



# **LUISS Law Review**

N. 2/2020

# INDICE

## PARTE PRIMA

### CONTRIBUTI

*Diritto d'impresa e ambiente: considerazioni e problematiche di una disciplina in costante evoluzione tra responsabilità e strategie di mercato*, di Francesco Alaimo ..... 6

*L'intelligenza artificiale irrompe nel mondo dell'arte: l'apertura di nuove frontiere giuridiche*, di Camilla Raco ..... 46

## PARTE SECONDA

### DOSSIER Covid-19

*La sopravvenienza pandemica nei rapporti contrattuali tra privati: quali rimedi?*, di Claudia Masciopinto ..... 78

*Il lavoro agile dell'emergenza: analisi e prospettive*, di Paolo Bernardo ..... 127

*La tutela penale della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro in tempi di pandemia da Coronavirus: profili critici ed incertezze in tema di responsabilità dell'individuo e dell'ente*, di Pietro Maria Sabella ..... 150

*I diritti presi sul serio al tempo del Covid-19*, di Salvatore Maria Pisacane ..... 176

AUTORI ..... 192

## **LUISS Law Review**

LLR - LUISS Law Review

Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli

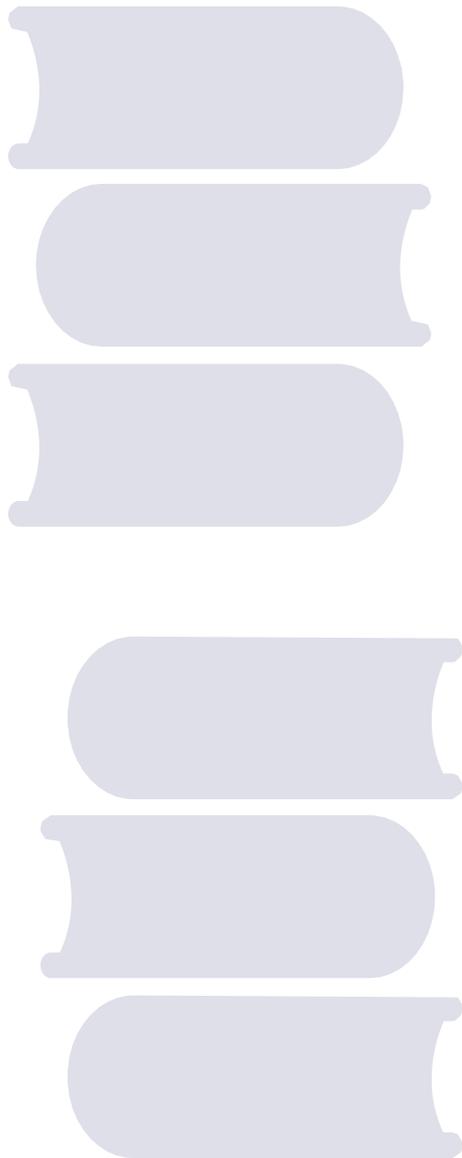
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009



# Parte prima

# Contributi



*Diritto d'impresa ed ambiente: considerazioni e problematiche di una disciplina in costante evoluzione tra responsabilità e strategie di mercato* di **FRANCESCO ALAIMO**

SOMMARIO: **1.**IL CONCETTO DI DANNO AMBIENTALE **2.** LE POLITICHE AMBIENTALI DELL'UNIONE EUROPEA TRA PRECAUZIONE E CORREZIONE **3.** CRITERI DI IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ ED IL PRINCIPIO "CHI INQUINA PAGA" **4.** RESPONSABILITÀ PENALE ED ECOREATI **5.** OBBLIGHI DELLE IMPRESE TRA PREVENZIONE E NORMATIVE TECNICHE **6.** IMPRESA E SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE TRA ECONOMIA CIRCOLARE E NUOVE RIFORME **7.** VERSO IL FUTURO DELL'ECONOMIA CIRCOLARE **7.1** BIOECONOMIA **8.** CONCLUSIONI

**1. Il concetto di danno ambientale.** Uno dei temi più discussi dell'ultimo decennio è sicuramente quello relativo alla salvaguarda dell'ambiente. Sempre più, nel corso degli anni, le nuove forme di comunicazione globale sono riuscite a smuovere le coscienze, soprattutto tra i più giovani, al punto di poter parlare di *Green Generation*.

Tale evoluzione non poteva non avere anche un impatto economico proiettando le imprese verso un futuro sostenibile, incentrato sulla green economy ed ispirato a tematiche ambientali.

Prima di analizzare l'influenza che tale evoluzione sociale, culturale ed economica ha avuto nell'economia e nell'impresa, è bene delineare cosa si intenda per ambiente.

La concezione di ambiente e, di conseguenza, di quale sia il diritto leso quando si parla di danno all'ambiente, è particolarmente discussa in dottrina stante la dinamicità che assume di volta in volta a seconda delle interazioni che si creano con l'uomo.

In questo senso non aiuta la nostra Costituzione che, al pari delle altre nate nell'immediato dopoguerra, omette ogni riferimento esplicito all'ambiente<sup>1</sup> ed anzi, quegli articoli oggi riconosciuti pacificamente come di rilevanza fondamentale nello sviluppo normativo della tutela ambientale, trattavano di

---

<sup>1</sup> La ragione può essere invenuta semplicemente in una inferiore sensibilità verso le tematiche ambientali che, all'epoca, non erano particolarmente sentite dalla collettività

ambiente senza la consapevolezza avvertita oggi circa le tematiche dominanti e la necessità di tutela del territorio<sup>2</sup>.

Per questo va evidenziato il ruolo della giurisprudenza e della dottrina, che hanno reso possibile operare un inquadramento nel nostro ordinamento della tutela ambientale.

Storicamente sono stati mossi i primi passi con l'art. 9 Cost., il cui secondo comma sancisce il compito della Repubblica di «*tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione*»; mediante una interpretazione estensiva del concetto di paesaggio si è cercato di ricomprenderne al proprio interno, da un lato «*ogni preesistenza naturale, l'intero territorio, la flora e la fauna*»; dall'altro «*ogni intervento umano che operi nel divenire del paesaggio qualunque possa essere l'area in cui viene svolto*»<sup>3</sup> di guisa che la tutela del paesaggio così inteso finisce inevitabilmente nel confondersi con la tutela all'ambiente e per tutelarla in maniera abbastanza efficace. Sebbene tale interpretazione dell'art., 9 Cost. sia stata uno strumento fondamentale, non può da sola esaurire la salvaguardia dell'ambiente.

L'art. 32 della Costituzione<sup>4</sup> affida alla Repubblica la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e costituisce un altro degli articoli cardine per la tutela ambientale.

A partire dagli anni '60 si è sviluppato insistentemente un rapporto sinallagmatico tra salute ed ambiente tale per cui la tutela della salute non può che passare per una salubrità degli ambienti, andando a creare una concezione

---

<sup>2</sup> Si pensi all'art. 44 Cost. il quale recita: «*Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà*»

<sup>3</sup> A. Predieri, Paesaggio, in Enc. Giur., cit. p. 152.

<sup>4</sup> Secondo il quale «*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*».

del diritto soggettivo dell'ambiente compatibile con una concezione oggettiva del bene ambiente a disposizione degli interessi della collettività<sup>5</sup>.

Sebbene questa sia stata l'interpretazione che più di altre ha avuto il pregio di porre l'ambiente al centro di una tutela normativa effettiva, la stessa non è mai riuscita a far evolvere l'ambiente al rango di bene tutelabile *ex se*, lasciandolo quale situazione giuridica soggettiva accessoria al bene primario della salute.

Un passo in avanti è stato fatto con la riforma del Titolo V, avvenuta con l'adozione della Legge Costituzionale n. 3 del 2001, che ha avuto il merito di aver inserito nel nuovo art. 117 Cost. la parola "ambiente" andando ufficialmente a riconoscerne il rango costituzionale.

Infatti, tra le materie assegnate a titolo esclusivo dal legislatore alla competenza dello Stato, nell'elenco di cui al comma 2 del citato articolo, vengono specificate: «*la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*»; mentre a titolo concorrente alle Regioni vengono assegnate: «*valorizzazione dei beni ambientali e culturali*».

Andando ad individuare la tutela dell'ambiente come un compito esclusivo dello Stato si è andati indirettamente ad affermare una rilevanza nazionale del bene ambiente e del relativo obbligo di salvaguardia in capo agli organi centrali; se si considera anche il contesto storico in cui si inserisce, fortemente regionalistico, la ripartizione delle competenze a favore dello Stato evidenzia marcatamente l'attenzione alla tematica ambientale che il legislatore voleva inserire nella riforma.

Tuttavia rimane poco chiaro, se non addirittura ignoto, cosa intendesse il legislatore per ambiente e cosa ne fosse ricompreso al suo interno<sup>6</sup>. A colmare tale lacuna sono intervenute la dottrina e la giurisprudenza, anche costituzionale, che hanno consentito di individuare l'ambiente come quel bene della vita,

---

<sup>5</sup> M. Comporti, Tutela dell'ambiente e tutela della salute, in Riv. Giur. Amb., 1, 1990, p. 196.

<sup>6</sup> D. Amirante, Profili di costituzionale dell'ambiente, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente. Vol. I, Padova, 2013.

materiale e complesso, la cui disciplina comprende la tutela e la salvaguardia della qualità e degli equilibri delle sue singole componenti.

Secondo la più autorevole dottrina<sup>7</sup>, la tutela dell'ambiente ha un contenuto «oggettivo», in quanto riferito ad un bene della vita, e «finalistico», perché diretto alla sua migliore conservazione.

Come è evidente dalla breve analisi sull'evoluzione della disciplina ambientale all'interno della Costituzione, negli anni ha prevalso una visione principalmente antropocentrica laddove, nella scala dei beni tutelati, la persona<sup>8</sup> assume un ruolo centrale rispetto al ruolo svolto dall'ambiente.<sup>9</sup>

In tale visione, la preservazione dell'ambiente è obiettivo fondamentale e necessario per garantire un alto livello qualitativo della vita umana e dei numerosi diritti ad essa correlati. Nel corso degli anni, l'aumento di sensibilità verso tale tematica ha condizionato la concezione antropocentrica dell'ambiente, che ha assorbito in sé il concetto di sviluppo sostenibile inteso come gestione efficiente e responsabile delle risorse ambientali, comportando una proliferazione di strumenti a tutela dell'ambiente che consentono una costante interazione con le attività umane mantenendo, al contempo, un approccio conservativo e di valorizzazione delle risorse.

In sintesi, l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita, necessario alla vita dell'uomo.<sup>10</sup>

Differentemente, nel corso dei decenni, non ha avuto diffusione la visione eco-centrica dell'ambiente, la quale vede l'ambiente come un bene separato, che assume valore a prescindere dall'uomo, che si colloca semplicemente all'interno dello stesso.

L'idea, sebbene piena di significato e di principi dall'alto valore morale, non ha avuto la stessa incidenza della visione antropocentrica che, in ragione del

---

<sup>7</sup> P. Maddalena, La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale, cit. p. 314 ss

<sup>8</sup> Persona intesa non come individuo titolare di situazioni giuridiche soggettive ma come essere umano collocato all'interno di un sistema complesso.

<sup>9</sup> B. CARAVITA, Diritto dell'ambiente, Bologna, 2016

<sup>10</sup> Si v. Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in giurcost.org

rapporto di reciprocità con l'uomo, ha consentito una proliferazione più rapida e capillare degli strumenti di tutela dell'ambiente.

