme non pagate, né è obbligato a risarcire gli "ulteriori danni" sofferti dal creditore in tale periodo in ragione della mancata tempestiva riscossione delle somme dovute.

Escluso che il debitore sia tenuto a pagare gli interessi moratori, appare dubbio se il creditore possa almeno pretendere, per il periodo compreso fra l'adozione e la revoca della misura

[58] Quali ad es. il passaggio del rischio di cui all'art. 1221 c.c.

di contenimento, gli interessi legali corrispettivi sulla somma spettantegli, al saggio di cui all'art. 1284, 1° co., c.c. ([59]).

Testualmente, la disposizione del comma 1-*bis* statuisce che, laddove l'inadempimento contrattuale risulti essere stato determinato dalla necessità di rispettare le misure di contenimento adottate del Governo, tale circostanza possa essere valutata (soltanto) ai fini della eventuale *esclusione* della responsabilità del debitore, senza prevedere espressamente che tale circostanza possa essere valutata ai fini di una (mera) *limitazione* della responsabilità del debitore, sostanziantesi in una congrua riduzione dell'importo della somma che il debitore sarebbe obbligato a versare a titolo di risarcimento dei danni cagionato al creditore dall'inadempimento (o del tasso degli interessi moratori dovuti nel caso di debito pecuniario) meò periodo compreso fra l'adozione e la revoca delle misure di contenimento governative.

In dottrina ([60]) si è più che ragionevolmente sostenuto che questa alternativa – nonostante il silenzio del legislatore – dovrebbe senz'altro essere ammessa, sia in omaggio ai principi generali in materia di responsabilità per inadempimento contrattuale, sia in ragione del fatto che una soluzione siffatta parrebbe particolarmente adatta in situazioni nelle quali il rispetto delle misure di contenimento abbia soltanto concorso (insieme ad altri fattori, imputabili alla sfera di controllo del debitore) a "determinare" l'inadempimento, senza configurarsi come la causa esclusiva degli impedimenti frappostisi alla tempestiva e regolare esecuzione della prestazione dovuta.

Questa proposta interpretativa, pur apparendo in linea di principio condivisibile, presenta due profili problematici. In primo luogo, essa rischia di aprire spazi ad una eccessiva discrezionalità valutativa dell'autorità giudiziaria e di dar vita a dubbi e controversie che l'alternativa secca fra rilevanza della attuazione della misura di contenimento (e conseguente esclusione totale dell'obbligo risarcitorio) e irrilevanza della stessa (con conseguente riconoscimento del diritto del creditore all'integrale risarcimento) parrebbe prestarsi maggiormente a prevenire. In secondo luogo, essa muove da un presupposto di fondo la cui compatibilità con la natura evidentemente eccezionale della disposizione del comma 6-*bis*, appare tutt'altro che scontata: e cioè l'ammissibilità di soluzioni ermeneutiche che si propongano di "arricchire" i contenuti della disposizione citata, integrandoli con precetti in essa non contemplati desunti dai principi generali vigenti in materia di obbligazioni e contratti o comunque ritenuti indispensabili per assicurare un significato compiuto e sistematicamente coerente allo speciale regime normativo delineato dal comma 6-*bis* per gli inadempimenti contrattuali determinati dalla attuazione delle misure di contenimento anti-covid.

[59] In senso affermativo si è espressamente pronunciato, sul punto, il legislatore austriaco: il § 3 del c.d. *2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz* del 4 aprile 2020, infatti, prevede espressamente che il debitore, il quale non paghi un debito divenuto esigibile fra il 1° aprile e il 30 giugno 2020 in ragione del grave e notevole pregiudizio che le sue capacità finanziarie abbiano subito a causa della diffusione della Pandemia del virus COVID-19, possa vedersi richiedere il pagamento soltanto dei (meri) interessi corrispettivi al tasso legale (ordinario) sulla somma di denaro della quale abbia tardato la corresponsione.

[60] BENEDETTI, *op. cit.*, p. 6.

VII. Ulteriori conseguenze della riconducibilità dell'inadempimento contrattuale al rispetto delle misure di contenimento espressamente previste dal comma 6-*bis*: preclusione della possibilità, per il creditore, di invocare l'applicazione di clausole penali o l'operatività di decadenze a fronte della mancata o tardiva esecuzione della prestazione dovuta.

Oltre che ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore ai fini di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., il rispetto delle misure di contenimento governative deve essere valutato – secondo quanto espressamente statuisce il comma 6-*bis*, "anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

La precisazione, senz'altro opportuna, comporta in primo luogo che, laddove il contratto contenga una clausola penale che quantifichi forfettariamente il risarcimento dovuto al creditore a fronte della mancata, tardiva o inesatta esecuzione della prestazione dovutagli *ex contractu*, al creditore è preclusa la possibilità di invocare l'applicazione ti tale clausola pretendendo la corresponsione delle somme di denaro in essa contemplate se l'inadempimento nel quale il debitore è incorso risulta essere stato "determinato" (nel senso precisato *supra*, sub V) dalla necessità di rispettare le misure governative di contenimento anti-covid ([61]): si tratta del coerente corollario del precetto generale che esclude l'insorgenza, in capo al debitore inadempiente, dell'obbligo di risarcire i danni sofferti dal creditore – in ragione della dalla omessa o tardiva esecuzione della prestazione contrattuale – nel periodo compreso fra l'adozione e la revoca delle misure di contenimento.

Quanto poi alle "decadenze", riteniamo che la disposizione faccia essenzialmente riferimento alla decadenza dal beneficio del termine di cui all'art. 1186 c.c., nonché a decadenze dal beneficio del termine per la corresponsione delle residue rate di un debito eventualmente contemplate da clausole contrattuali in connessione con la mancata o tardiva effettuazione di uno o più dei pagamenti parziali in cui le parti hanno pattuito di rateizzare l'adempimento dell'obbligazione gravante sul debitore.

VIII. Ulteriori conseguenze giuridiche della accertata riconducibilità dell'inadempimento contrattuale all'attuazione delle misure di contenimento non espressamente previste dal comma 6-bis: il silenzio del legislatore e i margini concessi all'interprete per colmare le lacune della disciplina contenuta nel comma 6-bis.

Malauguratamente, il legislatore italiano ha tralasciato di affrontare *ex professo* una molteplicità di aspetti direttamente o indirettamente connessi all'operatività dello speciale

[61] Un precetto sostanzialmente corrispondente, ancorché formulato con modalità assai più chiare e complete, si rinviene nel § 4 del c.d. *2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz* austriaco del 4 aprile 2020, laddove si esclude che sia obbligato al pagamento della penale convenzionale, pattuita dalle parti di un rapporto contrattuale instaurato anteriormente al 1° aprile 2020, il debitore che sia caduto in mora perché le sue capacità finanziarie sono state gravemente compromesse in ragione della diffusione della pandemia ovvero perché limitazioni poste alla sua attività lavorativa (dalle misure di contenimento anti-covid-19) non gli hanno consentito di fornire la prestazione dovuta.

precetto dettato dal comma 6-*bis*, lasciando all'interprete il compito di stabilire se e come le gravi lacune he connotano la disciplina contenuta nella disposizione citata si prestino ad essere colmate in via interpretativa: un compito tanto più difficile ed ingrato alla luce della natura palesemente eccezionale della disciplina *de qua*, la quale parrebbe difficilmente conciliabile con proposte ermeneutiche che si discostassero dal canone *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.*

E' innanzitutto dubbio se dall'esclusione dell'insorgenza di una obbligazione risarcitoria in capo al debitore "costretto" ad omettere o ritardare il pagamento dalla necessità di rispettare le misure di contenimento sia possibile dedurre l'esistenza, in capo al debitore stesso, di un vero e proprio diritto di rifiutare legittimamente l'esecuzione della prestazione (per usare un termine caro al linguaggio giuridico tedesco, un *Leistungsverweigerungsrecht*), integrante gli estremi di una eccezione in senso stretto di natura sostanziale ([62]): un diritto potestativo suscettibile di essere esercitato dal debitore, a fronte dell'emersione degli ostacoli e degli impedimenti all'esatta esecuzione della prestazione dovuta cagionati dalle misure di contenimento, con una dichiarazione unilaterale che avrebbe come effetto quello di rendere inesigibile il debito fino al momento in cui possono considerarsi rimossi gli ostacoli frapposti all'adempimento dalla necessità di rispettare le misure di contenimento (ad es. in esito alla revoca di tali misure).

Mancando nel comma 6-*bis* una esplicita previsione in tal senso (presente invece, ad es., nel § 1 del novellato art. 240 dell'*EBGBG* tedesco), e considerato che sia nella rubrica dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020 che nel testo del comma 6-*bis* si discorre esplicitamente di inadempimenti contrattuali e di responsabilità del debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c., riteniamo che all'interrogativo debba darsi risposta negativa: nonostante la norma, in via del tutto eccezionale, escluda l'insorgenza della pretesa risarcitoria della quale il creditore dovrebbe a rigore divenire titolare *ex* art. 1218 c.c., quello tenuto dal debitore è pur sempre un comportamento che integra gli estremi di un inadempimento contrattuale, ciò che non potrebbe affermarsi laddove si ipotizzasse che il sopravvenire della necessità di rispettare le misure di contenimento - lungi dal limitarsi ed escluderne la responsabilità risarcitoria - gli conferisse una vera e propria eccezione in senso sostanziale, facendo valere la quale il debitore otterrebbe di rendere (provvisoriamente) inesigibile un debito che a rigore sarebbe già esigibile: in realtà, la prestazione dovuta rimane non soltanto eseguibile ([63]), ma anche legittimamente esigibile da parte del creditore ([64]), il quale tuttavia si vede preclusa la possibilità di pretendere il risarcimento dei danni sofferti a causa della omessa o tardiva esecuzione della prestazione stessa fintanto che siano perdurati gli impedimenti connessi alla misura di contenimento,

Ciò posto, occorre chiedersi ora quali ripercussioni possa avere l'operatività del precetto dettato dal comma 6-*bis* sul rapporto contrattuale nel quale si innesta l'obbligazione rimasta inadempiuta. Nessuna indicazione utile si rinviene nel testo della disposizione per risolvere la

[62] In senso favorevole, v. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 7s.