Da tale concezione, mantenendo una visione antropocentrica, si può arrivare alla conclusione che per danno all'ambiente debba intendersi un qualsiasi comportamento che apporti un significativo e misurabile deterioramento, diretto o indiretto, ad una risorsa naturale condizionandone il rapporto con l'uomo.

Il nostro Legislatore, con l'art.18 della legge n. 349 dell'8 luglio 1986 e s.m.i., nel tentativo di dare una definizione completa sancisce che *«qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato»*.

La generalità e l'astrattezza della summenzionata norma ha l'obiettivo di tutelare l'ambiente prescindendo dall'intensità, profondità od estensione dell'aggressione al bene tutelato.

Se si esclude in astratto ogni comportamento doloso, pochi problemi interpretativi si pongono nei confronti delle persone fisiche che, nell'esercizio dei propri diritti e durante le attività quotidiane, difficilmente si trovano a fare i conti con il rischio di deteriorare l'ambiente.

Il discorso si stratifica ed arricchisce quando si parla invece di soggetti complessi come le imprese. Lo sviluppo scientifico-tecnologico, incrementando la capacità umana di controllo della realtà, aumenta notevolmente il rischio che le attività imprenditoriali – in un'ottica di efficienza, efficacia ed economicità - possano comportare effetti che sono ancora sconosciuti alla scienza o addirittura dannosi<sup>11</sup>, in maniera più o meno consapevole.

L'imprenditore è chiamato quindi a misurarsi con l'arduo compito, che si accompagna più in generale ad ogni attività di gestione del rischio di prevedere

---

<sup>11</sup> Così, M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di coproduzione*, in *Riv. fil. dir.*, 2012,

il futuro, agendo in via precauzionale per arginare ogni tipo di condotta che potrebbe causare un danno.

Il danno ambientale può quindi essere considerato come una esternalità negativa, ovvero come un comportamento che viene posto in essere da un soggetto di diritto – che ne trae beneficio – e che si riverbera negativamente nell'economia, danneggiando, più o meno indirettamente, soggetti terzi estranei all'attività d'impresa.

La portata, però, che tali comportamenti hanno sull'ambiente (e, a cascata, sulla qualità delle vite umane) rende la tutela della collettività ispirata solamente al risarcimento aquiliano, poco sostenibile per l'impresa.

Infatti, l'impossibilità per l'impresa di poter determinare anticipatamente – in termini economici - l'impatto che il danno ambientale può avere sulla collettività, rende indispensabile predisporre una forma di tutela che non sia solamente *ex post*, ma che agisca al fine di prevenire e contrastare eventuali effetti negativi e, operando in termini di precauzione e prevenzione, andando a valorizzare il processo decisionale che porta ad un determinato intervento<sup>12</sup>, con l'obiettivo di ridurre la probabilità del verificarsi di un evento avverso, ovvero a porre in essere delle condotte cautelative.

**2. Le politiche ambientali dell'Unione Europea tra precauzione e correzione.** Le politiche dell'Unione europea in tema ambientale sono state, storicamente, improntate ad una tutela piena dell'ambiente ponendo un fondamentale accento sulla prevenzione.

Nello specifico, il secondo comma dell'art. 191 del TFUE enuncia i principi ispiratori di questa forma di tutela secondo cui: *“La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della*

---

<sup>12</sup> Così G. MAJONE (a cura di), *Risk Regulation in the European Union: Between Enlargement and internationalization*, Firenze, 2003

***precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga".***

Se si escludono il principio della "correzione" ed il principio "chi inquina paga" che saranno meglio approfonditi in seguito, i restanti principi enunciati dall'art. 191 del TFUE rispondono tutti ad una logica di anticipazione della soglia di intervento ad un momento antecedente rispetto alla concretizzazione dell'evento dannoso: emerge chiaramente l'intenzione di incentrare le politiche ambientali all'individuazione *ex ante* dei pericoli che minacciano il bene ambiente.

Il legislatore comunitario, atteso l'elevato rilievo sociale del bene giuridico da presidiare, tende a favorire una politica che non si limiti alla riparazione del danno, ma che sia finalizzata, altresì, alla individuazione della mera esposizione al pericolo di tale bene.

Rilevanza primaria assume il **principio di precauzione** teso a limitare preventivamente il rischio per tutte quelle attività che comportano effetti nocivi siano essi conosciuti o meno.

Tale concezione rinvie le proprie radici da una intensa attività sovranazionale sin dal 1982 con la Carta della Natura, cristallizzandosi in una serie di convenzioni internazionali (Convenzione di Vienna del 1985, Dichiarazione interministeriale sulla protezione del Mare del Nord del 1987 e Convenzione di Bamako del 1991) e passando per il Trattato di Maastricht<sup>13</sup> il principio in esame trova da ultimo consacrazione nel summenzionato art. 191 TFUE. Secondo la Commissione europea, il principio di precauzione può essere invocato quando un fenomeno, un prodotto o un processo può avere effetti potenzialmente pericolosi, individuati tramite una valutazione scientifica e

---

<sup>13</sup> L'art. 130 R (2) stabilisce che la politica della Comunità in materia ambientale è fondata, fra l'altro, sui "principi di precauzione e dell'azione preventiva" e richiede che le politiche comunitarie siano integrate con le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente. Tale articolo è stato anche ripreso dall'art. 174 del Trattato di Amsterdam

obiettiva, se questa valutazione non consente di determinare il rischio con sufficiente certezza.

Il ricorso al principio si iscrive pertanto nel quadro generale dell'analisi del rischio (che comprende, oltre la valutazione del rischio, la gestione e la comunicazione del rischio) e più particolarmente nel quadro della gestione del rischio che corrisponde alla fase di presa di decisione <sup>14</sup>.

Il principio di precauzione si concretizza, quindi, in una valutazione scientifica il più completa possibile delle attività di impresa ed industriali con una determinazione del grado d'incertezza scientifica al quale si va incontro ed in una valutazione dei rischi e delle conseguenze potenziali in caso di assenza di intervento.

Strettamente connesso è il principio di prevenzione o di **azione preventiva**, anch'esso elemento cardine del diritto dell'ambiente, che si può sintetizzare nell'attività di eliminazione e/o riduzione dei rischi ambientali; questo non solo perché i danni, una volta che si siano verificati non sempre sono riparabili, ma anche perché, pur laddove lo siano, i ripristini generalmente costano molto di più delle attività di prevenzione.

Dei chiari esempi sono gli obblighi di pianificazione delle attività considerate potenzialmente pericolose (sull'assunto che una corretta pianificazione espone a molti meno rischi) e l'obbligo di ottenere una autorizzazione preventiva per determinati tipi di attività, sottoponendo così la valutazione sui rischi anche agli organi statali.

L'altro principio enunciato dal secondo comma dell'art. 191 del TFUE è il principio della **correzione, in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente** il quale, insieme al principio "chi inquina paga" mira al ripristino, per quanto possibile, dello *status quo ante*, intervenendo in primo luogo sulla fonte dei danni riscontrati.

---

<sup>14</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3AI32042>, sito istituzionale dell'Unione Europea

È evidente che questo tipo di intervento mira a correggere i danni già verificatesi facendo esplicito riferimento alle fonti produttive dell'inquinamento.

Ma bisogna notare che, sebbene non vi siano dubbi per cosa si intenda per correzione alla fonte, questa non necessariamente ha carattere successivo all'evento dannoso ben potendo operare anche prima: basti pensare alle imposizioni circa gli standard per la fabbricazione di determinati prodotti o alla possibilità di interrompere in qualsiasi momento l'attività dannosa anche senza che si sia verificato effettivamente un danno o senza che si sia verificato del tutto.

Tali principi ispiratori dell'Unione Europea avevano - ed hanno - una portata innovativa non indifferente che si estrinseca soprattutto nella differenziazione delle forme di tutela dell'ambiente a carattere preventivo le quali si mostrano come le forme più idonee a garantire un effettivo controllo.

Storicamente, però, anche in ragione delle tradizioni giuridiche dei paesi più industrializzati, si è sviluppata anche una forma di tutela *ex post* incentrata sulla responsabilità soggettiva degli operatori economici sintetizzata nell'ultimo principio enunciato dall'art. 191 del TFUE ovvero il principio "chi inquina paga".

**3. Criteri di imputazione della responsabilità ed il principio "chi inquina paga".** La frequenza con il quale si verificano i danni all'ambiente e la portata lesiva che questi ricoprono, rendono necessario predisporre strumenti di tutela che intervengano indipendentemente dalle accortezze cautelativamente predisposte.

Storicamente, infatti, il contesto in cui si è iniziato ad intervenire a tutela dell'ambiente era teso a sottovalutare l'impatto dei danni ambientali e volto soprattutto a punire i trasgressori che con i loro comportamenti.

Il punto di partenza è stato, ed è, ovviamente, la responsabilità civile comunemente intesa, la quale però deve necessariamente fare i conti con due fattori costanti: *i)* la mutevolezza delle conoscenze tecnico-scientifiche, che rende

a sua volta mutevole il comportamento giuridicamente sanzionato<sup>15</sup>, ii) la necessità di costruire una responsabilità fondata su comportamenti che spesso non possono classificarsi come volontari<sup>16</sup>. Tali questioni hanno portato il legislatore ad elaborare una particolare categoria di responsabilità oggettiva o semi-oggettiva accompagnata da orientamenti volti ad agevolare la dimostrazione del nesso causale (su di un piano meramente probatorio) o prevedendo responsabilità solidali nei confronti di tutti i soggetti che hanno posto in essere condotte potenzialmente idonee a ledere il bene tutelato, secondo una analisi che si presenta probabilistica (fatta salva la possibilità in ogni momento di dimostrare l'estraneità al fatto dannoso).

Considerando l'attenzione della tematica, nel tentativo di armonizzare la disciplina dei vari paesi europei, sulla responsabilità ambientale è intervenuta l'Unione Europea con la direttiva 2004/35/CE, predisponendo come obiettivi dell'azione comunitaria la "riparazione" e la "prevenzione" del danno ambientale, seguendo il principio "chi inquina paga", così che *«l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile»* e *«in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale»*<sup>17</sup>.

La direttiva ha il pregio di porre l'attenzione in maniera decisa sulle tutele anticipatorie mediante meccanismi preventivi di carattere inibitorio o conformativo. Il significato facilmente intuibile dell'espressione "chi inquina paga" è che gli effetti negativi dell'inquinamento (e quindi i costi che ne derivano)

---

<sup>15</sup> Spesso è necessaria l'acquisizione di competenze scientifiche specifiche per avere la certezza, o anche solo la mera probabilità, che un determinato comportamento sia lesivo per l'ambiente e/o per l'uomo, rendendo necessario un adattamento delle prescrizioni normative che accolgono le tecniche apprese.

<sup>16</sup> Josserand, *De la responsabilité d'fait des choses inanimées*, Paris, A. Rousseau, faceva riferimento al concetto di "danno anonimo"

<sup>17</sup> Pozzo (a cura di), *La responsabilità ambientale. La nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e di riparazione del danno ambientale*, Milano, Giuffrè, 2005;

devono gravare sugli inquinatori, non quindi sui soggetti incolpevoli, né sulla collettività<sup>18</sup>.

Il principio assume particolare rilievo per le politiche imprenditoriali, poiché imporrebbe la traslazione di un costo da chi lo subisce a chi lo genera, principalmente, appunto, l'impresa andando ad internalizzare il rischio<sup>19</sup>.