[63] Per cui la parte creditrice non potrebbe legittimamente rifiutarsi di ricevere la prestazione che le è dovuta, qualora il debitore si offrisse di eseguirla nonostante le difficoltà e gli ostacoli causati dalla necessità di rispettare le misure di contenimento.

[64] Con la conseguenza che il relativo debito, se pecuniario, è senz'altro suscettibile di estinguersi per compensazione legale con un controdebito certo, liquido ed esigibile eventualmente gravante sulla parte creditrice nei confronti della controparte e scaturente da una fonte diversa ed autonoma rispetto al contratto da cui deriva il debito rimasto inadempiuto.

relativa questione. Incredibilmente, il legislatore si è infatti astenuto dal prevedere se e quali conseguenze l'eccezionale esonero da responsabilità risarcitoria contemplato dal comma 6-*bis* possa avere sul rapporto contrattuale da quale deriva l'obbligazione rimasta inadempiuta per cause riconducibili alla esigenza di rispettare le misure governative di contenimento.

L'unica cosa che sembra possibile affermare con certezza è che, non ricorrendo una ipotesi di impossibilità sopravvenuta oggettiva della prestazione dovuta, non trovano applicazione le disposizioni in materia di impossibilità sopravvenuta definitiva, totale o parziale, della prestazione dovuta in base ad un contratto a prestazioni corrispettive, in primis gli art. 1463 e 1464 c.c.

Quid, tuttavia, per le disposizioni relative all'inadempimento delle obbligazioni scaturenti da contratti a titolo oneroso? Può il creditore, a fronte della mancata (o inesatta) esecuzione della prestazione dovuta dal debitore (e in ipotesi "giustificata" dalla esigenza di rispettare le misure di contenimento), rifiutarsi legittimamente di eseguire la propria (contro)prestazione, opponendo al debitore inadempiente una *exceptio inadempleti contractus*? Proporre domanda giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento ovvero di condanna all'adempimento ex art. 1453 c.c.? Intimare una diffida ad adempiere per addivenire ad una possibile risoluzione extragiudiziale del contratto ai sensi dell'art. 1454 c.c.? Manifestare validamente ed efficacemente la volontà di far valere la clausola risolutiva espressa eventualmente presente nel contratto, in tal modo pervenendo allo scioglimento del relativo rapporto in via stragiudiziale? Invocare l'intervenuto scioglimento automatico del rapporto ai sensi dell'art. 1457 c.c., laddove debba considerarsi "essenziale" il termine entro il quale il debito rimasto insoluto avrebbe dovuto essere adempiuto? Recedere dal contratto con atto unilaterale stragiudiziale, laddove la legge o un'apposita clausola del contratto stesso lo autorizzino a recedere per "giusta causa"? Pretendere che il debitore ponga rimedio a sua cura e a sue spese alle inesattezze che hanno inficiato la prestazione da lui eseguita? Far valere il rimedio della riduzione del prezzo a fronte delle inesattezze qualitative e/o quantitative della prestazione eseguita dal debitore?

A fronte dell'assordante silenzio serbato dal legislatore, si aprono due possibili strade.

La prima, che poggia essenzialmente sulla natura eccezionale della disposizione (e sulla conseguente preclusione della possibilità di integrarne ed arricchirne i contenuti), conduce inevitabilmente a dare una risposta affermativa a tutti gli interrogativi che abbiamo appena posto, e ciò per la semplice ragione che quello in cui il debitore è incorso è pur sempre un inadempimento (ancorché eccezionalmente inidoneo ad esporre il debitore inadempiente alla pretesa risarcitoria del creditore) al quale, in mancanza di deroghe espresse, non possono non trovare applicazione i prinvipi generali dettati dal c.c.; naturalmente, la risoluzione potrà essere chiesta soltanto laddove l'inadempimento nel quale sia incorso il debitore risulti essere "di non scarsa importanza" per il contraente creditore (art. 1455 c.c.) e l'*exceptio inadempleti contractus* non potrà essere opposta dal creditore laddove ciò risulti contrario a correttezza e buona fede (da valutarsi ovviamente in relazione alle specifiche peculiarità del caso e alla situazione nella quale il debitore è venuto a trovarsi): più in generale, dei diritti che gli competono *ex lege* o *ex contractu* nei confronti del debitore inadempiente il creditore potrà considerarsi legittimato ad avvalersi a condizione che non ne abusi, esercitandoli con modalità e finalità puramente egoistiche e senza tenere in alcuna considerazione la situazione nella quale incolpevolmente si è venuto a trovare la

controparte debitrice, "costretta" all'inadempimento dalla esigenza di attuare le misure di contenimento.

La seconda strada, che poggia essenzialmente sulla valorizzazione in termini sistematici dell'esplicito riferimento all'esclusione della "responsabilità del debitore", conduce all'esito diametralmente opposto: ancorché non esplicitamente previsto dal comma 6-*bis*, l'esonero da responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. in esso contemplato non potrebbe non comportare altresì la preclusione, per il contraente creditore, della possibilità di esercitare i diritti che a rigore gli competono *ex lege* a fronte dell'inadempimento della controparte ([65]). Gli atti negoziali stragiudiziali di esercizio di siffatti diritti eventualmente compiuti prima della revoca delle misure di contenimento e della conseguente rimozione degli ostacoli che tali misure avevano frapposto all'adempimento dovrebbero pertanto considerarsi del tutto improduttivi di effetti ([66]); quanto alle domande giudiziali eventualmente proposte prima della rimozione degli ostacoli derivanti dalle misure di contenimento, l'apposita eccezione (in senso stretto) eventualmente sollevata dal debitore convenuto in giudizio invocando il precetto di cui al comma-6-*bis*, ove ritenuta fondata dal giudice, ne renderebbe inevitabile il rigetto; al creditore dovrebbe reputarsi infine preclusa persino la possibilità di rifiutare, sollevando l'*exceptio inadempleti contractus*, l'adempimento della prestazione da lui stesso dovuta a titolo di corrispettivo della prestazione rimasta ineseguita ([67]), prestazione che il creditore dovrebbe potersi considerare legittimato a sospendere soltanto ove a sua volta egli sia a ciò "costretto" dalla necessità di rispettare le misure di contenimento adottate dal Governo.

Quale delle due strade risulti più meritevole di essere seguita, è difficile dire. La considerazione della natura eccezionale del precetto introdotto dal comma 6-*bis* sembrerebbe

---

[65] Nel senso che il creditore non potrebbe agire per l'adempimento della prestazione rimasta ineseguita, né proporre domanda giudiziale di risoluzione per inadempimento, né tantomeno risolvere stragiudizialmente il contratto, attraverso il procedimento per diffida di cui all'art. 1454 o facendo valere una eventuale clausola risolutiva espressa, cfr. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 7.

[66] Quanto ad atti giuridici in senso stretto come la richiesta/intimazione scritta stragiudiziale di pagamento del debito, ci sembra debba ritenersi che i relativi effetti (costituzione in mora del debitore nei casi di debiti soggetti al regime della mora *ex persona* e interruzione del decorso del termine prescrizionale della pretesa creditoria) siano soltanto "congelati" per tutto il periodo di vigenza delle misure governative di contenimento e siano destinati a prodursi automaticamente (senza che il creditore debba ritenersi gravato dall'onere di rinnovarne il compimento) nel momento in cui vengano meno, per effetto della revoca o della modifica delle misure di contenimento, gli ostacoli e gli impedimenti che queste ultime avevano creato al debitore.

[67] In senso contrario, v. tuttavia BENEDETTI, *op. cit.*, p. 7, il quale afferma che, se così non fosse, il creditore verrebbe ad essere gravato da tutte le conseguenze economiche della situazione emergenziale. L'osservazione è certamente pertinente ma non tiene sufficientemente conto che, nel contesto di rapporti contrattuali aventi ad oggetto la fornitura di beni o servizi che soddisfano interessi fondamentali della persona (si pensi ai contratti di somministrazione di gas, energia elettrica e acqua o ai contratti per la prestazione di servizi di comunicazione telefonica e di accesso ad internet), un eventuale rifiuto del creditore di (continuare) a fornire la propria prestazione potrebbe esporre il debitore a pregiudizi particolarmente gravi e sproporzionati. In ogni caso a noi sembra che, in questa particolarissima ipotesi, non sia pienamente coerente negare al creditore i rimedi risolutori e di esatto adempimento e nel contempo lasciargli la possibilità di rifiutare legittimamente l'esecuzione della propria prestazione. Invero, posto che l'inadempimento del debitore deve considerarsi – sia pur soltanto provvisoriamente – giustificato, se si ritiene che la conseguente esclusione della sua responsabilità debba valere in termini generali e non soltanto al solo fine espressamente contemplato dalla disposizione (quello cioè di escludere l'insorgenza dell'obbligazione risarcitoria) anche l'eccezione di inadempimento dovrebbe coerentemente considerarsi preclusa al creditore.

deporre chiaramente a favore della prima; la esigenza di garantire una certa coerenza sistematica e di fornire al debitore una protezione più forte e completa, verosimilmente meglio rispondente agli obiettivi ultimi perseguiti dalla disposizione, depone per contro a favore della seconda.

Certamente è molto grave che il legislatore non abbia avvertito la necessità di regolare in modo chiaro ed inequivocabile questi aspetti di cruciale importanza ([68]).

IX. La durata dell'"esonero da responsabilità" del debitore e delle ulteriori conseguenze giuridiche riconnesse dal comma 6-*bis* alla circostanza che l'inadempimento è stato "determinato" dalla necessità di rispettare ed attuare le misure di contenimento. L'impatto della revoca delle misure di contenimento sull'operatività del precetto di cui al comma 6-*bis*

Fino a quando continuano a prodursi le conseguenze giuridiche di natura eccezionale che – ai sensi del comma 6-*bis* - derivano dalla circostanza che l'inadempimento del quale il debitore sia responsabile è stato "determinato" dal rispetto e dalla attuazione delle misure di contenimento?

La disposizione italiana non individua una data precisa nella quale siano destinati a cessare gli effetti giuridici da essa contemplati, differenziandosi anche sotto questo profilo dalle disposizioni adottate con finalità analoghe in altri Stati europei, le quali hanno fissato in modo puntuale il *dies ad quem* di operatività delle regole speciali introdotte per proteggere categorie più o meno ampie di debitori "costretti" all'inadempimento dalla diffusione dell'epidemia ([69]). Tantomeno il comma 6-*bis* provvede ad indicare criteri e parametri in applicazione dei quali procedere, volta per volta, alla determinazione del momento a partire dal quale, tenuto conto delle specifiche peculiarità e caratteristiche del caso concreto, debba considerarsi cessata l'operatività del precetto in esso contenuto.

Nel silenzio della disposizione, appare inevitabile ritenere che l'esonero da responsabilità perduri fino a quando gli ostacoli all'adempimento dell'obbligazione frapposti dalle misure di contenimento e dalla necessità di rispettarle non vengano – in seguito alla successiva revoca delle misure ovvero ad una modifica apportata alle stesse in funzione di un loro "allentamento" – del tutto rimossi o quantomeno ridotti in misura e con modalità tali da impedire che un eventuale

[68] Ben diverso è stato, ad es., l'approccio adottato dal legislatore belga nell'*Arrêté Royal n° 15 del 24 aprile 2020 relatif au sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'execution et autres mesures pendant la durée de la crise du COVID−19*, la quale, dopo aver stabilito che i contratti conclusi anteriormente alla sua entrata in vigore "non possono essere risolti, né con atto unilaterale della parte creditrice né con sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, in ragione del mancato pagamento di un debito pecuniario scaturente dal contratto stesso", provvede poi a precisare che tale precetto "non deroga affatto all'obbligazione di pagare debiti già esigibili, né tantomeno alle altre sanzioni contrattuali di diritto comune quali ad es. l'eccezione di inadempimento, la compensazione e il diritto di ritenzione".

[69] E' il caso, ad es., della legislazione austriaca e tedesca, che hanno individuato entrambe nel 30 giugno 2020 la data di cessazione della efficacia della "moratoria" – in esse contemplata – dell'adempimento delle obbligazioni in connessione con le ripercussioni della diffusione della pandemia.

protrarsi dell'inadempimento del debitore possa considerarsi "determinato" in via decisiva dall'esigenza di rispettare ed attuare le (pur eventualmente "ammorbidite") misure di contenimento eventualmente ancora vigenti ([70]).

A partire da questo momento, per i debitori che erano già stati costituiti in mora anteriormente all'adozione delle misure di contenimento impeditive ricominciano a prodursi nella loro pienezza gli effetti giuridici che l'operatività del precetto di cui al comma 6-*bis* aveva paralizzato: il debitore non pecuniario sarà così obbligato a risarcire tutti i pregiudizi cagionati al creditore dagli ulteriori ritardi nei quali – dopo la revoca/modifica delle misure - il debitore dovesse incorrere nell'eseguire la prestazione dovuta (o nel porre rimedio alle inesattezze qualitative e/o quantitativa della prestazione già eseguita); il debitore pecuniario, per parte sua, tornerà ad essere tenuto a corrispondere gli interessi moratori (al tasso legale o pattizio), che riprenderanno a decorrere a partire dalla data in cui l'omissione del pagamento del debito non può più considerarsi causalmente riconducibile all'esigenza di attuare le misure di contenimento, e dovrà in aggiunta rimborsare al creditore le spese da quest'ultimo sostenute per recuperare le somme che gli spettano nonché risarcire tutti gli eventuali pregiudizi ulteriori che il creditore dimostrasse di aver subito posteriormente a tale data a causa del protrarsi dell'inadempienza debitoria.

Per i debitori che non erano già stati costituiti in mora anteriormente all'adozione delle misure di contenimento impeditive (perché il debito ancora non era esigibile o perché – nei casi di mora *ex persona* – il creditore non aveva ancora provveduto a richiedere per iscritto al debitore l'adempimento), invece, con il venir meno degli impedimenti causati dalla necessità di rispettare le misure di contenimento si apre per il creditore la possibilità di costituire in mora con apposita richiesta scritta di adempimento il debitore che perseveri (nonostante la revoca/modifica delle misure) nell'astenersi dall'eseguire la prestazione dovuta, nonché di pretendere la correzione delle inesattezze che abbiano connotato la prestazione eventualmente già eseguita; nel caso di debiti pecuniari (liquidi ed esigibili in quanto scaduti posteriormente all'adozione delle misure di contenimento), la costituzione in mora del debitore conseguirà invece automaticamente *ex re* alla rimozione degli ostacoli frapposti al pagamento del debito dalla misura di contenimento revocata o modificata, con la conseguenza che a partire da tale momento saranno dovuti *ex lege* al creditore gli interessi moratori, al tasso legale o pattizio (oltre al risarcimento degli ulteriori pregiudizi eventualmente sofferti).

Rimane aperta una questione assai delicata, specificamente concernente i contratti di durata che pongono a carico di uno dei contraenti obbligazioni pecuniarie da adempiersi non in un'unica soluzione, bensì in una pluralità di pagamenti parziali (rate o canoni) da eseguirsi con cadenza periodica (di norma mensile o bimestrale): il debitore che si sia trovato "costretto" - dalla necessità di rispettare le misure di contenimento - ad astenersi dal pagamento di rate e canoni in scadenza posteriormente all'adozione delle misure stesse, una volta che tali misure siano state

[70] La relativa valutazione dovrà ovviamente essere condotta caso per caso, tenendo conto di tutte le circostanze in concreto rilevanti, a cominciare dal contenuto della prestazione dovuta, dalle caratteristiche della misura revocata o modificata, della situazione patrimoniale e personale del debitore (se consumatore) nonché della situazione patrimoniale, della tipologia di attività imprenditoriale o professionale esercitata, della natura dei beni o dei servizi forniti nell'esercizio di tale attività, oltre che delle caratteristiche della struttura aziendale, nel caso di liberi professionisti o imprenditori.

revocate o "allentate" si dovrà considerare tenuto a pagare immediatamente al creditore tutte le rate (o i canoni) scaduti durante il periodo di moratoria e rimaste insolute (con esonero da responsabilità risarcitoria *ex* comma 6-*bis*) e contemporaneamente *anche* a pagare le rate e i canoni in scadenza nei mesi successivi, nel rigoroso e puntuale rispetto della tempistica contemplata dal programma contrattuale? O deve ritenersi che il termine di esigibilità delle rate e dei canoni successivi sia *ex lege* differito per un periodo di tempo corrispondente a quello intercorso fra l'adozione e la revoca della misura di contenimento, sicché con riferimento al relativo pagamento il debitore può considerarsi beneficiario di una sorta di dilazione *ex lege*? Questa seconda soluzione sarebbe forse più coerente con la *ratio* di tutela del debitore pregiudicato dalla imposizione delle misure di contenimento che ispira la disposizione del comma 6-*bis*, ma non trova nel testo di questa disposizione appiglio alcuno: si è sopra evidenziato, infatti, che il legislatore italiano non ha né previsto un differimento *ex lege* dei termini di esigibilità della prestazione unitaria (o dell'insieme dei canoni o delle porzioni della prestazione di cui le parti abbiano pattuito una rateizzazione), né attribuito al debitore il diritto di determinare un differimento siffatto con un proprio atto unilaterale, ma si è limitato a prevedere un mero esonero (cronologicamente limitato) dalla responsabilità debitoria per inadempimento. Ne deriva che i termini di adempimento di rate e canoni destinati per contratto a scadere posteriormente alla revoca/modifica delle misure di contenimento e alla rimozione degli ostacoli e degli impedimenti determinati da queste ultime rimangono immutati, e il debitore che non riuscisse a rispettarli sarebbe inevitabilmente esposto a tutte le conseguenze giuridiche contemplate dalle disposizioni del codice civile e dalle previsioni *ad hoc* eventualmente presenti nelle clausole del contratto.

Anche sotto quest'ultimo profilo, emerge purtroppo la inadeguatezza e la lacunosità della disciplina contenuta nel comma 1-*bis*, la cui attitudine ad assicurare forme certe ed efficaci di protezione ai debitori messi seriamente in difficoltà dalla necessità di rispettare le misure di contenimento governative adottate per contrastare la diffusione del virus appare a dir poco modesta.

Dipartimento di Giurisprudenza

DIRITTO VIRALE
Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19

WHISTLEBLOWING E PREVENZIONE DEI FENOMENI CORRUTTIVI DURANTE LA CRISI ECONOMICA GENERATA DALLA PANDEMIA COVID-19

di **Anna Francesca Masiero* –** annafrancesca.masiero@unife.it

Per far fronte alla crisi economica legata alla pandemia Covid-19, è stata promessa (e in parte, seppur minima, già disposta) una mobilitazione di risorse finanziarie senza precedenti. A fronte di un simile ammontare di finanziamenti pubblici, il rischio un aumento dei fenomeni corruttivi è elevato, a maggior ragione se si considera l'attuale quadro di semplificazione dei controlli amministrativi in cui detti strumenti verranno erogati. Pertanto, è dai più caldeggiato un potenziamento degli strumenti preventivi anticorruzione, tra cui compare quello del whistleblower.

SOMMARIO: 1. Introduzione: gli effetti economici della pandemia Covid-19 e il prevedibile aumento dei fenomeni corruttivi. – 2. Il potenziamento degli strumenti preventivi anticorruzione e la figura del *whistleblower*. – 3. *Whistleblower*, corruzione e non solo… – 4. La tutela del *whistleblower* nella normativa domestica. – 5. Brevi conclusioni.

1. Come insegna la storia, le crisi – anche quelle pandemiche – costituiscono preziose occasioni per lo sviluppo di nuove forme di criminalità e accrescono in maniera esponenziale il rischio di infiltrazioni da parte delle organizzazioni malavitose nel tessuto economico-sociale.