La distinzione tra la responsabilità per danno all'ambiente e la responsabilità aquiliana emerge quindi più marcata: la prima combina i principi di precauzione e prevenzione con il concetto di ripristino del danno, la seconda è incentrata su una tutela *ex post*.

La direttiva 2004/35/CE, nel tentativo di regolamentare un settore normativo non particolarmente proliferato, pur mantenendo l'obiettivo di armonizzare una materia così complessa, distingue infatti, il regime di responsabilità per danni all'ambiente a seconda del tipo di attività professionali svolte, prevedendo, da un lato, un regime di responsabilità oggettiva per quel tipo di attività che si presentano, di per sé, come pericolose per l'ambiente e, dall'altro, un regime di responsabilità per colpa ogni qual volta si arrechi un danno all'ambiente nell'esercizio di attività che, secondo una valutazione preventiva, non presentavano il carattere della pericolosità<sup>20</sup>.

I vari ordinamenti europei, nel recepire la direttiva 2004/36/CE, hanno evidenziato una tendenza a prediligere un modello di responsabilità oggettiva, complice, un *background* della materia particolarmente frammentario o addirittura inesistente<sup>21</sup>, e la maggiore tendenza di questo regime di responsabilità a realizzare l'obiettivo della internalizzazione del danno<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> La stessa direttiva 2004/35/CE riporta testualmente: "*l'operatore che provoca un danno ambientale o è all'origine di una minaccia imminente di tale danno dovrebbe di massima sostenere il costo delle necessarie misure di prevenzione o di riparazione*".

<sup>19</sup> Concetto che combacia perfettamente con la visione di danno d'ambiente come esternalità negativa.

<sup>20</sup> Soluzione ripresa dal Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente del 2000.

<sup>21</sup> Pozzo, *Il recepimento della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in Germania, Spagna, Francia e Regno Unito*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 2,

<sup>22</sup> La responsabilità per colpa si concentra sul grado di diligenza posto in essere dal danneggiante, spostando l'attenzione, appunto, all'interno dell'impresa.

L'esperienza italiana si è discostata parzialmente da quella degli altri paesi.

La ragione principale deve rinvenirsi nell'arduo compito spettante al legislatore nazionale di recepire la direttiva 2004/36/CE armonizzandone il contenuto con la disciplina vigente sul territorio italiano. Infatti, sin dalla fine degli anni '80 l'ordinamento italiano ha cominciato ad introdurre una serie di disposizioni a carattere normativo volte a sanzionare condotte lesive dell'ambiente e incentrate, principalmente, su di un regime di responsabilità per colpa grave<sup>23</sup>.

Il risultato dell'armonizzazione è il Testo Unico Ambientale (D.Lgs 3 aprile 2006, n.152) il quale, seppur con il lodevole intento di tutelare il maggior numero di fattispecie possibili, ha posto notevoli problemi interpretativi poiché presenta al proprio interno una disciplina particolarmente eterogenea che varia la tipologia di tutela a seconda delle fattispecie passando da una responsabilità civile ad una tutela ripristinatoria e per misure a carattere preventivo<sup>24</sup>.

Tale difformità ha portato come conseguenza l'avvio di ben due procedure di infrazione da parte dell'Unione Europea che ha ritenuto il lavoro del legislatore italiano non sufficiente ai fini del completo recepimento del contenuto della direttiva 2004/36/CE<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> La legge 8 luglio 1986, n. 349 – Istituzione del ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale – segna un passo in avanti per la disciplina ambientale, soprattutto per le disposizioni riguardanti il regime di responsabilità.

<sup>24</sup> Prevedendo, nel caso in cui il responsabile non venga individuato ovvero risulti impossibile esercitare azioni di rivalsa nei suoi confronti ovvero queste siano infruttuose, e sempre che manchino interventi volontari per il ripristino ambientale, l'intervento dell'autorità amministrativa competente a realizzare le opere di bonifica (art. 250 cod. amb.)

<sup>25</sup> Commissione UE, ai sensi dell'art 258 TFUE, ha contestato la non conformità del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 con la direttiva 2004/35/CE, per la non corretta trasposizione nell'ordinamento italiano degli articoli 1,3,4,6 e 7 e dell'Allegato II della direttiva 2004/35/CE e, nel 2012, ha avviato una seconda procedura di infrazione per "adottato e mantenuto in vigore"234 norme che violano gli articoli 1, 3, 4, 6 e 7 e l'Allegato II della direttiva 2004/35/CE

Nel 2010, a seguito di un rinvio pregiudiziale, è intervenuta anche la Corte di Giustizia<sup>26</sup> che, seppur il problema interpretativo relativo al recepimento della direttiva 2004/36/CE fosse particolarmente attuale, non commenta la scelta italiana di discostarsi dal modello a duplice binario della summenzionata direttiva adottando, seppur con quale accorgimento, un differente modello di responsabilità per colpa.

La ragione è principalmente da rinvenire nel fatto che, se consideriamo a sé stante il problema del mancato recepimento della nota direttiva, la disciplina italiana, nel contenuto, non si è discostata da quella comunitaria poiché, in entrambe, gli oneri di riparazione del danno gravano sugli operatori in base all'effettivo contributo nella causazione dell'evento dannoso.

La colpa che l'art. 311 del D.Lgs 152/2006, come detto, introduce nell'ordinamento, si configura come generica poiché indirizzata a "chiunque" commetta un illecito ambientale.

La caratteristica fondamentale del modello di responsabilità per danno ambientale è che l'obbligo risarcitorio in capo all'agente sorge non soltanto quando la condotta lesiva presenta l'elemento soggettivo della colpa o del dolo, ma anche quando vi è una violazione di legge, di regolamento o di provvedimento amministrativo.

Questo sistema comporta notevoli benefici; ad esempio, rende più agevole individuare un responsabile, incide sull'intensità dell'attività potenzialmente dannosa<sup>27</sup> e facilita le tutele risarcitorie *ex post*. Tuttavia, non è esente da difetti: primo tra tutti non incentiva un'azione preventiva (l'attenzione degli operatori

---

<sup>26</sup> Si fa riferimento a: Corte di Giustizia UE, sez. VIII, ord. 9 marzo 2010 (cause riunite C-478/08 e C-479/08), Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 9 marzo 2010, (causa C-378/08), Corte di Giustizia UE, Grande Sezione – 9 marzo 2010 (cause riunite C-379/08 e C-380/08).

Il fatto dal quale scaturisce il rinvio pregiudiziale, ex art. 267 TFUE, alla Corte di Giustizia riguardava interventi di risanamento del sito di interesse nazionale Priolo-Augusta in Sicilia, interessato da fenomeni di inquinamento da idrocarburi e da sostanze derivanti da processi petrolchimici. Nel sito si erano succedute nel corso del tempo una pluralità di imprese, con la conseguenza di rendere particolarmente complessa per l'autorità pubblica l'individuazione degli autori dell'inquinamento e, quindi, dei soggetti ai quali imputare i costi del ripristino.

<sup>27</sup> Inducendo gli operatori a ridurre la frequenza o l'intensità dell'attività poiché, in caso contrario, potrebbero con i loro comportamenti integrare negligenza, imprudenza o imperizia

potrebbe essere concentrata più su una condotta che consenta loro di liberarsi dalla responsabilità che sull'effettiva tutela dell'ambiente) e potrebbe diventare presto poco deterrente stante la massiccia diffusione di sistemi assicurativi che coprono i danni delle imprese.

Va però detto che tali problemi non hanno avuto – e non hanno tutt'oggi – un risvolto pratico particolarmente incisivo vista la diffusione di strumenti privatistici come, ad esempio, le *transazioni globali*<sup>28</sup>.

La transazione globale è un istituto, introdotto con la legge 22 febbraio 2009, n.13<sup>29</sup>, che disciplina la conclusione di accordi transattivi tra una o più imprese e il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, al fine di determinare gli oneri di bonifica e di ripristino, nonché la quantificazione del danno ambientale, per le procedure di bonifica che coinvolgono siti di interesse nazionale.

Ci si è ben presto resi conto che un uso distorto di tale strumento lo avrebbe reso incompatibile con i principi contenuti nella direttiva 2004/35/CE poiché in contrasto con il principio di precauzione. Infatti, la disciplina comunitaria prevede il necessario ripristino dei luoghi ad una situazione precedente al sinistro, ovvero, in caso di impossibilità, l'adozione di misure sostitutive e complementari di ripristino ambientale e, soltanto in estremo subordine, il risarcimento per equivalente.

Nelle contrattazioni con il Ministero, l'impegno al ripristino è stato solitamente limitato e le trattative sono state incentrate più sull'aspetto economico-risarcitorio.

---

<sup>28</sup> Per un'analisi delle transazioni globali si legga: V. CINGANO, *Bonifica e responsabilità per danno all'ambiente nel diritto amministrativo*, Padova, 2013, p. 179 ss.; G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2010, 5, p. 707; F. FONDERICO, *Alla ricerca della pietra filosofale: bonifica, danno ambientale e transazioni globali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 9, p. 917 ss

<sup>29</sup> In particolare Art. 2 della Legge 27 febbraio 2009, n. 13: "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 208, recante misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 49 del 28 febbraio 2009

Per queste ragioni è nuovamente intervenuto il legislatore, che ha modificato l'istituto di ripristino ambientale per i siti di interesse nazionale con la Legge di Stabilità 2016<sup>30</sup>, obbligando i soggetti a includere nella proposta transattiva “*gli interventi di riparazione primaria, complementare e compensativa*”, tenendo conto dei metodi di equivalenza per le misure alternative a quella primaria e della liquidazione monetaria solo nei casi residuali<sup>31</sup>, dimostrando ancora una volta la preferenza per la riparazione del danno in forma specifica.

Eliminando così ogni tipo di scorciatoia, per contrastare efficacemente i costi di un eventuale sinistro, non resta che la predisposizione di regole di diritto privato di natura “organizzativa”, andando ad esaltare lo strumento precauzionale tanto caro all'Unione Europea.

Se non si può realisticamente auspicare che i sinistri non si verifichino del tutto, l'obiettivo da realizzare è, quanto meno, la riduzione del costo degli incidenti, «*nel senso che si dovrebbe tendere alla massima riduzione del numero e della gravità dei sinistri da un lato, e del costo per evitare i sinistri dall'altro*»<sup>32</sup>.

**4. Responsabilità penale ed Ecoreati.** È evidente, a questo punto, che le regole organizzative delle imprese rimangono la chiave, non soltanto per prevenire i danni e riparare agli illeciti che posti in essere, ma anche per non incorrere nella commissione di reati.

Il modello di organizzazione e gestione ai sensi dell'art. 6, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001 descrive gli strumenti organizzativi attuati dalla società per lo svolgimento dei processi aziendali in modo coordinato e controllato.

---

<sup>30</sup> Art. 31, l. 28.12.2015, n. 221, rubricato «Determinazione delle misure per il risarcimento del danno ambientale e il ripristino ambientale dei siti di interesse nazionale», in G.U. n. 13 del 18.1.2016, entrato in vigore il 2.2.2016

<sup>31</sup> 282 Cfr. Art. 306bis, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152

<sup>32</sup> Pozzo, Il criterio di imputazione della responsabilità per danno all'ambiente nelle recenti leggi ecologiche, cit., p. 3.

Questo modello si occupa non soltanto di aspetti meramente riconducibili al *business* aziendale ma anche quelli di misurazione, gestione e controllo, nelle aree aziendali cosiddette “a rischio”, ove cioè potrebbero essere commesse determinate tipologie di reato.

Ovviamente tra questi reati ci sono anche quelli ambientali.

La responsabilità degli enti per gli illeciti ambientali è stata introdotta nel nostro ordinamento attraverso il d.lgs. n. 121/2011 di recepimento della direttiva n. 2008/99/CE sulla tutela penale dell’ambiente.

L’Unione Europea ha chiesto agli stati membri di introdurre degli strumenti normativi che consentissero di chiamare a rispondere le persone giuridiche per i reati di cui all’art. 3 e 4 della summenzionata direttiva.

Parimenti rilevante, ed in linea con l’azione a carattere preventivo che l’Unione era intenta a perseguire, è stata la richiesta fatta agli stati membri di introdurre un sistema che riconoscesse una responsabilità delle persone giuridiche per *culpa in vigilando* dei soggetti ai quali erano stati conferiti poteri di controllo sull’attività dell’impresa e che non erano riusciti ad impedire il verificarsi di uno degli eventi delittuosi previsti negli artt. 3 e 4 della direttiva 2008/99/CE.

Quest’ultimo compito, assolto con l’introduzione nel decalogo del d.lgs. n. 231/01 dell’art.25 *undecies* degli illeciti ambientali, è da considerare come il pregio maggiore del d.lgs. n. 121/2011 che non porta ulteriori innovazioni alla materia. Infatti, l’intervento del legislatore si è limitato all’introduzione di due nuove fattispecie delittuose (artt. 727 *bis* e 727 *ter* c.p.) e ad un costante richiamo del Testo unico Ambientale e delle fattispecie contravvenzionali ivi presenti sin dal 2006.

Tale forma di tutela non ha però soddisfatto il legislatore e, per questo, si è arrivati alla ben più incisiva Legge n. 68/2015 c.d. sugli “ecoreati”.

La portata “rivoluzionaria” di questa legge può essere ricondotta all’introduzione del titolo VI *bis* del libro secondo del codice penale, intitolato «*dei delitti contro l’ambiente*» e alla collocazione sistematica del nuovo titolo a ridosso dei delitti contro l’incolumità pubblica, in ragione dello «*stretto legame che*

*intercorre tra incolumità pubblica ed ambiente, e che riemerge puntuale nelle nuove figure di inquinamento ambientale aggravato (art. 452 ter c.p.) e di disastro ambientale (art. 452 quater c.p.), ove le offese all'integrità fisica delle persone costituiscono rispettivamente evento aggravante ed evento alternativo all'offesa di matrici ambientali»<sup>33</sup>. Ma ad essere rivoluzionaria è soprattutto la previsione del nuovo "dolo specifico ambientale", tipizzato attraverso un'aggravante soggettiva comune ad effetto speciale<sup>34</sup>.*

In particolare, i delitti ambientali che hanno trovato ingresso nel codice penale, attraverso la L. n. 68/2015 sono:

- inquinamento ambientale (art. 452 bis c.p.);
- morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale (art. 452 ter);
- disastro ambientale (art. 452 quater);
- inquinamento ambientale e disastro commessi per colpa (art. 452 quinquies);
- traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452 sexies);
- impedimento del controllo (art. 452 septies);
- omessa bonifica (art. 452 terdecies)<sup>35</sup>.

Queste fattispecie delittuose – con qualche eccezione che andremo ad analizzare - sono state inserite nel d. lgs. n. 231/2001, mediante la modifica dell'art. 25 undecies operata dall'art. 1 co 8 della L. n. 68/2015, e aggiunte alle sanzioni interdittive di cui al precedente art. 9 d.lgs. n. 231/2011<sup>36</sup>, andando a rafforzare notevolmente il quadro sanzionatorio approntato nei riguardi degli enti

---

<sup>33</sup> Ruga Riva, I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68, Torino, 2015, IX

<sup>34</sup> Parimenti incisiva è anche la previsione di una vera e propria aggravante per i reati ambientali commessi da associazioni a stampo mafioso o da associazioni a delinquere

<sup>35</sup> Il reato di *ispezione di fondali marini*, che puniva chiunque usasse la tecnica dell'*air gun* o altre tecniche esplosive nell'ambito di attività di ricerca e di ispezione dei fondali marini finalizzate alla coltivazione di idrocarburi, è stato soppresso nell'ultima lettura della Camera.

<sup>36</sup> interdizione dall'esercizio di attività; sospensione e revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni; divieto di contrattare con la p.a.; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi, sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi;

risultando, il complesso delle norme così costituite, particolarmente deterrente nei confronti degli operatori economici di medie e grandi dimensioni.

Come detto, nel novero dei reati inseriti nel D.Lgs n. 231/2001, mancano all'appello le nuove fattispecie di impedimento del controllo di cui all'art. 452 *septies* c.p. e di omessa bonifica di cui all'art. 452 *terdecies* c.p.<sup>37</sup>.

Sebbene per l'omessa bonifica, il comportamento omissivo della persona giuridica possa essere comunque penalmente sanzionato stante il richiamo all'art. 257 del Testo Unico Ambientale ad opera del d.lgs. 121/2011, per entrambe le fattispecie, la lacuna del legislatore del 2015 non trova giustificazione poiché si tratta di attività strettamente correlate all'attività d'impresa e che, per una tutela più immediata, avrebbero dovuto certamente essere inseriti nell'art. 25-undecies del D.Lgs. n. 231/2001<sup>38</sup>.

Va segnalata altresì un'altra lacuna, sebbene questa non incida direttamente con l'attività d'impresa, ovvero il mancato inserimento dell'art. 452 *ter* c.p. che prevede la fattispecie delittuosa di morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale commesso a vantaggio dell'ente.

La riforma del 2015 ha inoltre introdotto nel Testo Unico Ambientale (d.lgs. n. 152/2006)<sup>39</sup> una speciale disciplina di estinzione della contravvenzione ai sensi della quale, una volta accertato il comportamento lesivo, viene data la possibilità all'ente di attivarsi per far cessare situazioni di pericolo ovvero la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose.

---

<sup>37</sup> interdizione dall'esercizio di attività; sospensione e revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni; divieto di contrattare con la p.a.; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi, sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi; divieto di pubblicizzare beni o servizi; L'art. 452 *terdecies* c.p. incrimina con la minaccia della pena della reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 20.000 a euro 80.000 «chiunque, essendovi obbligato per legge, per ordine del giudice ovvero di un'autorità pubblica, non provvede alla bonifica, al ripristino o al recupero dello stato dei luoghi».

<sup>38</sup> G. AMARELLI, I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa, in Cassazione Penale, 2016, pp. 405 e ss.

<sup>39</sup> E' stata inserita la "parte sesta *bis*", recante "Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale", costituita da sette nuovi articoli (artt. da 318 bis a 318 octies).

Tale procedimento si applica soltanto per le contravvenzioni in materia ambientale previste dal Testo Unico Ambientale che «*non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette*» e prevede, in caso di adempimento delle prescrizioni previste e del pagamento della sanzione pecuniaria ridotta fino ad un quarto, l'estinzione del reato ex. art. 318 *septies*.

È naturale chiedersi come si concilia tale procedimento con le norme ex d.lgs. n. 231/2001, in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche o delle società, nel caso in cui i reati siano stati commessi nel loro interesse o a loro vantaggio, poiché l'art. 25 *undecies*, in tema di reati ambientali, include alcuni reati per i quali potrebbe essere applicabile il meccanismo prescrittivo in parola, sussistendone i presupposti<sup>40</sup>.

Poiché nulla è previsto al riguardo nella parte VI bis, ed in ossequio al principio di autonomia della responsabilità dell'ente<sup>41</sup>, il procedimento amministrativo a suo carico continua durante la sospensione del procedimento penale parallelo e può concludersi con una sanzione anche in caso di estinzione del reato ai sensi dell'art. 318 *septies*.

In ogni caso, sebbene sia considerabile come naturale evoluzione del lungo processo di omologazione ai principi comunitari, non di meno si può sottovalutare la portata innovatrice della Legge sugli Ecoreati, così come è palese l'intento del legislatore di elaborare una forma di tutela che sia la più preventiva possibile, addossando – ancor prima della causazione dell'evento – le responsabilità a soggetti determinati o determinabili.

In questa direzione si muove anche la recente riforma del Testo unico dell'Ambiente, in relazione alla responsabilità estesa del produttore di cui al D.Lgs. 116/2020.

---

<sup>40</sup> Tutti quelli individuati mediante il richiamo al Testo Unico Ambientale

<sup>41</sup> D.lgs. 231/2001, art. 8, comma 1. Autonomia delle responsabilità dell'ente. «La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia».

In particolare, grazie all'introduzione dei nuovi articoli 178 *bis* e 178 *ter* viene riscritta la responsabilità del produttore demandando, tuttavia, a successivi decreti l'adozione di ulteriori misure per rafforzare il riutilizzo, la prevenzione, il riciclaggio e il recupero dei rifiuti.

In particolare, si vuole creare un sistema – dal carattere squisitamente preventivo – caratterizzato dal costante sforzo per la riduzione dell'impatto ambientale dei beni e dei rifiuti, dalla produzione allo smaltimento<sup>42</sup>.

Il produttore non è semplicemente chiamato a sviluppare e commercializzare un bene che abbia delle caratteristiche che lo rendono ecologico (ad esempio in relazione al materiale utilizzato o al processo di lavorazione), ma gli è imposto uno sforzo ulteriore e particolarmente innovativo nel panorama europeo, ovvero l'adozione di misure ecologiche e sostenibili che tengano conto dell'intero ciclo vitale del prodotto, della gerarchia dei rifiuti e, se del caso, della potenzialità di riciclaggio multiplo.

Il legislatore, particolarmente attento all'evoluzione *green* del nostro paese, ha stabilito che i soggetti sottoposti a regimi di responsabilità estesa del produttore<sup>43</sup> istituiti prima dell'entrata in vigore del decreto dovranno conformarsi alle nuove disposizioni in materia entro il 5 gennaio 2023 e che, al fine di garantire il rispetto degli obblighi derivanti da tale responsabilità, viene istituito il Registro Nazionale dei Produttori, al quale dovranno iscriversi tutti i soggetti sottoposti al nuovo regime di responsabilità.

**5. Obblighi delle imprese tra prevenzione e normative tecniche.** Tra le poche critiche mosse al legislatore a seguito dell'emanazione della Legge sugli

---

<sup>42</sup> D'ausilio in questo senso è il c.d. Life Cycle Assessment (LCA), che è uno strumento metodologico che consente di valutare gli impatti ambientali potenziali (e i danni) di un prodotto lungo il suo ciclo di vita (dalla culla alla tomba, "from cradle to grave"), attraverso le fasi di estrazione delle materie prime, produzione, imballaggio, trasporto, uso e fine vita (riuso, riciclo, recupero di energia, smaltimento), sulla base dell'inventario delle risorse, dell'energia, delle emissioni in aria, acqua, suolo, nonché della produzione di rifiuti, utilizzati con riferimento a un'unità funzionale, al goal e ai confini del sistema assunti a base dello studio.

<sup>43</sup> Ovvero qualsiasi persona fisica o giuridica che professionalmente sviluppi, fabbrichi, trasformi, tratti, venda o importi prodotti;

Ecoreati, una delle più rilevanti riguarda la volontà di quest'ultimo di non effettuare dei richiami espliciti alla normativa tecnico-scientifica.

Come noto, le azioni che arrecano un danno all'ambiente, vengono punite in quanto apportano una lesione di un bene – e di tutti i beni ad esso correlati – fondamentale della vita ma, a differenza di molti altri settori, qui non è immediatamente percepibile cosa sia realmente dannoso per l'ambiente, obbligando gli interpreti a fare riferimento, di volta in volta, a quanto viene scoperto ed elaborato dagli scienziati e dagli studiosi.