In questi ultimi mesi, un simile scenario è stato paventato da più voci, che hanno segnalato come i mercati siano particolarmente esposti ad abusi e manovre speculative di qualsivoglia natura. Il pericolo di una gestione impropria degli strumenti finanziari apprestati per far fronte ai devastanti (e verosimilmente duraturi) effetti sull'economia globale della pandemia Covid-19 è avvertito in vari settori: da quello sanitario a quello degli appalti pubblici a quello della sicurezza sui luoghi del lavoro.

Transparency International, la nota organizzazione internazionale che monitora su scala globale i fenomeni corruttivi, è in particolare preoccupata che l'ingente ammontare di finanziamenti provenienti dagli Stati e dalle istituzioni europee, seppur in larga parte non ancora

* *Dottoranda di ricerca in diritto penale*

erogati, possa comportare un aumento dei fenomeni di corruzione e altri comportamenti contrari all'interesse collettivo[71].

Da una parte, difatti, ci si attende una mobilitazione di risorse finanziarie senza precedenti, idonea non solo ad attirare l'attenzione delle organizzazioni criminali mafiose, pronte ad ingerirsi nel circuito economico, ma altresì a dar luogo ad una e vera propria corsa agli accaparramenti delle stesse anche all'interno di aziende, pubbliche e private. Dall'altra parte, si registra una notevole semplificazione delle procedure atte all'aggiudicazione di tali risorse, in un'ottica di velocizzazione della loro elargizione e distribuzione; cosicché – nonostante taluni ritengano che si possano coniugare rapidità e rigore[72] – i controlli preventivi in genere operati dalle amministrazioni pubbliche e dagli istituti di credito sono e saranno tutt'altro che capillari, e comunque insufficienti[73].

In un simile quadro, è di tutta evidenza come il diritto punitivo, tanto amministrativo quanto penale, sia chiamato a prevedere misure volte al contenimento dei suddetti fenomeni illeciti, attraverso una sapiente combinazione di strumenti preventivi e repressivi[74]. E, in vista dell'inevitabile perdurare (ed il temibile consolidarsi) degli effetti dell'emergenza, in ispecie economici, è senz'altro auspicabile un potenziamento dei primi, tra i quali è annoverabile quello del *whistleblowing*.

2. A richiamare l'attenzione sul necessario potenziamento degli strumenti preventivi anticorruzione è ancora una volta Transparency International, che in piena 'fase 1' ha divulgato la dichiarazione sottoscritta da cinquanta organizzazioni – tra cui compaiono l'European Public Service Union e l'European Trade Union Confederation – e finalizzata a sensibilizzare istituzioni ed autorità pubbliche operanti nel panorama internazionale a fornire adeguata protezione alle "*persone che segnalano o rivelano rischi di abusi e illeciti che si verificano durante questo periodo di crisi causato dalla pandemia di Covid-19*"[75].

Il riferimento è ai cd. "*soffiatori nel fischietto*", traduzione italiana dell'espressione *whistleblowers*, ossia i dipendenti di aziende pubbliche o private che, mediante la trasmissione di informazioni ad un'autorità (interna o esterna), segnalano illeciti e/o irregolarità di cui sono venuti a conoscenza nel contesto lavorativo.

Il ricorso alla figura in parola, nata nell'ordinamento statunitense nella seconda metà dell'Ottocento e ormai ben collaudata nei sistemi di *common law*, è stato a lungo promosso dalle principali organizzazioni internazionali impegnate nella lotta alla corruzione. Introdotta nell'alveo degli strumenti apprestati dal nostro ordinamento per contrastare l'"emergenza corruttiva" per mezzo della legge Severino (l. 6 novembre 2012, n. 190), alla pratica del *whistleblowing* è inoltre

[71] https://www.transparency.it/tuteliamo-i-whistleblower-durante-lemergenza-covid-19/.
[72] Cfr., per tutti, *Intervista a Maurizio De Lucia, Dino Petralia e Lia Sava, a cura di A. Apollonio,* par. 1, in *Giustizia insieme*, 20 aprile 2020.
[73] V., sul punto, F. Mucciarelli, *Finanziamenti garantiti ex d.l. 23/2020: profili penalistici*, in *Sistema penale*, 4 maggio 2020, in particolare p. 9 ss.
[74] In argomento v., diffusamente, A. Bernardi, *Covid-19 e diritto penale*, Sez. II, par. 13, *in corso di pubblicazione*.
[75] https://www.transparency.it/tuteliamo-i-whistleblower-durante-lemergenza-covid-19/.

interamente dedicato un recente intervento del legislatore eurounitario: la direttiva UE/1937/2019 del 23 ottobre scorso ha infatti dettato norme minime al fine di promuovere, da un lato, l'adozione di detta pratica nei Paesi che ne fossero ancora sprovvisti e, dall'altro lato, l'armonizzazione delle (non numerose) legislazioni nazionali in materia[76].

"*Quando le decisioni vengono prese in contesti di emergenza* (…), *i* whistleblowers *possono giocare un ruolo chiave di prevenzione*", recita la succitata dichiarazione, che ricorda anche come "*il whistleblowing ha dimostrato di essere un potente strumento per combattere e prevenire azioni che minano l'interesse pubblico*". Avvalendosi dei canali predisposti dalle aziende (interni, esterni e, come richiesto dalla direttiva, a breve anche pubblici), essi possono infatti denunciare forme di *mala gestio*, abusi e speculazioni osservabili nei contesti lavorativi pubblici e privati, riducendo così gli spazi di manovra di corrotti, corruttori e non solo.

3. L'ambito di applicazione della direttiva europea in materia di *whistleblowing*, così come quello della normativa domestica, è oltremodo esteso e la figura può favorire l'emersione di un ampio ventaglio di fattispecie penali; tuttavia, è opportuno sottolineare come questa sia stata concepita prevalentemente col proposito di prevenire episodi di frode e di corruzione.

Come si accennava, il *whistleblower* in Italia ha ottenuto – seppur con un certo ritardo – una prima regolamentazione nel settore pubblico nella legge anticorruzione del 2012; in seguito la l. 30 novembre 2017, n. 179, sancendo il suo ingresso nel mondo dell'impresa privata, ha imposto un ripensamento dei contenuti dei modelli di prevenzione ex art. 6 del d.lgs. 231 del 2001, che ora devono prevedere canali di segnalazione, anche informatici, e ha altresì inserito tra i destinatari della "soffiata" il Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza[77].

Insomma, il legame tra *whistleblower* e reati contro la pubblica amministrazione è palese, così come la sua ragione: è proprio la congenita difficoltà di emersione delle fattispecie corruttive a determinare la necessità di strategie politico-criminali *differenziate*, idonee a consentire la rottura del *pactum sceleris* dall'interno[78] (anche dell'organizzazione lavorativa) e l'affiorare di notizie di reato che altrimenti, con buona probabilità, andrebbero ad alimentare la già elevata cifra nera della criminalità economica.

Ciò nondimeno, sarebbe riduttivo ancorare l'utilità della figura in esame alla segnalazione delle mere fattispecie corruttive. Come noto, invero, la pratica del *whistleblowing* mira a far emergere molteplici tipologie di rischio rilevabili sui luoghi di lavoro, che durante una crisi

[76] Per un commento a caldo della succiata direttiva v. A. Della Bella, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sistema penale*, 6 dicembre 2019.

[77] Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa nazionale del *whistleblowing* v. A. Rugani, *I profili penali del* whistleblowing *alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *Legislazione penale*, 3 giugno 2018, p. 5 ss.; per una riflessione sulle ragioni del lento recepimento nel nostro ordinamento delle sollecitazioni internazionali in materia v., volendo, A.F. Masiero, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Archivio penale*, 2, 8 giugno 2020, par. 3.

[78] Per una puntuale disamina delle altre strategie differenziate preventive apprestate dal nostro legislatore nella materia *de qua* e finalizzate alla rottura "dall'interno" del *pactum scleleris* tra corrotto e corruttore si rinvia, per tutti, a T. Padovani, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Archivio penale*, 3, 30 novembre 2018.

sanitaria, economica e sociale appaiono suscettibili di consistenti dilatazioni. Inoltre, va rilevato come le suddette tipologie di rischio non debbano necessariamente essere idonee ad integrare illeciti penali, né tantomeno civili, potendo esse tradursi in meri illeciti disciplinari o financo in pratiche scorrette solo da un punto di vista etico, purché comportino un apprezzabile pericolo per la vita dell'organizzazione.

Basti allora pensare alle numerosissime prescrizioni contenute nei decreti e nei protocolli degli ultimi mesi, che impongono ai datori di lavoro di adottare tutte le cautele e le precauzioni sanitarie atte a tutelare la salute dei dipendenti sui luoghi di lavoro. Al riguardo, il *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure anti-contagio negli ambienti di lavoro*, da ultimo integrato lo scorso 24 aprile, sancisce a chiare lettere che la prosecuzione delle attività produttive possa avvenire esclusivamente in presenza delle condizioni che assicurino ai lavoratori adeguati livelli di protezione e impone, in caso contrario, la loro sospensione. L'inosservanza di questa e altre disposizioni integra illeciti di varia natura, anche amministrativi e penali, che potrebbero agevolmente essere denunciati da un *insider*, come per l'appunto il *whistleblower*[79]; la cui segnalazione, pertanto, non può e non deve essere frenata dal timore di forme, più o meno velate, di censure, né tantomeno di vere e proprie ritorsioni.

4. Come testimoniano alcuni episodi riportati dalla stampa mondiale[80], i rischi di ripercussioni sul *whistleblower* son tutt'altro che peregrini: in poche parole, la denuncia dei *wrongdoings* spesso costa al "soffiatore" il posto di lavoro o implica odiose ritorsioni nei suoi confronti, quali demansionamenti, discriminazioni di vario genere, sanzioni disciplinari e financo denunce all'autorità giudiziaria penale.

Per questo motivo, il *leitmotiv* della disciplina del *whistleblowing*, nazionale e internazionale, è rappresentato dalle tutele apprestate al soggetto: esse, apprezzabili in particolare sul piano giuslavoristico e su quello (processual)penalistico, sono la prova della consapevolezza degli Stati dell'opportunità di incentivare il più possibile il ricorso a tale pratica[81].

Nel nostro ordinamento, per esempio, l'art. 54-*bis* del testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) sancisce che il dipendente che denuncia al Responsabile della Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza, all'ANAC, o all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro "*non*

[79] A tal proposito giova ricordare che la direttiva europea sembra aver anticipato le esigenze connesse all'attuale crisi sanitaria, dilatando i beni giuridici tutelabili mediante la segnalazione del *whistleblower* ed includendovi anche la salute pubblica.

[80] Cfr., tra i tanti articoli di testate giornalistiche apparsi in argomento, https://www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-appello-la-difesa-whistleblower-censura-non-solo-cina-ADbB8eK.

[81] In argomento cfr., per tutti, G. Varraso, *Legge 30 novembre 2017, n. 179. Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazione di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*, in D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, p. 1736 ss.

può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro". Questa disposizione è poi corredata da altre previsioni a tutela del *whistleblower*: esse, da un lato, spaziano dall'anonimato nell'ambito dell'eventuale procedimento disciplinare e/o penale scaturente dalla segnalazione, all'esclusione della responsabilità penale per il denunciante il quale, mediante la segnalazione, integri uno dei reati di "rivelazione di segreti" previsti dal codice penale (artt. 326, 622 e 623 c.p.); e, dall'altro lato, comportano la comminazione di sanzioni, ancorché disciplinari, nei confronti di chi viola "*le misure di tutela del segnalante*".

Va tuttavia precisato come le suddette previsioni non si spingano ad attivare veri e propri meccanismi premiali volti all'incoraggiamento della segnalazione: questi, non contemplati nemmeno nella recente direttiva, sono stati sperimentati negli ordinamenti di *common law*, ove alle volte si sono però tradotti in mere ricompense monetarie per il denunciante, (mal)educato così all'etica lavorativa a suon di *whistleblower rewards*.

È dunque opportuno rilevare come, nonostante il silenzio della direttiva sul punto, apparirebbe conveniente che l'ANAC predisponesse meccanismi premiali mirati a intensificare le "soffiate"; purché, beninteso, non di natura monetaria, a più riprese definiti dalla stessa Transparency International controproducenti in quanto potenzialmente idonei a frustrare gli scopi di tutela sociale che la strategia in esame promuove. Inoltre, nell'attesa di un intervento nazionale di trasposizione della succitata direttiva, la quale invero impone un notevole ampliamento del novero di soggetti che possono accedere alla segnalazione nei sistemi nazionali, si può sottolineare la prevedibile utilità dell'estensione delle relative tutele ai lavoratori delle categorie "deboli": quali, ad esempio, precari e tirocinanti.

Per concludere, non resta che precisare come, nondimeno, il ricorso a tale tecnica, in questa sede caldeggiato con particolare riferimento alla denuncia dei fenomeni corruttivi, non sia del tutto scevro da criticità, specie se si ragiona sul fronte della segnalazione di violazioni della normativa volta a garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro in una tanto delicata situazione. La moltiplicazione delle prescrizioni da osservare in detti luoghi (*durante* e *dopo* la crisi sanitaria Covid-19), la scarsa *compliance* dei lavoratori a seguire le stesse, peraltro alle volte connotate dall'incerta portata precettiva, nonché la loro mutevolezza su base temporale e territoriale[82], potrebbero infatti costituire fattori idonei a dissuadere il lavoratore a denunciare; e, al contempo, valide ragioni per non ritenere la denuncia, se presentata, fondata. Stringenti sono infatti i requisiti che la "soffiata" deve rispettare (primo fra tutti quello della *precisione*), i quali mettono a loro volta in luce i profili di interferenza tra il diritto di critica e la necessaria continenza della segnalazione, nonché il rischio che quest'ultima integri eventuali fattispecie penali[83]. In definitiva, si può senz'altro caldeggiare il ricorso a strumenti preventivi quali quello in parola, ma nella consapevolezza che esso, al pari delle altre strategie *differenziate* di lotta alla criminalità (economica e non), comporta un bilanciamento tra garanzie ed efficientismo. Questo bilanciamento, alle volte pericolosamente sbilanciato verso il secondo polo, impone dunque dei correttivi, atti a far sì che

[82] Cfr. P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello* ius superveniens *del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2010/1, *passim*.
[83] Cfr. A. Rugani, *I profili penali del* whistleblowing *alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, cit., p. 18 ss.

la pratica del *whistleblowing* non si trasformi in un pericoloso (a maggior ragione in tempo di crisi) strumento inquisitorio.

5. Come già si è accennato, la pioggia di finanziamenti di prossima erogazione in un contesto di controlli semplificato all'estremo non potrà che incrementare le opportunità di speculazione e malaffare. Per tale motivo, il ricorso a strumenti preventivi appare soluzione opportuna per contenere i rischi della crisi economica connessa alla pandemia Covid-19. Detti strumenti appaiono tanto più vantaggiosi se si considera la scarsa efficacia deterrente che l'apparato repressivo penale esplica nello specifico ambito dell'impropria captazione dei finanziamenti pubblici[84].

Quest'ultimo rilievo è dimostrato dai connotati delle fattispecie codicistiche preposte al contrasto di simili condotte, quali il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato *ex* art. 316-*ter* c.p. e quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex* art. 640-*bis* c.p. Il primo, caratterizzato da pene assai modeste (reclusione da sei mesi a tre anni nell'ipotesi semplice e da uno a quattro anni nell'ipotesi aggravata), trova peraltro applicazione residuale in forza della clausola di salvaguardia in sua apertura; al secondo, pur se astrattamente dotato di un coefficiente di dissuasività più elevato in ragione della sua meno mite cornice edittale (reclusione da due a sette anni), è stata riconosciuta dalle Sezioni dalle Unite della Cassazione natura di mera circostanza aggravante, come tale passibile di soccombere nel bilanciamento con eventuali attenuanti[85].

In definitiva, in assenza di strumenti penali realmente efficaci, non resta che accogliere la sollecitazione delle organizzazioni internazionali, e dunque optare per un potenziamento degli strumenti politico-criminali *alternativi* di cui disponiamo. Tra questi, ai tempi della crisi sanitaria e, soprattutto, della successiva crisi economica legata al Covid-19, i *whistleblowers* potrebbero assurgere al ruolo di preziose sentinelle poste a presidio della corretta allocazione delle risorse pubbliche, nonché – seppur con qualche cautela – dell'ancor più prezioso bene rappresentato dalla salute pubblica.

[84] Sul punto v., ancora, A. Bernardi, *Covid-19 e diritto penale*, Sez. II, par. 13, *in corso di pubblicazione.*
[85] Cass. SS.UU., 26 giugno 2002, n. 26351.

IL DIRITTO PENALE "AL TEMPO DELLA PESTE"

di **Donato Castronuovo*** – donato.castronuovo@unife.it

Testo della relazione presentata al Web-Seminar organizzato da DiP-LaP (Laboratorio permanente Diritto e Procedura penale): "Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale", 29-30 aprile 2020, destinato, previa aggiunta delle note, alla raccolta degli atti e alla pubblicazione in LP (www.lalegislazione penale.eu).

Il contrasto all'emergenza pandemica solleva questioni riguardanti anche il diritto penale, benché, al momento, in maniera marginale. I dubbi più scottanti per il giurista si addensano, tuttavia, sulle misure restrittive di diritti e libertà fondamentali; mentre, dopo l'iniziale ricorso generalizzato alla sanzione penale mediante rinvio all'art. 650 c.p., l'approccio sanzionatorio attuale pare opportunamente scandito secondo una progressione scalare che, sul piano strettamente penalistico, prevede una sola fattispecie "speciale" (la contravvenzione di violazione della quarantena per i soggetti positivi), lasciando spazio per il resto, in teoria, ai comuni delitti contro l'incolumità pubblica o contro la vita e l'integrità fisica. Benché il rischio pandemico legato al Sars-Cov-2 sia caratterizzato da elementi tipici del principio di precauzione (parziale incertezza scientifica e provvisorietà delle misure), l'attuale risposta penale sembra correttamente attestarsi piuttosto sul terreno della prevenzione. Ciò non toglie che la futura gestione giudiziaria della crisi dovrà essere oggetto di sorvegliata attenzione, anche per evitare inammissibili piegature in senso precauzionale delle categorie dell'imputazione (causalità e colpa) di eventi dannosi o pericolosi (morte, lesioni, epidemia).

I.

Nell'emergenza, nello stato di eccezione, il giurista è a **disagio** più che mai. Beninteso: assai meno rispetto al personale sanitario in prima linea, ma è pur sempre in imbarazzo. Il giurista – anche durante la pestilenza – ha il compito di trovare una misura, una giustezza, in una situazione per definizione smisurata ed eccezionale. Nei diversi ruoli che può essere chiamato a giocare – consigliere del principe, interprete o critico di norme, difensore o consulente – si troverà pur sempre in una posizione scomoda, perso nei suoi "bilanciamenti perversi": diviso tra la tragica concretezza degli effetti mortiferi della pandemia e l'inedita compressione delle libertà fondamentali. E a furia di bilanciamenti… talvolta si diventa squilibrati.

Forte è la tentazione, allora, dinanzi alle gravi, gravissime e perduranti restrizioni alle libertà, alla loro spesso irragionevole mutevolezza nel tempo e nello spazio, alla diversificazione secondo tendenze da *strapaese*, in un'orgia di particolarismo che non ha probabilmente eguali all'ora attuale nel mondo conosciuto, dinanzi a tutto questo, dicevo, forte è la tentazione dell'afasia. E del ripiegamento verso fonti altre, del sapere più che del diritto. Per vedere se c'è un senso in questa cosa smisurata, ci si rivolge alla **filosofia**, si riprendono i classici, si inseguono delle reminiscenze, non tutte nobili, si rievoca Carl Schmitt ("sovrano è colui che decide sullo

* *Dottoranda di ricerca in diritto penale*

stato di eccezione"); o si rilegge Michel Foucault (i corpi come oggetto della biopolitica; la microfisica del potere; dall'esclusione dei *lebbrosi* alla inclusione degli *appestati*, oggetto, questi ultimi, di tecniche di biopotere come le quarantene; il potere "sorvegliante" – che in questi giorni può ricorrere a un novello *Panopticon* dal nome rassicurante, quasi carino: "Immuni"). Oppure, assecondando le proprie inclinazioni, e forse in definitiva con maggior profitto, ci si rivolge alla **letteratura**: a quella che viene in mente a chi non ha troppa originalità di ricerca, come il sottoscritto: Manzoni, e il suo indimenticabile *a fresco* sulla peste milanese del 1630, dai *Promessi sposi* alla *Colonna infame*; Camus, la cui prosa asciutta restituisce immagini sorprendentemente speculari a quelle odierne (nel parlare della quarantena, definita "queste insopportabili vacanze", e nel descrivere l'indecisione iniziale nel prendere e applicare le misure di chiusura della città, nel rendere quelle misure via via più "draconiane" col crescere delle evidenze…).