Se a questo si aggiunge che il crescente progresso scientifico e tecnologico comporta la nascita e/o la diffusione di sostanze e processi totalmente nuovi nel corso di periodi brevissimi, si rischia di svuotare di significato tutta la disciplina di tutela dell'ambiente.

Così si potrebbe arrivare all'estrema ipotesi in cui non potrebbe operare il principio "chi inquina paga" se, nel momento in cui è stata posta in essere l'azione, non si era a conoscenza che la stessa avrebbe avuto effetti potenzialmente lesivi.

Da un lato, tali situazioni, hanno poca possibilità di verificarsi in concreto nel contesto scientifico-normativo attuale ma, dall'altro, è innegabile che il legislatore possa intervenire soltanto in un momento successivo alla conferma scientifica dei difetti o problemi di una determinata sostanza. Per limitare i problemi che potrebbero crearsi in questo senso e rendere più efficiente le regole di prevenzione imposte alle imprese, sarebbe stato certo opportuno, già con la Legge sugli ecoreati, prevedere una correlazione normativa – anche mediante richiamo - tra la responsabilità penale dell'ente e le regole di natura tecnica come la ISO 14001 e la EMAS<sup>44</sup>.

il D.Lgs. n. 231/01 ha previsto una forma di esonero dalla responsabilità amministrativa dell'ente o dell'azienda nel caso in cui sia possibile dimostrare,

---

<sup>44</sup> Si tratta di norme, di natura tecnica, a carattere volontario che individuano degli standard particolarmente elevati per le imprese che possano garantire, insieme alla sostenibilità ambientale per queste ultime, anche un ritorno economico

qualora ve ne fosse bisogno in sede giudiziale, di aver adottato ed efficacemente attuato e mantenuto attivo un modello di organizzazione, gestione e controllo.

I sistemi che sono volti a prevenire la commissione di reati ambientali vengo definiti, appunto, sistemi di gestione ambientale<sup>45</sup>. Possono essere predisposti in conformità alla normativa ISO 14001, che rappresenta un insieme di strumenti volontari che favoriscono l'impegno consapevole delle aziende al rispetto delle normative di settore e allo sviluppo di metodi di autocontrollo, finalizzati al miglioramento continuo delle proprie prestazioni ambientali; oppure conformi all'EMAS, un regolamento a livello Europeo che assicura alle organizzazioni e alle aziende aderenti un ritorno economico sotto forma di agevolazioni<sup>46</sup>.

Tali modelli, oltre a rappresentare un valido strumento di gestione ambientale, assicurano la promozione della trasparenza e dell'efficacia delle forme di governo e della gestione delle risorse.

Come largamente ripetuto, il progresso scientifico e la mutevolezza di ciò che può considerarsi dannoso per l'ambiente o meno, renderebbe particolarmente utile il richiamo a normativa di natura tecnica, riducendo il più possibile il ricorso a norme generali ed astratte suscettibili, per loro natura, a ricomprendere una nozione di danno spesso troppo poco precisa;

Il problema, in questo senso, emerge dal fatto che sebbene la normativa di carattere tecnico possa liberamente entrare a far parte della organizzazione della gestione aziendale con il D.Lgs 231/2001 (che prevede la possibilità delle imprese di adottare un sistema di gestione ambientale determinandone anche il contenuto), manca un richiamo esplicito nell'art. 25 *undecies*, che la renderebbe

---

<sup>45</sup> Il sistema di gestione ambientale altro non è che un modello organizzativo particolarmente attento all'ambiente, conforme a quanto richiesto dall'art. 6, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001

<sup>46</sup> La differenza principale tra i due si rinviene nella circostanza che l'ISO 14001 è stato elaborato a livello internazionale e il suo modello di certificazione non vede un coinvolgimento diretto degli enti di controllo, mentre l'EMAS presenta il valore aggiunto della obbligatorietà di una dichiarazione ambientale che espliciti esplicita verso l'esterno il rispetto degli impegni ambientali assunti nell'ottica del miglioramento continuo.

essenziale al fine di ridurre il rischio di incorrere in fattispecie di reato e, per l'effetto, vincolante.

Questo perché il D.Lgs 231/2001 non ha l'obiettivo di attuare una gestione sostenibile e attenta all'ambiente *tout court*, ma ha soltanto lo scopo di prevenire la commissione di determinati reati (anche se sarebbe più corretto parlare di riduzione di rischio) a vantaggio della persona giuridica.

Allo stato, quindi, si deve ritenere che i criteri dettati dalle norme ISO 14001 e EMAS possano costituire un'importante base di riferimento, specialmente all'atto della redazione della parte speciale del modello in materia ambientale.

**6. Impresa e sostenibilità ambientale tra economia circolare e nuove riforme.** Come in passato, la tutela dell'ambiente oggi passa per l'intervento dell'Unione Europea che, nel difficile compito di coordinare le varie legislazioni nazionali, ha fissato obiettivi precisi, gradualmente più intensi sino al 2050, con il sostegno di programmi di ricerca, normative e finanziamenti specifici, volti a proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale europeo, abbassare le emissioni di CO<sub>2</sub>, impiegare più efficacemente le risorse, abbassare i rischi per la salute e il benessere legati all'ambiente.

Sebbene in molti settori dell'economia gli Stati invocano un intervento più intenso dell'Unione, accusata a più riprese di essere quasi inerme rispetto alle esigenze dei cittadini comunitari, in ambito della sostenibilità ambientale l'impegno della Comunità Europea è, al contrario della percezione comune, ragguardevole e la parte più evidente di questo impegno è relativa al pacchetto di nuove direttive in materia di rifiuti ed economia circolare attualmente in fase di recepimento anche nel nostro paese.

La conferenza sul clima di Parigi del 2015 è stata l'occasione per verificare i benefici apportati dalle politiche sull'ambiente dell'Unione Europea ed il

momento per delineare gli obiettivi a lungo termine come la riduzione delle emissioni mondiali di almeno il 60%, entro il 2050, rispetto ai livelli del 2010<sup>47</sup>.

La politica ambientale comunitaria – lo dimostrano i dati ufficiali – ha avuto un impatto decisivo; le emissioni negli Stati dell'Unione sono diminuite del 23 % tra il 1990 e il 2014, mentre nello stesso periodo il PIL è cresciuto del 46 %. L'Unione Europea ha messo in campo misure importanti per diventare l'economia più efficiente del mondo sotto il profilo delle emissioni e, come detto, non ha intenzione di allentare la presa volendo raggiungere dei dati ragguardevoli entro il 2050 soprattutto in relazione alle emissioni di gas serra.

L'obiettivo finale è ridurre le emissioni domestiche del 40 % e 60 %, rispettivamente entro il 2030 e il 2040, rispetto ai livelli del 1990<sup>48</sup>, anche mediante importanti investimenti pubblici e privati, stimati attualmente in circa 270 miliardi di euro all'anno per l'intera Unione, ovvero l'1,5 % del prodotto interno lordo dell'UE.

I potenziali benefici sono innegabili: riduzione delle spese energetiche (stimate in 175-320 miliardi di euro), riduzione della dipendenza da combustibile fossile; cambiamento della struttura economica dell'Unione Europea con conseguente creazione di centinaia di migliaia di posti di lavoro e, soprattutto, miglioramenti della qualità dell'aria a beneficio della salute dei cittadini<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Per mantenere il cambiamento climatico globale sotto i 2 °C (il livello internazionalmente riconosciuto per evitare le conseguenze catastrofiche del riscaldamento globale) l'UE sta puntando a ridurre le emissioni di gas serra dell'80-95 % entro il 2050 rispetto ai livelli del 1990.

<sup>48</sup> Intervenendo nel **settore energetico** (eliminando quasi totalmente le emissioni di CO<sub>2</sub> entro il 2050, soprattutto producendo elettricità da fonti rinnovabili usando tecnologie esistenti e più all'avanguardia).

Intervenendo nel settore dei **trasporti** (aumentando la sostenibilità grazie a una maggiore efficienza dei veicoli, all'uso di veicoli elettrici e di energia più pulita).

Intervenendo sugli **edifici** (che possono ridurre le loro emissioni attuali di circa il 90 % attraverso miglioramenti nell'efficienza energetica), intervenendo nell'**industria** (che potrebbero ridurre le proprie emissioni di gas serra di più dell'80% attraverso processi più efficienti, efficienza energetica, riciclo e nuove tecnologie)

Anche se le proiezioni prevedono che entro il 2050 rappresenterà un terzo delle emissioni totali dell'UE, l'**agricoltura** può ridurre le emissioni del 42-49 % attraverso un insieme di nuove tecniche, fra cui una dieta più sana con meno consumo di carne.

<sup>49</sup> Dati ufficiali della Commissione Europea contenuti (COM(2015) 81 final)

Sebbene l'auspicio sia quello di un intervento dal basso, direttamente quindi dai cittadini, sono e saranno necessari interventi del legislatore, anche Europeo, per centrare gli ambiziosi obiettivi prefissati.

Proprio per questo bisogna dare atto di un intenso contributo del legislatore comunitario negli ultimi anni, attraverso Decisioni di esecuzione della Commissione e, soprattutto mediante Regolamenti della Commissione, tra le quali vanno segnalate una serie di interventi volti a classificare sostanze pericolose come il Regolamento (UE) 2019/957 concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche che riguarda il silanetriolo e i TDFA; la Decisione di esecuzione (UE) 2019/1194 relativa all'identificazione del 4-terz-butilfenolo (PTBP) come sostanza estremamente preoccupante o il Regolamento (UE) 2018/2005 concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH) per quanto riguarda le sostanze bis(2-etilesil) ftalato (DEHP), dibutilftalato (DBP), benzilbutilftalato (BBP) e diisobutilftalato (DIBP).

Sebbene meno prolifica, va comunque elogiata anche l'attività del legislatore interno, di cui si segnala nel 2019, il D.Lgs 21 febbraio 2019, n. 23, in attuazione della delega di cui all'articolo 7, commi 1 e 3, della legge 25 ottobre 2017, n. 163, per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/426 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli apparecchi che bruciano carburanti gassosi e che abroga la direttiva 2009/142/CE, ed il D.M. 1 marzo 2019, n. 46, contenente il regolamento relativo agli interventi di bonifica, di ripristino ambientale e di messa in sicurezza, d'emergenza, operativa e permanente, delle aree destinate alla produzione agricola e all'allevamento, ai sensi dell'articolo 241 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 .

Il ruolo del nostro Paese, però, nel contesto europeo sembra stia cambiando giacché è arrivata proprio nel settembre 2020 una serie di interventi legislativi tramite cui sono stati concretizzati maggiormente i principi della *circular economy*.

Per economia circolare si intende un modello di produzione e consumo che implica condivisione, prestito, riutilizzo, riparazione, ricondizionamento e riciclo dei materiali e prodotti esistenti il più a lungo possibile.

In pratica si tratta di impostare un'economia a rifiuti zero, un riciclo effettuato direttamente da chi produce gli scarti, senza intermediari.

Nel dicembre 2015 la Commissione Europea ha adottato un ambizioso pacchetto sull'economia circolare, composto da un piano d'azione dell'Unione Europea con misure relative all'intero ciclo di vita dei prodotti: dalla progettazione, all'approvvigionamento, alla produzione e al consumo fino alla gestione dei rifiuti e al mercato delle materie prime secondarie.