A parte le indimenticate pagine di **Manzoni**, oltre alle raffigurazioni della piaga epidemica rinvenibili nell'antichità classica (in particolare, la peste di Atene del 430-429 a.C., raccontata da **Tucidide**, *La guerra del Peloponneso*, libro II, nonché da **Lucrezio**, *De rerum natura*, libro VI), si potrebbe rileggere, con eguale profitto, anche taluna tra le tante rappresentazioni distopiche e post-apocalittiche legate al flagello epidemico, a partire da un archetipo come *La peste scarlatta* di Jack **London** (*The Scarlet Plague*, 1912). O, anche, descrizioni più cronachistiche, come quella di Daniel **Defoe**, *Dario dell'anno della peste*, anche tradotto come *La peste di Londra* (*A Journal of the Plague Year*, 1722), resoconto realistico dell'epidemia che colpì nel 1665 Londra e parte dell'Inghilterra. Difficile però trovare pagine più aderenti alla nostra drammatica attualità di quelle (letterarie, nel senso di immaginarie, benché permeate di realismo) di Albert **Camus**, pur nella diversità del flagello (non di origine virale, ma batterica, come è per la peste bubbonica e polmonare) e nella dimensione locale e non pandemica della pestilenza raffigurata nel romanzo del premio Nobel francese (*La peste*, Gallimard, 1947).

Queste confuse geremiadi, per dire che ci sarebbe punto o poco da dire, assecondando invece il proprio sconcerto dinanzi all'epidemia. Uno smarrimento anche giuridico, che non trova parole al cospetto della **compressione delle libertà**, via via avvertita come sempre più pesante; e al cospetto dell'applicazione talora capricciosa, da parte dei tanti "sorveglianti" (in senso foucaultiano e, dunque, senza offesa…), di misure spesso indefinite, foriere dell'esercizio di un potere a tratti scempio, sciocco, senza misura, senza giustezza, come è prevedibile che sia in una situazione di confusione e indeterminatezza, eretta a (provvisorio) sistema da parte dei decisori pubblici a tutti i livelli. Col rischio che i provvedimenti adottati (contemplati "in cento gride", per scomodare ancora il Manzoni) diventino una manipolazione della paura, forse involontaria (cfr. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *SP*, 24.4.2020, 4), quindi ancor più pericolosa (uno stato di eccezione - se fosse davvero tale - sgangherato e maldestro). Col rischio, inoltre, che tali provvedimenti diventino occasionali – ma non meno gravi – atti di autoritarismo localistico; con occhiuto calcolo dei metri – quanti? i 200? i 500? Una ferocia instillata (di nuovo: sapientemente? involontariamente?) nei cittadini: per settimane, il *nemico pubblico numero uno* in Italia è stato il *jogger*! Provvedimenti presi alla luce di consulenti scientifici che paiono adepti di una scienza altrettanto smarrita di fronte all'emergenza,

una scienza a tratti contraddittoria sul piano della *comunicazione del rischio*: mascherine inutili, mascherine fondamentali… (per fermarsi a un solo esempio).

E poi c'è il diritto penale, anche. Storicamente, la peste sembra avere un rapporto stretto con il diritto criminale: basti pensare alle "gride" oppure al processo agli untori durante la peste milanese di quattro secoli fa (cfr. Musumeci, *"Il funesto delitto": il contagio e l'imbarazzo dei giuristi*, in *Historia et ius* 2017, 1 ss.). Forse v'è perfino una metafisica della peste che lega l'epidemia alla colpa (Givone, *Metafisica della peste. Colpa e destino*, Torino 2012).

Nel caso delle misure anti-Covid, tuttavia, mi pare che **il ruolo del penale** sia, al momento, **recessivo e marginale**. Insomma, io non penso che il diritto penale stia «al centro di questo quadro a tinte fosche» (così, invece, A. Bernardi, *Il diritto penale al tempo della COVID-19*, in *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*); con l'eccezione del settore del diritto penitenziario (la situazione del carcere e dei carcerati durante l'emergenza, quella sì, dovrebbe interessare ogni cultore del diritto e, per vero, ogni cittadino). Anche se, certamente, l'emergenza in atto e la sua gestione interpellano anche il penalista, benché – restando ai giuristi – assai meno di quanto interpellino il cultore del diritto costituzionale, del diritto amministrativo, del diritto pubblico in genere, del "diritto dei diritti umani", del processualista, semmai della teoria e filosofia del diritto. Ma tant'è: complici anche le nuove e mai abbastanza lodate riviste *on line*, si è quasi subito innescata un'epidemia parallela al Covid (per fortuna, credo, benigna), rappresentata da una messe di contributi di colleghi penalisti (che nemmeno all'epoca di Taricco…), facendo del cultore del penale sostanziale un attore tanto loquace nelle riviste di settore quanto silente (e ininfluente) sulla scena in cui si svolge il dibattito pubblico.

Se si volesse allargare lo sguardo a tutto lo spettro delle possibili ricadute penalistiche, intese quali **"effetti collaterali" della crisi epidemica**, è evidente che il diritto penale assumerebbe – e, facile vaticinio, assumerà a lungo – una sua *centralità* anche (e come potrebbe essere diversamente?) in questa epocale vicenda. Peraltro, le sequele economiche e sociali (ma anche politiche) della attuale crisi sanitaria saranno, prevedibilmente, di enorme portata, estendendosi dalle "scelte tragiche" imposte dalla scarsità di "risorse sanitarie" durante la fase più acuta dell'epidemia, alle infiltrazioni della criminalità organizzata e ai vari profili penali degli interventi di sostegno pubblico alle attività produttive, alla disciplina della crisi d'impresa dopo l'emergenza sanitaria, alle manovre speculative di vario genere, fino alla tutela delle vittime vulnerabili durante il confinamento (ad es., le vittime di violenza domestica). E gli esempi potrebbero moltiplicarsi (basta navigare su una qualsiasi delle riviste penalistiche consultabili in rete per rendersene agevolmente conto). Tuttavia, nelle presenti note "a caldo" sul diritto penale al tempo del coronavirus, come imposto anche dal tema specifico assegnatomi dagli organizzatori del convegno (modelli causali *vs.* modelli precauzionali di risposta sanzionatoria), si prenderanno in considerazione esclusivamente i due profili che ritengo più strettamente e direttamente correlati al contrasto dell'epidemia: la (speciale) disciplina penale delle misure anti-Covid e la configurabilità delle (comuni) fattispecie di responsabilità in caso di contagio o di evento epidemico. Un binomio di questioni che, come ancora si vedrà, restituisce un'immagine di (opportuna) marginalità del diritto penale.

Non nego che nei prossimi mesi e anni ci saranno problemi (anche formidabili!) legati alla **gestione giudiziaria delle ipotesi di responsabilità penale legate alla pandemia**; e, sin da

ora, alla gestione politica e legislativa della crisi: si pensi alle questioni in tema di fonti o alle ipotesi di scudo penale o alle altre forme di immunità o formule varie di limitazione della responsabilità del personale medico, di cui si discuterà nei prossimi interventi (peraltro, in relazione alla scarsità di risorse in ambito sanitario emersa drammaticamente durante le fasi acute dell'epidemia, la questione della responsabilità o della irresponsabilità potrebbe avere anche una **"piega europea"**, tanto sul piano della Convenzione e.d.u., con riferimento agli obblighi positivi di tutela del diritto alla vita e alla salute; quanto su quello della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Nel primo ambito, si veda la giurisprudenza richiamata in C. eur. GC, 19.12.2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*). Nego però che, oggi, il problema centrale sia di natura penale (*Silete poenologi*!, direbbe, forse, Massimo Pavarini); e ritengo, invece, che al centro della riflessione odierna debbano stare i limiti alle draconiane riduzioni della libertà: che interrogano anche – ma soltanto marginalmente – il penalista (al netto della sempre possibile qualificazione come *matière pénale* dei divieti, incidenti sulle libertà economiche e di circolazione, riunione etc., ora formalmente sanzionati in via amministrativa); oppure, ribadisco, a voler cercare una questione da porre immediatamente al penalista (e non solo a questi), si fa presto ad "inciampare" nella ingombrante questione carceraria e nella ricerca di soluzioni per fronteggiare l'attuale emergenza per quella umanità dolente (si veda, in merito, il documento dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus*, 23 marzo 2020, consultabile in www.aipdp.it)).

E va bene. Oramai sono qui (ovunque sia, nello spazio, questo "qui" elettronico): qualcosa dovrò dire; e, forse, potrò scrivere anch'io, ma più tardi, dopo più matura riflessione. Intanto, mi appunterò cose emergenziali, non sedimentate, superficiali, allo stato dell'*arte* – arte!, si fa per dire.

II.

La questione del ricorso al diritto penale durante la crisi pandemica è stata risolta in maniera diversificata nei vari ordinamenti, muovendosi tra i poli opposti della **auto-responsabilità** o della **coercizione punitiva**, facendo prevalere ora l'uno ora l'altro. Il ricorso alla sanzione "punitiva" si mostra, inoltre, oscillante tra una **risposta sanzionatoria panpenalistica** o simbolico-espressiva e una più equilibrata valorizzazione della **scalarità dell'offesa** (da noi, questa seconda via è stata imboccata almeno dal d.l. n. 19 del 2020).