Le norme puntano ad avere un effetto pratico sulla vita dei cittadini obbligando i Paesi membri a riciclare almeno il 70% dei rifiuti urbani e l'80% dei rifiuti da imballaggio, e vieta di gettare in discarica quelli biodegradabili e riciclabili.

Si capisce bene come il recentissimo intervento normativo, c.d. pacchetto economia circolare, sia di notevole rilevanza in questo senso.

Si tratta di un insieme di decreti legislativi volti a recepire le direttive europee, incentrati soprattutto sulla fase dello smaltimento dei rifiuti – fase sottovalutata per decenni e tornata al centro del dibattito – che hanno il pregio di normativizzare per la prima volta nel Testo Unico dell'Ambiente, la *circular economy*.

Andando con ordine, la più rilevante delle riforme è certamente quella contenuta nel **D.Lgs. 116/2020** pubblicato lo scorso 11 settembre, in recepimento di due delle quattro direttive del "Pacchetto Economia Circolare": la Direttiva 2018/851/UE, che modifica la "Direttiva Quadro Rifiuti" 2008/98/CE, e la Direttiva 2018/852/UE, che modifica la Direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio. Il decreto legislativo va a modificare alcuni articoli del Testo Unico Ambientale con l'obiettivo di aumentare la circolarità dei materiali prevenendo la produzione dei rifiuti e incentivando ogni forma possibile di

riutilizzo riciclo e recupero; vengono altresì introdotti anche tre nuovi allegati al D.Lgs. 152/2006<sup>50</sup>.

Fondamentali sono sicuramente i già citati artt. 178 *bis* e 178 *ter* del Testo Unico Ambientale che istituiscono un nuovo regime di responsabilità estesa del produttore volta ad incentivare il riutilizzo ed il riciclo dei beni, secondo obiettivi fissati dall'art. 181.

Ma la parte più innovativa del Decreto è sicuramente l'estensione di tale regime ad un numero ampio di soggetti, ovvero a "qualsiasi persona fisica o giuridica che professionalmente sviluppi, fabbrichi, trasformi, tratti, venda o importi prodotti".

Viene altresì individuata la necessità di elaborazione di un "Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti" contenuta nel nuovo art. 180, che sia condiviso tra il Ministero dell'Ambiente, dello Sviluppo Economico e delle Politiche Agricole con l'obiettivo di elaborare misure utili a prevenire i rifiuti, inclusi gli strumenti necessari alla valutazione e all'attuazione di tali misure.

Al Programma Nazionale di Prevenzione si affianca il Programma Nazionale per la Gestione dei rifiuti di cui al nuovo articolo 198 *bis* contenente gli obiettivi, i criteri e le linee strategiche con cui le Regioni e le Province autonome dovranno elaborare i piani locali di gestione dei rifiuti. Si tratta, in poche parole, di uno strumento per razionalizzare la gestione dei rifiuti a livello decentrato nel rispetto di criteri determinati centralmente.

Rilevante è anche il nuovo Registro Elettronico Nazionale, oggetto di introduzione nell'art. 188 *bis*, che ha l'obiettivo mantenere la tracciabilità dei rifiuti

---

<sup>50</sup> Nello specifico vengono introdotti:

- Allegato L-ter (art. 7, c. 6, D.Lgs. 116/2020): Esempi di strumenti economici e altre misure per incentivare l'applicazione della gerarchia dei rifiuti di cui all'art. 179;
- Allegato L-quater (art. 7, c. 7, D.Lgs. 116/2020): Elenco dei rifiuti di cui all'art. 183, comma 1, lettera b-ter), punto 2);
- Allegato L-quinquies (art. 7, c. 8, D.Lgs. 116/2020): Elenco delle attività che producono rifiuti di cui all'art. 183, comma 1, lettera b-ter), punto 2).

nel quale dovranno convergere tutti i dati relativi alla produzione nazionale dei rifiuti e la relativa gestione<sup>51</sup>.

Da ultimo, vanno necessariamente menzionate le modifiche dell'art. 183 del Testo Unico Ambientale e l'eliminazione del concetto di rifiuti speciali, assimilati agli urbani, che diventano semplicemente urbani qualora si presentino come tali, e l'introduzione del concetto di "deposito temporaneo prima della raccolta" che, però, non si differenzia nella sostanza dal precedente "deposito temporaneo".

In relazione proprio ai rifiuti, nonostante debba obbligatoriamente essere riconosciuto lo sforzo compiuto dal legislatore, può essere fatto di più.

Ci si riferisce soprattutto al un efficace *end of waste*<sup>52</sup>, indispensabile strumento per la concreta applicazione della *circular economy*. Attualmente non esiste ancora nel nostro paese una regolamentazione completa ed efficace di quando un rifiuto può cessare di essere definito come tale; il problema, come spesso accade sta nell'eccessiva burocratizzazione delle procedure, anche tecniche. Sarebbe auspicabile, innanzitutto, una velocizzazione dei procedimenti accentrati a livello ministeriale ma, soprattutto, lasciare un ampio spazio di manovra alle regioni che, pur sempre nel rispetto delle determinazioni dell'Unione Europea, dovrebbero poter regolamentare caso per caso le fattispecie non disciplinate; in caso contrario verrebbe ostacolato il processo di riciclaggio che coinvolge migliaia di impianti sul territorio che rischiano di non essere al passo con il costante mutamento delle conoscenze tecnologiche e delle tipologie di rifiuti trattati.

Di particolare pregio in questo senso è l'art. 184-ter del TUA, recentemente modificato con l'art. 14 *bis* del D.L. 3.9.2019, n. 101 (convertito in legge dalla L.

---

<sup>51</sup> In questo senso va citata anche la modifica dell'art. 190 TUA, in cui si specificano meglio i tempi per le annotazioni all'interno del Registro di carico e scarico che, appunto, diventa "cronologico".

<sup>52</sup> L'*end of waste* è un concetto che vede un rifiuto correttamente lavorato non più come rifiuto ma come un prodotto nuovo; da qui la cessazione della qualifica di rifiuto, l'*end of waste* appunto.

02/11/2019, n. 128) che modifica e integra la disciplina relativa alla cessazione della qualifica di rifiuto.

A differenza del testo previgente, ove si prevedeva che ai fini della cessazione della qualifica di rifiuto era necessario che la sostanza o l'oggetto fosse comunemente utilizzato per scopi specifici, la nuova versione prevede quale condizione che la sostanza o l'oggetto sia destinato a essere utilizzato per scopi specifici<sup>53</sup>.

Questo oltre ad avere il pregio di fornire una definizione al concetto di *end of waste* stabilisce una forte commistione tra i criteri indicati nel Testo nazionale con quelli stabiliti, di volta in volta, dall'Unione Europea<sup>54</sup>.

Sempre in relazione alla *circular economy* e al recente riassetto normativo teso ad uniformare la normativa nazionale a quella comunitaria, si segnalano il **D.Lgs 3 settembre 2020, n. 118**, attuativo della direttiva (UE) 2018/849 (relativa a pile e accumulatori, rifiuti di pile e accumulatori e rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche) ed il **D.Lgs 3 settembre 2020, n. 119**, attuativo della direttiva (UE) 2018/849 (relativa ai veicoli fuori uso) entrambi pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale n. 227 del 12 settembre 2020 ed entrati in vigore il 27 settembre 2020; quest'ultimo in particolare va a modificare il D.Lgs. 209/2003 introducendo delle nuove misure per incentivare il ricondizionamento e il riutilizzo dei componenti dei veicoli, l'istituzione del Registro Unico telematico dei Veicoli fuori uso presso il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti e il Registro di entrata e uscita dei veicoli.

Da ultimo va necessariamente menzionato il **D.Lgs. 3 settembre 2020, n° 121** che, nel recepire la Direttiva 2018/850/UE, si occupa di incentivare la *circular*

---

<sup>53</sup> Le altre condizioni necessarie affinché un rifiuto cessi di essere tale, quando è sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio e la preparazione per il riutilizzo sono:

- esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto;
- la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti;
- l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana.

<sup>54</sup> Questo è uno degli articoli, la cui attuazione da parte dell'Italia, non ha subito una dilazione dal c.d. Decreto Milleproroghe del 31.1.2020.

*economy* disciplinando l'attività delle discariche di rifiuti ed andando a fissare dei paletti molto rigidi imponendo, di fatto, il riciclo di tutti i rifiuti con il divieto esplicito di smaltire, a partire dal 2030, nelle discariche ogni tipo di rifiuto suscettibile di essere riciclato, salvo quelli per il quale lo smaltimento in discarica produca un migliore risultato in termini di efficienza ambientale.

Il D.Lgs. 3 settembre 2020, n.121 apporta anche rilevanti modifiche al D.Lgs. 13 gennaio 2003, n° 36 per quanto riguarda, tra le altre cose, i criteri di ammissibilità in discarica per alcune categorie di rifiuti, la campionatura e l'analisi dei rifiuti, la catalogazione dei rifiuti per il quale non è necessario il trattamento prima dello smaltimento in discarica nonché i criteri per la costruzione e la gestione degli impianti e per gli impianti di deposito sotterraneo.

Sempre il D.Lgs 3 settembre 2020, n.121, infine, va ad abrogare il Decreto Ministeriale Ambiente del 27 settembre 2010 mantenendo, però, i limiti prescritti dalla tabella 5, nota a), dell'art.6 che debbono ritenersi validi e pienamente efficaci sino al 1° gennaio 2024.

Si capisce bene che, nonostante alcune tematiche non siano ancora state affrontate dal legislatore, le ultime disposizioni normative, complice anche il lavoro fatto nell'ultimo decennio, porta l'Italia direttamente tra i Paesi europei con i migliori risultati in termini di efficienza ambientale.

Il recepimento del nuovo pacchetto di direttive deve puntare a migliorare la prevenzione, ad aumentare il riciclo superando tutti i nuovi target europei, a utilizzare il recupero energetico a supporto del riciclo e rendere residuale lo smaltimento in discarica. Ai consorzi, punti di forza del sistema italiano, pensati per le diverse tipologie di rifiuto, non si può applicare un unico modello. Possono essere migliorati con misure puntuali, ove necessario, per recepire i precisi contenuti delle nuove direttive europee, finalizzati a raggiungere target ambientali avanzati, nel rispetto dei criteri di economicità e di trasparenza.

l'Italia, nonostante sia leader in Europa nell'economia circolare (davanti il Regno Unito e la Germania con un giro di affari di circa 88 miliardi di euro) è penalizzata dalla scarsità degli investimenti, che si traduce in carenza di

ecoinnovazione (siamo all'ultimo posto per brevetti), e dalle criticità sul fronte normativo.

Se per quanto riguarda il primo aspetto sembra che i recenti interventi legislativi si stiano muovendo in quella direzione, la normativizzazione dell'Economia Circolare non è ancora stata oggetto dell'attività del legislatore, ma sembra che anche questa lacuna stia per essere colmata.

Nel frattempo, a prescindere dagli interventi legislativi, sono le stesse leggi di mercato che stanno spostando l'attenzione delle imprese sulla sostenibilità dell'attività produttiva, premiando quelle che mirano ad una sostanziale riduzione degli impatti negativi sull'ambiente naturale derivante dalla propria attività.

I più recenti dati ISTAT<sup>55</sup> indicano che il 91% delle imprese con 50 ed oltre addetti svolge attività di raccolta dei rifiuti differenziata, il 71% controlla attivamente l'uso dell'energia, il 56% controlla l'uso dell'acqua e oltre la metà controlla le emissioni in atmosfera. Mentre solo il 19% delle imprese medio-grandi esegue un trattamento delle acque reflue e solo un quinto utilizza materie prime seconde<sup>56</sup>. Tra tutti i settori, il Manifatturiero è quello che presenta una sostenibilità ambientale più elevata (valore medio indice 0,50), seguito dalla Fornitura acqua e gestione dei rifiuti (0,48) e dalla Estrazione di minerali da cave e miniere (0,46).

Questi dati – che mostrano un quadro decisamente positivo - non devono sorprendere poiché debbono essere contestualizzati all'interno di un meccanismo complesso dove la presa di posizione ambientale di una grande impresa coinvolge necessariamente tutte le altre imprese della filiera (rilevante ai fini della produttività sostenibile dell'impresa, è la corretta gestione della catena di distribuzione).

---

<sup>55</sup> Va precisato che la metodologia della raccolta dati, per ammissione della stessa ISTAT, è piuttosto eterogenea

<sup>56</sup> Questi risultati riflettono anche l'adeguamento dei comportamenti aziendali a quanto previsto dalla normativa nazionale ed europea, che, tra gli altri obblighi di legge, per le grandi imprese, prescrive un impegno a rendere conto delle loro performance di sostenibilità, come stabilito del DL n.254 del 30/12/2016.

Insomma, l'impresa *green* sta avendo un impatto sempre più considerevole nella vita delle aziende; L'ISTAT ha infatti rilevato, nel Rapporto Annuale del 2019, come esista un'associazione positiva fra l'adozione di comportamenti virtuosi e i livelli di produttività apparente del lavoro delle imprese.

A questo si aggiunga che la sostenibilità è diventata una caratteristica importante anche per il consumatore finale, al punto che il 65% degli italiani (contro il 59% nel 2019) richiede che le imprese siano attente alle esigenze ambientali al punto che l'atteggiamento delle imprese su questi temi influenza oggi le scelte di acquisto di quasi 4 consumatori su 10 (37%) e il 46% degli italiani (quasi uno su due), contro il 37% dello scorso anno, ammette che non comprerebbe un prodotto di un'azienda che ha pubblicamente preso una posizione che non condivide su un tema sociale, culturale o politico<sup>57</sup> circostanze che sono state assorbite dal Testo unico dell'Ambiente che, come meglio specificato sopra, ha introdotto i nuovi art. 178 -bis e 178 – ter.

L'unico problema che sembra non essere stato totalmente superato, attualmente, è che nel nostro Paese le aziende non sono tenute a raggiungere requisiti di efficienza dal punto di vista della gestione e del consumo delle risorse - a differenza di quanto avviene a livello energetico - né esistono strumenti cogenti né volontari per effettuarne la diagnosi.

È in questa direzione che è richiesto un ulteriore passo al legislatore interno per rendere l'Italia la più importante economia in Europa in relazione al modello di sviluppo dell'economia circolare.

**7. Verso il futuro dell'economia circolare.** Purtroppo, a livello mondiale, la circolarità dell'economia, secondo i dati del 2020, è scesa sensibilmente a causa, soprattutto, di un consistente aumento dei consumi a fronte di un'inferiore crescita del riutilizzo dei materiali<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Dati presi dalla analisi di mercato stilata dalla IPSOS nel marzo 2020

<sup>58</sup> Il Circularity Gap Report, ha rilevato che tra il 2015 e il 2017 la circolarità è scesa dal 9,1% all'8,6%. Questo dato è la risultanza dall'aumento dei consumi cresciuti di oltre l'8% (da 92,8 a 100,6 Mld/t), a fronte di un incremento del riutilizzo di appena il 3% (da 8,4 a 8,65 Mld/t).

In media ogni persona sulla Terra utilizza più di 11 tonnellate di materiali all'anno: quasi un terzo dei materiali utilizzati nell'arco di 12 mesi rimangono in uso dopo un anno, come i veicoli, ma il 15% viene immesso nell'atmosfera in forma di gas serra e quasi un quarto è direttamente scartato nell'ambiente, come avviene prevalentemente per la plastica. Globalmente un terzo dei materiali viene trattato come rifiuto, per lo più destinato alle discariche.

Questi dati ovviamente tengono conto di un numero consistente di paesi tra i quali rientrano le economie emergenti (quali Cina, India e Brasile) che sono meno attente all'ambiente e con normative più flessibili circa il riciclaggio e lo stoccaggio dei rifiuti<sup>59</sup>.

Discorso decisamente diverso per le economie più sviluppate come quelle dei paesi Comunitari che mediante un costante intervento normativo stanno cercando di incrementare la circolarità e l'attenzione verso i temi ambientali, complice anche il ruolo del legislatore dell'Unione.

Come più volte ribadito, il ruolo del nostro Paese, nell'attuazione delle direttive sull'economia circolare, è di spicco rispetto agli altri paesi membri.

Basti pensare che secondo uno studio periodico condotto dalla Circular economy Network e Enea, mirato a individuare l'indice complessivo di circolarità<sup>60</sup>, l'Italia, con i suoi 100 punti (2 in meno del 2019) si piazza in testa alle classifiche europee dell'indice complessivo di circolarità, ovvero il valore attribuito secondo il grado di uso efficiente delle risorse, utilizzo di materie prime seconde e innovazione nelle categorie produzione, consumo, gestione rifiuti. Al secondo posto nella classifica delle cinque principali economie europee troviamo ancora ben distanziati Germania (89), Francia (88) e Polonia (79)<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Analizzando in maniera incrociata anche i paesi che consumano i beni, ovviamente, emerge una situazione di disparità meno netta di quanto si possa pensare giacché i paesi con il tenore di vita più alto consumano fino a dieci volte di più di quelli dal tenore di vita inferiore.

<sup>60</sup> Viene elaborato considerando i cinque settori del Piano europeo per l'economia circolare presentato nel 2015: produzione, consumo, gestione dei rifiuti, materie prime seconde e innovazione e investimenti

<sup>61</sup> Dati raccolti dal Rapporto sull'economia circolare del 2020 del Circular Economy Network

Il vantaggio accumulato però, rischia di assottigliarsi con il passare del tempo a causa di alcuni problemi intrinseci dell'ordinamento interno che, seppur indirettamente, stanno influenzando sul progresso normativo in ambito ambientale.

In quest'ottica si possono ipotizzare una serie di interventi non soltanto normativi che, ispirati da principi ecologici, potrebbero rilanciare l'economia italiana dando quell'accelerata al processo di omologazione all'economia circolare voluto (anche se sarebbe meglio dire ipotizzato) dall'Unione Europea.

Innanzitutto, la stratificazione normativa sino ad ora accumulata lascia intendere che, seppur il legislatore sia intervenuto in maniera tempestiva, non è mai stato implementato, nel nostro ordinamento, un piano strategico a livello nazionale che promuova in modo organico ed omogeneo il modello circolare in tutte le sue fasi (produzione, consumo e smaltimento). Sarebbe, allo stato, quantomai opportuno coinvolgere gli stakeholder interessati e programmare a medio e lungo termine un piano di azione congiunto volto alla massimizzazione dell'efficienza delle politiche green affinché tutti facciano la loro parte.

In secondo luogo, è opportuno evidenziare che l'attenzione del legislatore, sempre nell'ottica di incentivare l'economia circolare, dovrebbe porsi su di un migliore utilizzo delle risorse economiche sia mediante nuovi incentivi che attraverso la riallocazione degli incentivi esistenti che, di fatto, producono un effetto contrastante con l'economia circolare (penalizzando, ad esempio, l'inefficienza nel consumo di materiali). La responsabilità estesa del produttore è un ottimo passo verso questa direzione e proprio in questo senso dovrebbero essere prese nuove misure. Tali principi, inoltre, per essere effettivamente parte integrante dell'economia di una nazione intera dovrebbero essere estesi anche all'attività delle pubbliche amministrazioni<sup>62</sup> in maniera vincolante ed estesa a tutti i livelli mediante un investimento (o re-investimento) dei fondi pubblici verso un modello circolare.

---

<sup>62</sup> Si parla, in questo caso, di Green Public Procurement che ha visto una svolta radicale con il nuovo codice degli appalti del 2016 con l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi i Criteri ambientali Minimi (CAM)

Inoltre, con la crescita esponenziale del commercio online (dovuto anche alle necessità discendenti dall'epidemia di Sars - Covid 19) ha reso più impellente che mai estendere il modello di economia circolare anche a questo tipo di distribuzione la quale, per sua natura,<sup>63</sup> sta portando alla diffusione di beni usa e getta, non riparabili e di scarso valore economico ma dal grande impatto ambientale contribuendo in maniera ingente alla produzione di rifiuti; il tutto spesso è oggetto di produzione in paesi terzi che, mediante il commercio online, eludono le norme sulla responsabilità estesa creando un danno ambientale difficilmente calcolabile.

Ma tali interventi non sono i soli che migliorerebbero l'impatto della economia circolare nella nostra economia.

Nel novero degli auspicati interventi, infatti, devono almeno menzionarsi la effettiva promozione di una bioeconomia rigenerativa<sup>64</sup>, l'adozione di un efficiente *end of waste* (v. *infra* 5) ed un rilancio della qualità – in un'ottica green - delle città con programmi integrati di rigenerazione urbana, secondo il modello europeo delle *green city*.

Rilevante e pienamente in linea con questa *vision* è la c.d. *Plastic Tax*, emanata con la Manovra del 2019, che stabiliva l'introduzione di un'imposta di 0,45 euro per chilogrammo di materia plastica contenuta nei MACSI, ovvero manufatti con singolo impiego che hanno o sono destinati ad avere funzione di contenimento, protezione, manipolazione o consegna di merci o di prodotti alimentari, ad esclusione dei manufatti compostabili, dei dispositivi medici e dei MACSI adibiti a contenere e proteggere medicinali. L'obiettivo è, evidentemente, il disincentivo dell'utilizzo di materiale plastico che, per destinazione d'uso, ha un ciclo di vita molto corto con relativo impatto ambientale critico<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Il commercio online rappresenta il più classico esempio di economia lineare, diametralmente opposta all'economia circolare.

<sup>64</sup> Con lo scopo di alimentare le filiere innovative, integrate nei territori, dei biomateriali nonché la restituzione di sostanza organica ai suoli e la produzione di energie rinnovabili anche mediante l'utilizzo di scarti e rifiuti organici.

<sup>65</sup> Numerosi studi hanno evidenziato come il problema della plastica, che ha già raggiunto dimensioni allarmanti, sia destinato ad aggravarsi ulteriormente nei prossimi anni: si prevede che

Di fatto, però, la attuale situazione epidemiologica ha imposto il rinvio al luglio 2021 con l'ultima Legge di Bilancio dando l'opportunità di effettuare qualche apprezzabile aggiunta: viene infatti modificata la definizione di MACSI semilavorati e si includono anche le preforme, prodotti ottenuti dallo stampaggio di PET finalizzati a diventare bottiglia o contenitore per bevande, tramite un processo di soffiatura e, tra i soggetti obbligati si includono anche i committenti, i soggetti, residenti o non residenti nel territorio nazionale, che intendono vendere MACSI, ottenuti per loro conto in un impianto di produzione, ad altri soggetti nazionali<sup>66</sup>.

L'Unione, però, non ha rallentato il suo programma ambientale e, già dal gennaio 2021 è entrata in vigore la tassa sulla plastica sulla base di quanto approvato con l'ultimo accordo sul Bilancio a lungo termine dell'UE per il periodo 2021-2027 ma, a differenza della versione interna della *plastic tax*, quella comunitaria è diretta agli Stati al quale si impone il pagamento di 80 centesimi di euro per ogni chilo di plastica non riciclata.