Ci si può chiedere: **quanta prevenzione e quanta precauzione sono necessarie** (e legittime) in situazioni di crisi sanitaria di questa (epocale) portata? La questione può essere rappresentata mediante la contrapposizione contenuta nella sapiente formulazione del tema assegnatomi dagli organizzatori di questo seminario: modelli causali (causalità anche solo potenziale, come negli illeciti di pericolo privi di evento dannoso) *vs.* modelli precauzionali.

I cultori di diritto penale che si sono sin qui occupati del *penale al tempo del Covid* si possono, forse, dividere in almeno tre gruppi: prendo spunto da talune acute riflessioni di Giovannangelo De Francesco, semplificandole e usando una terminologia diversa (De Francesco, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in *LP*, www.lalegislazionepenale.eu, 23 aprile 2020, 1 s.).

Quelli che chiamerei i ***legittimisti*** (condividono le scelte sanzionatorie del governo, augurandosi un carattere più circoscritto e temporalmente limitato delle misure).

Poi ci sono i ***rigoristi*** (lamentano la scarsa efficacia deterrente delle norme adottate, auspicando soluzioni repressive più rigorose).

E in ultimo vengono i ***garantisti*** (preoccupati dalle derive da stato di eccezione, poiché il bilanciamento effettuato tra sicurezza e libertà finisce per assegnare una pericolosa prevalenza alle ragioni della prima a discapito di quelle della seconda).

In alcuni di questi scritti, si evoca lo spettro del principio di precauzione. Taluni ravvedono analogie tra l'attuale crisi sanitaria e situazioni già sperimentate di recente, ad esempio l'emergenza terroristica e l'emergenza immigrazione, ambiti dove pure si è talora fatto riferimento – per lo più in maniera del tutto impropria - al principio di precauzione. Ma questa, certo, non è un'emergenza come le altre. Torniamo alle misure di oggi.

Quale la natura delle misure di "confinamento"? Hanno struttura precauzionale?

Senza dubbio si tratta di misure draconiane e inedite (scuole, università, biblioteche, musei, cinema, teatri chiusi; attività produttive e commerciali vietate; libertà di circolazione e di riunione annullate o ridotte al minimo…); misure che sono (=debbono essere) anche provvisorie, adattive, dinamicamente variabili (in aumento o in diminuzione) sulla base dell'effettivo andamento del rischio epidemico, proporzionate in relazione all'adeguatezza specifica anche su base territoriale (proporzione e ragionevolezza da valutarsi sulla base dell'andamento epidemiologico del virus e sull'acquisizione di conoscenze tecnico-scientifiche via via aggiornate: cfr. lo stesso art. 2, co. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19).

In realtà, attesa la *drammatica concretezza degli effetti sulla salute e sulla vita* (oltre che più in generale sulla tenuta del sistema sanitario), ma anche *l'incompletezza delle conoscenze scientifiche* che caratterizzano la pandemia in corso, la situazione restituisce un'immagine chiaroscurale che mostra un **intreccio forse inedito e *da manuale* tra precauzione e prevenzione**, tra ancora ampia e profonda incertezza nomologica, tipica del principio di precauzione, e zone di maggiore solidità sul piano cognitivo, tipiche del principio di prevenzione.

Sulla distinzione tra principio di precauzione e principio di prevenzione, e per la tematizzazione degli usi terminologicamente e politicamente impropri del secondo, si consenta di rinviare a *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma 2012, 25 ss.; e ivi anche la dimostrazione dell'incompatibilità logica del principio di precauzione con le categorie classiche dell'imputazione penale, fondate sul paradigma della certezza nomologica: rischio, causalità, pericolo, colpa (*ibidem*, 43 ss.); e l'accostamento, invece, delle fattispecie fondate sul principio di precauzione, al vecchio modello dei reati di mera disobbedienza, con l'aggiunta di taluni caratteri differenziali – la almeno provvisoria valutazione scientifica del rischio, pur a fronte di una incompletezza del corredo cognitivo – capaci, eventualmente, di rendere più "razionali" tali innovative fattispecie rispetto al loro risalente antecedente (*ibidem*, 39 s.).

In cosa consiste, allora, questo *diritto penale al tempo della peste*?

Per la verità, le aree di pertinenza penale, all'ora attuale, sono circoscritte – con riferimento alla penalizzazione esplicita e diretta – alla sola **violazione della quarantena obbligatoria** da parte dei soggetti positivi, sanzionata mediante rinvio alla contravvenzione dell'art. 260 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, fattispecie già punita con la pena alternativa, irrobustita per l'occasione sul piano sanzionatorio.

Così l'art. 4, co. 6, d.l. 25 marzo 2020, n. 19: «Salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7».

Questo il testo dell'art. 260 r.d. n. 1265/1934, come modificato dall'art. 4, co. 7, d.l. n. 19/2020: «Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000».

Prima del d.l. n. 19/2020, si faceva riferimento all'art. 4 d.p.c.m. 8 marzo 2020, che, rispetto al divieto di circolazione per i soggetti positivi, stabiliva: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mancato rispetto degli obblighi di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale, come previsto dall'art. 3, comma 4, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6". Questa disposizione (al netto di tutti i problemi di legalità prontamente rilevati dalla dottrina), con la sua clausola di sussidiarietà, apriva già la strada, sebbene in maniera implicita, all'applicazione dell'art. 452 c.p. (**epidemia colposa**) in caso di violazione della quarantena obbligatoria per soggetti positivi al coronavirus, come fa ora, in maniera esplicita, il menzionato art. 4 d.l. n. 19/2020.

Domanda: vista la drammaticità dell'emergenza sanitaria, anziché affidarsi per i casi *più gravi* alla fattispecie di epidemia colposa (art. 452), richiamata espressamente nell'*incipit* della disposizione (art. 4 d.l. n. 19), ma la cui applicabilità potrebbe rivelarsi difficoltosa (v. *infra*), si poteva immaginare un delitto di nuovo conio (una fattispecie di *contagio*), incentrato su un evento *contagio* qualificato dal pericolo di ulteriore diffusione?. Domanda che lascio senza risposta, per mancanza di tempo (si può però ricordare che, il nostro ordinamento conosceva una fattispecie delittuosa di contagio, limitatamente alla sifilide e alla blenorragia, ma strutturata in maniera tale da risultare comunque "inadeguata" a fronteggiare le tipologie di contagio da Sars-Cov-2: cfr. art. 450 c.p. abr. dall'art. 22 l. 22 maggio 1978 n. 194, legge sull'aborto, contestualmente all'abrogazione del famigerato titolo X, *Delitti c. l'integrità e la sanità della stirpe*).

Al di là di quest'unico caso di rilevanza penale espressa (violazione della quarantena), resta il **penale "implicito" o "comune"**, in cui non servono norme speciali e *ad hoc*: ovverosia, la possibilità di configurare una responsabilità penale colposa (tralascerei per mancanza di tempo il penale del dolo, capace di porre questioni più facili e insieme più difficili) di *semplici cittadini* (anche non sottoposti a quarantena obbligatoria), *operatori sanitari*, *dirigenti di ospedali o RSA*, *dirigenti di aziende sanitarie*, *datori di lavoro*, *enti collettivi* (ai sensi, verosimilmente, dell'art. 25-*septies* d.lgs. n.

231/2001), di *decisori politici* nazionali o locali. Una serie di soggetti a cui è demandato il compito, difficilissimo, del *governo della peste* (L.A. Muratori, *Del governo della peste e della maniera di guardarsene*, 1714): i vari "garanti", definibili alla stregua di gestori, pro quota, del rischio Covid, ai diversi livelli di competenza. In questo senso, ogni singolo cittadino, nel perimetro delle pretese cautelari che l'ordinamento gli rivolge, potrebbe assumere il ruolo di **"garante" in senso ampio rispetto al rischio di diffusione del contagio**. (Per la nozione di "garante" come gestore dello specifico rischio concretizzatosi nell'evento, anche a prescindere dalla forma omissiva impropria o commissiva della fattispecie, cfr. Cass. S.U. ud. 24 aprile 2014, n. 38343, caso ThyssenKrupp).

Ora, partendo da questo diritto penale comune, e non emanato *ad hoc* per l'emergenza, il quesito parrebbe il seguente: **come costruire l'imputazione in caso di evento dannoso** (morte, lesioni)? Esempio più plausibile: in un contesto di responsabilità del datore di lavoro (rispetto all'infezione patita dal medico di una struttura o dal cassiere di un supermercato), anche in presenza di violazioni alle regole cautelari (es. mancata fornitura di dispositivi di protezione individuale o mancato rispetto delle norme di distanziamento etc.), l'individuazione della fonte del contagio rimane difficile e forse impossibile in ragione dell'***ubiquità del rischio contagio***. Vero che taluni soggetti (medici, infermieri, ricoverati, ospiti di RSA, in misura minore anche, ad es., cassieri) sono esposti a una ***quota aggiuntiva di rischio***, difficilmente misurabile, ma più o meno significativa a seconda della situazione concreta; vero anche che resta, tuttavia, la difficoltà, nella logica della causalità individuale, di ricondurre i singoli eventi di contagio ad una precisa condotta inosservante.

Dicevo che la strada della responsabilità per omicidio/lesioni, prima che per la ricostruzione della colpa (e anche in presenza di una "colpa oggettiva"), è forse impossibile già sul piano della causalità. Quel "forse" dipende da un dubbio (*apro una parentesi di… fantascienza*): si è letto sulla stampa del (formidabile) lavoro di investigazione che avrebbero svolto gli epidemiologi tedeschi per ricostruire la catena di contagi del primo focolaio individuato in Germania (Stockford, Baviera). Ebbene, a quanto si legge, gli scienziati tedeschi avrebbero descritto in un articolo sottoposto (ma non so se, poi, pubblicato) alla prestigiosa rivista scientifica *the Lancet* l'indagine epidemiologica, la quale sarebbe stata svolta ricavando informazioni sugli spostamenti e i contatti dei primi contagiati, ma anche ricorrendo al *sequenziamento dei genomi del virus dei vari malati*. Domanda: considerando le mutazioni virali che si accumulano da un contagio all'altro, si potrebbe capire chi è stato infettato prima e chi dopo? Per ora è fantascienza, ma se, quando si celebreranno i processi per contagio da coronavirus, questa possibilità di accertamento fosse acclarata, direi che saremo tutti pronti a rivedere le nostre convinzioni più sedimentate in tema di causalità in casi come questi.

Nel modello causale rientra anche la fattispecie di **epidemia colposa** (artt. 438 e 452 c.p.), richiamata espressamente, come ricordato, nella clausola di sussidiarietà dell'art. 4 d.l. n. 19/2020, per la violazione della quarantena obbligatoria per i soggetti positivi al nuovo coronavirus; ma che potrebbe essere contestata (in luogo dei – o in aggiunta ai – delitti di omicidio e lesioni) anche

in altre ipotesi – ad es., quelle dei responsabili di RSA o di ospedali, o dei datori di lavoro – alle quali mi riferivo poc'anzi.

Il delitto di epidemia – al netto delle applicazioni che verranno – rientra pur sempre nel modello causale (non in quello precauzionale: quindi è - e dovrà restare – uno strumento da diritto penale di prevenzione), perché è un reato di evento: si richiede un evento di pericolo, rappresentato dall'epidemia (*chiunque cagiona un'epidemia*); necessaria, quindi, la verificazione di un evento di contagio plurimo, dotato di ulteriore concreta capacità diffusiva. Questo, ovviamente, al di là delle controversie sulla natura della fattispecie presenti anche in dottrina; e al di là della gestione che volesse poi farne, nel prossimo futuro, la magistratura (e su questo saremo vigili: è il nostro lavoro di penalisti; sappiamo che non è decisivo, ma sappiamo pure che, quello sì, sarà compito nostro…).

Il Covid-19 è una patologia infettiva che ha, in astratto, tutte le caratteristiche di *diffusività* che caratterizzano – sul piano oggettivo – il delitto di epidemia. Azzardo un'ipotesi: potrebbe essere significativo per la configurabilità della fattispecie di epidemia, in particolare per misurare la diffusività dell'agente patogeno, anche la ***considerazione del più o meno elevato indice R_0*** (o, a seconda dei casi, R_t), il numero medio di infezioni secondarie prodotte da ciascun individuo infetto, che, come oramai noto, è variabile nelle varie fasi di un'epidemia. Bisognerà rifletterci meglio, ma forse l'indicatore R_0 (questa *matematica del contagio*, secondo la bella espressione dello scrittore Paolo Giordano: in www.corriere.it, 25 febbraio 2020) potrebbe essere utilizzato per dimostrare la specifica pericolosità in concreto del contagio nel singolo frangente temporale: soltanto con un R_0 elevato – ad esempio: per lo meno pari o superiore a 1 – si potrebbe ravvisare, nel fatto che ha portato ai contagi, un effettivo pericolo di diffusività epidemica. Tale indicatore potrebbe assumere rilevanza anche sul piano dell'elemento soggettivo colposo o doloso, da verificare al momento della condotta di trasmissione del patogeno. Sin dall'inizio dell'epidemia si è invero detto che si tratta di una malattia molto contagiosa e ad elevata trasmissibilità. Nel momento in cui l'indice di trasmissibilità divenisse meno elevato o quasi esiguo, e tale dato fosse conosciuto o facilmente conoscibile, si potrebbe argomentare per un elemento psicologico meno intenso o insussistente in capo all'agente? Ad esempio: soltanto colpa lieve (con rilevanza commisurativa) o nessuna colpa (con conseguente insussistenza del reato) in presenza di un indice di trasmissibilità esiguo al momento della condotta, pur a fronte di un focolaio epidemico poi effettivamente innescato.

Ovvio che anche in relazione al delitto di epidemia resteranno problemi di **accertamento della causalità**, che richiede pur sempre l'esclusione di decorsi etiologici alternativi. Trattandosi però di un evento di pericolo a dimensione collettiva potrebbe aprirsi, sebbene problematicamente, la possibilità di un accertamento della causalità **su base epidemiologica**. Ad esempio: molti operatori e pazienti od ospiti di quella data struttura sanitaria o assistenziale (o di quell'istituto penitenziario) si sono ammalati o sono morti per essersi ammalati di Covid-19; molti dipendenti di quell'impresa hanno subito la stessa sorte; in tutti i casi, le misure di prevenzione o riduzione del rischio non erano state osservate, almeno in una certa fase cronologicamente significativa (e in presenza di un indice di trasmissibilità ancora elevato). Forse, in tali ipotesi di **macro-evento collettivo**, l'accertamento della causalità dell'evento epidemico (rilevante *ex* art. 452 C.p.) potrebbe svolgersi mediante l'*accertamento c.d. alternativo* ottenuto sulla

base del notevole incremento dei casi di mortalità/morbilità da Covid-19 nel contesto considerato.

Il riferimento va allo schema di accertamento proposto, ma per la causalità nei delitti di evento dannoso (omicidio/lesioni), da L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano 2017; e, in senso solo parzialmente analogo, sempre per le ipotesi di evento dannoso, da S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018.

Causalità a parte, che resta il problema fondamentale per la configurabilità di un'epidemia colposa, residuano dubbi ulteriori e, credo, meno rilevanti. Incerta è, per esempio, la **"convertibilità" in ipotesi omissiva impropria** di questo reato che prevede una *modalità di lesione* (mediante la diffusione di germi patogeni). Anche se, in effetti, la caratterizzazione di questa modalità mi ha sempre lasciato perplesso: l'epidemia è davvero un illecito di modalità di lesione? Ma allora, con quali altre e diverse modalità si potrebbe cagionare l'evento epidemico?

Ancor meno convincenti mi paiono poi i dubbi – pure riproposti nei vari, tanti, forse troppi interventi pubblicati in queste ultime settimane – su cosa debba intendersi per *diffusione di germi patogeni*. Un tempo si riteneva che i germi dovessero essere "separati" dall'agente, oggi questo orientamento pare essere superato e si ammette la sussistenza della fattispecie di epidemia anche nel caso in cui i germi si trovino all'interno del corpo dell'agente-portatore, come accade per i soggetti positivi al coronavirus. Breve: in generale, non ravviso differenze significative tra chi veicola il patogeno in un'ampolla – es. bacillo della peste o dell'antrace – e chi lo veicola nel proprio corpo – es. Sars-Cov-2 – spargendo *l'unzione* con colpi di tosse, starnuti o toccando maniglie, corrimano, pulsanti, tastiere od oggetti vari.

Benché, forse, non si tratti sempre di ostacoli insuperabili, nondimeno l'applicazione del delitto di epidemia colposa dipenderà dalla risoluzione scrupolosa di tutte queste difficoltà e di altre ancora.

Per tutte queste ragioni si comprende come, almeno per i casi di violazione della quarantena, sia decisamente più agevole applicare la (vetusta) fattispecie contravvenzionale del regio decreto del 1934, piuttosto che utilizzare il (vecchio) delitto di cui all'art. 452 C.p., nonostante tale possibilità sia espressamente prevista dal d.l. 19/2020. In definitiva: la fattispecie delittuosa di epidemia colposa potrebbe principalmente prestarsi a coprire – ma solo se si supereranno le non marginali difficoltà sopra evocate – casi di "contagio epidemico" in contesti ove sia possibile isolare la responsabilità di soggetti quali datori di lavoro o dirigenti sanitari etc. che hanno violato regole o protocolli di sicurezza specifici, prendendo in debita considerazione anche la speciale difficoltà – tecnica e non solo – di decisioni assunte in un contesto di oggettiva e parziale incertezza e, talora, anche di straordinaria impellenza (il che richiama la questione, che qui non può essere che evocata, della colpa grave).

III.

Una **conclusione**, emergenziale e provvisoria, mi sembra così formulabile.

Sebbene le misure imposte o raccomandate ai vari livelli abbiano una base epistemologica non concludente; sebbene ci si muova dunque in un ambito fortemente immerso in una

(inevitabile) logica precauzionale, le difficili scelte sanzionatorie prese – se sembrano discutibili sul piano dei contenuti, poiché davvero invasive – lo sono, a mio avviso, molto meno sul piano del diritto penale in senso stretto: la scelta di configurare una progressione offensiva e sanzionatoria secondo uno schema attento alla *extrema ratio*, assieme a quella di sottoporre (in maniera espressa e diretta) a sanzione criminale soltanto la violazione della quarantena da parte del soggetto positivo, mantiene, seppure problematicamente, l'opzione penalistica all'interno della logica della prevenzione, vista la peculiare diffusività della malattia o comunque del patogeno (benché, come visto, si tratti di diffusività variabile nel tempo e nello spazio).

L'irruzione della precauzione, in senso anche deteriore, potrebbe avvenire più tardi, al momento della gestione giudiziaria della crisi pandemica in corso, specialmente se non esclusivamente in relazione ai casi non espressamente previsti (quindi estranei all'unica fattispecie incriminatrice introdotta *ad hoc*: la violazione della quarantena da parte di un "appestato"), in quanto demandati alle comuni fattispecie poste a tutela della vita e della salute individuale o collettiva (su un possibile e futuro approccio panpenalistico ai postumi della crisi, cfr. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *SP*, 28 aprile 2020; cfr., inoltre, Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *SP*, 26 aprile 2020, a proposito dell'esercizio di *prudentia* al quale sarà chiamata la magistratura per mantenere la colpa «nel solco della responsabilità senza farla tracimare nello schema del capro espiatorio»).

È specialmente su questa seconda fase del diritto penale al tempo del coronavirus – per ora, ahinoi!, ancora remota, in quanto la crisi sanitaria è ancora drammaticamente in corso – che dovrà esercitarsi l'acume del penalista. Il quale, per il momento, potrebbe limitarsi alla riflessione.

E, magari, a qualche lettura. Preferibilmente, non di testi di diritto.

La quarantena come occasione per raccontare (o per leggere) novelle è, del resto, un "classico" sedimentato nella nostra cultura: basti pensare ai dieci giovani protagonisti del *Decamerone* che, rifugiatisi in campagna per sfuggire alla peste fiorentina del 1348, passano le giornate a novellare.