Il Decreto Legge 31 dicembre 2020, n. 183 (c.d. decreto Milleproroghe), con il prevedibile obiettivo di dare una accelerata alla ricezione delle disposizioni Comunitarie, non prevede proroghe in relazione all'applicazione delle disposizioni in tema di classificazione dei rifiuti contenute negli articoli 183, comma 1, lettera b-ter) e 184, comma 2 e agli allegati L - quater e L - quinquies del D.L. vo 152/2006 (come modificato dal D.L.vo 116/2020): tali norme si applicano difatti, come previsto dal testo di legge, dall'1 gennaio 2021.

---

entro il 2050 la produzione di plastica quadruplichi i volumi attuali, rendendosi responsabile del 20 per cento del consumo di combustibili fossili e andando ad aggravare ulteriormente anche la crisi climatica che il Pianeta deve affrontare.

<sup>66</sup> Si segnala anche la variazione della soglia di esenzione dall'imposta che deriva dalle dichiarazioni trimestrali che viene portata da 10 a 25 euro e la riduzione delle sanzioni per il mancato ed il ritardato pagamento dell'imposta che passano dal doppio al decuplo dell'imposta evasa al quintuplo, mentre gli importi dovuti per la tardiva presentazione della dichiarazione trimestrale passano da 250 a 2.500 euro e inizialmente erano prevista da 500 a 5.000 euro.

Insomma, i traguardi raggiunti non devono farci dimenticare che ancora molto si può fare per integrare i principi della green economy con la nostra economia e con la prassi e le abitudini di ogni cittadino.

**7.1. Bioeconomia.** A questo punto della trattazione, un breve cenno merita anche la bioeconomia. Strettamente connessa al concetto di economia circolare, essa può essere genericamente definita come un'economia basata sull'utilizzazione sostenibile di risorse naturali rinnovabili e sulla loro trasformazione in beni e servizi finali o intermedi<sup>67</sup>.

Settore rilevante nella bioeconomia è sicuramente quello volto a garantire la sicurezza alimentare ma, soprattutto negli ultimi anni, spazio sempre crescente deve essere riconosciuto ad un'altra funzione importante: quella di fornire risorse rinnovabili - materiali ed energia - indispensabili a diverse attività economiche di rilevante importanza, nonché alla forte crescita necessaria delle fonti energetiche rinnovabili.

Ovviamente la bioeconomia esiste laddove esiste uno sfruttamento sostenibile delle risorse che non ne va ad intaccare la capacità di rinnovarsi<sup>68</sup>; è proprio qui che la bioeconomia entra a far parte di un modello di economia circolare presentandosi come la componente rinnovabile del sistema: in altre parole diventa bioeconomia rigenerativa.

Nelle strategie di impresa sempre più spesso diventa fondamentale che nella produzione l'utilizzo delle risorse rinnovabili sia compatibile con la rigenerazione delle stesse ed anzi, si dovrebbe mirare a garantire le condizioni ecologiche più favorevole per far sì che questo avvenga.

Una bioeconomia vitale, in grado di rigenerarsi utilizzando risorse rinnovabili in modo durevole, è un aspetto strategico fondamentale di una economia circolare.

---

<sup>67</sup> Commissione Europea, 2012b

<sup>68</sup> L'esempio classico è quello relativo all'utilizzo di legname ad una velocità maggiore rispetto alla crescita degli alberi dal quale proviene.

Proprio per questo, la nuova Strategia Europea sulla bioeconomia approvata nel 2018 mira ad inserire i principi della bioeconomia nelle strategie per la transizione ad una economia circolare mediante una serie di misure già avviate.

Queste possono essere riassunte nella protezione dell'ecosistema mediante soprattutto monitoraggio dei dati e ampliamento delle conoscenze, nello sviluppo delle bioeconomie in tutti i paesi della Comunità e nella modernizzazione delle economie e delle industrie europee al fine di garantire una sostenibilità duratura nel tempo; questo perché la bioeconomia non è certo un settore marginale nel sistema economico degli stati comunitari: secondo le ultime stime disponibili nel 2015, ha fatturato complessivamente 2.300 miliardi di euro, con un numero di addetti pari a 18 milioni di occupati (8,2% della forza lavoro dell'Unione Europea)<sup>69</sup>.

Anche nel nostro paese si registrano dati interessanti a un valore economico pari ad oltre 312 miliardi di euro in termini di fatturato e circa 1,9 milioni di persone impiegate, rappresentando, nel 2017, il 19,5% del PIL nazionale e circa l'8,2% in termini di occupati<sup>70</sup> con incrementi considerevoli, nel corso degli ultimi anni, per i settori agroalimentare e di produzione delle materie prime.

È evidente che una corretta integrazione dei principi bioeconomici all'interno di una economia circolare non soltanto vanno a rendere più efficiente l'intero sistema ma ne accentuano le caratteristiche fondamentali in un contesto di sostenibilità ambientale.

**8. Conclusioni.** Alla luce delle considerazioni svolte sino ad ora, è evidente l'evoluzione che il diritto ambientale ha avuto nel corso degli anni e l'impatto che, sempre di più nel corso del tempo, ha assunto in relazione all'attività delle imprese.

---

<sup>69</sup> I settori più importanti sono quello agroalimentare e produzione di bevande e tabacco, quello tessile bio-based, l'industria chimica bio-based ed il settore dei biocombustibili liquidi ed elettrico bio-based.

<sup>70</sup> Dati forniti dal JRC della Commissione Europea

Tuttavia, per realizzare pienamente il concetto di sviluppo sostenibile, è necessario che l'attività dell'impresa non si limiti ad una riduzione dell'inquinamento ovvero all'ottimizzazione del consumo delle risorse, ma deve coinvolgere in modo differente la strategia d'impresa, le persone che vi lavorano e quelle che a vario titolo entrano in contatto con questa.

Nel concreto dell'attività delle imprese, il criterio dello sviluppo sostenibile si traduce in scelte tecniche e gestionali che mirano a creare valore aggiunto cercando soluzioni che coniughino i principi di redditività economica con la tutela ambientale e l'equità sociale.

La salvaguardia dell'ambiente può quindi rappresentare sia un vincolo che un'opportunità: un vincolo nell'utilizzo delle risorse naturali, nell'imposizione dei limiti all'inquinamento, nel sorgere dei problemi di accettabilità sociale degli impianti e un'opportunità come stimolo all'innovazione, alla ricerca di nuovi prodotti e processi, all'apertura di nuovi mercati, in una visione strategica che mira al miglioramento della competitività e dell'immagine aziendale, ma anche a garantirne la sostenibilità nel lungo periodo. Risulta pertanto più evidente perché – al pari dell'ambiente – l'impegno sociale di un'impresa (non inteso certo come elargizione di contributi filantropici ma con un'accezione più ampia di rapporti costruttivi con i propri stakeholder) sia entrato direttamente nella catena del valore manifestando la creazione di nuovi percorsi e leve competitive coerenti con lo sviluppo per la collettività<sup>71</sup>.

Come è intuibile, il comportamento degli enti, più che delle persone fisiche, è l'aspetto che stato maggiormente influenzato dall'attività del legislatore italiano e comunitario ed ha costretto le imprese ad adattarsi alle prescrizioni per la tutela del bene superiore identificabile nell'ambiente ed in tutti i beni ad esso correlati.

In questo contesto risulta fondamentale la presenza di un quadro istituzionale certo, strutturato e organico, a livello locale, nazionale e sovranazionale, che incentivi l'orientamento sostenibile delle imprese piuttosto

---

<sup>71</sup> STEFANIA MIGLIAVACCA, *Impresa e Ambiente: un'intesa sostenibile*, p. 221

che l'adempimento formale e amministrativo di una moltitudine di micro-provvedimenti scollegati e frammentati o, peggio, sperare nella autoregolamentazione degli operatori.

Tale sforzo – effettivamente compiuto dal legislatore - è stato percepito anche dalla collettività che ha recentemente riscoperto una attenzione alle problematiche ambientali, dovuta soprattutto alla maturazione di una sensibilità maggiore per eventi che, a causa del loro impatto, hanno gravi conseguenze sull'ambiente e sui diritti fondamentali, assumendo talvolta dimensioni globali.

Fino a questo momento l'ordinamento italiano, che prima degli anni duemila era un modello di riferimento nella tutela dell'ambiente, ha ceduto l'iniziativa all'Unione Europea che, a partire dal 2004, ha legiferato in maniera prolifica e costante, rinnovando il sistema di protezione ambientale, introducendo importanti novità e contribuendo a delineare un modello in grado di apprestare una tutela effettiva. I dati dicono che, in ragione della *mission* dell'Unione, importanti passi saranno fatti nel corso dei prossimi anni e che, purtroppo, sussiste la concreta possibilità che l'Italia rimanga costretta ad inseguire le novelle normative comunitarie. L'auspicio è che, anche in Italia, la legislazione nazionale sia all'altezza di quella dell'Unione e consenta la maturazione e lo sviluppo di una economia sostenibile raggiungendo appieno gli obiettivi della *circular economy* ma, gli interventi in tal senso nonostante i leggeri ritardi, sono di ottimo auspicio.



## *L'intelligenza Artificiale irrompe nel mondo dell'arte: l'apertura di nuove frontiere giuridiche* di **CAMILLA RACO**

**1. INTRODUZIONE** **2. INTELLIGENZA ARTIFICIALE: COSA È?** **3. LA LEGGE SUL DIRITTO D'AUTORE: DALLE ORIGINI ALLE NUOVE FRONTIERE** **3.1 LE OPERE PROTETTE** **3.2 L'AUTORE** **3.3 I DIRITTI MORALI E PATRIMONIALI** **4. SISTEMI DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE: CREATIVITÀ ED ORIGINALITÀ NEL NUOVO SCENARIO ARTISTICO** **5. IL DILEMMA SULLA PATERNITÀ DELL'OPERA: A CHI SPETTANO I DIRITTI SULLE OPERE REALIZZATE DALLE NUOVE MACCHINE CREATIVE?** **5.1 LA CADUTA DELL'OPERA NEL PUBBLICO DOMINIO** **5.2 IL ROBOT COME ARTISTA** **5.3 IL PROGRAMMATORE QUALE AUTORE** **5.4 L'UTENTE QUALE AUTORE** **6. LE SOLUZIONI ALL'AVANGUARDIA ADOTTATE DA ALCUNI PAESI EUROPEI ED EXTRA-EUROPEI E I NUOVI POSSIBILI SCENARI** **7. CHE FINE FANNO I DIRITTI MORALI?** **8. DA THE NEXT REMBRANDT AL RITRATTO DI EDMOND DE BELAMY** **9. PLAGIO E RESPONSABILITÀ IN CASO DI VIOLAZIONI: ROBOT ARTEFICI O DANNEGGIATI?** **9.1 PLAGIO ARTIFICIALE** **9.2 LA TUTELA DEI DATI** **10. LE INIZIATIVE EUROPEE E INTERNAZIONALI** **11. CONCLUSIONI**

**1. Introduzione.** Gli uomini sono diventati strumenti dei loro stessi strumenti. Con questa frase, Henry David Thoreau, filosofo e scrittore statunitense, nel lontano 1800 aveva già preannunciato l'evoluzione tecnologica che stiamo vivendo oggi. Un'evoluzione che sembra non avere un punto di arresto, caratterizzata da un continuo mutamento che difficilmente riesce ad essere incanalato nei binari legislativi.

L'ultimo punto di arrivo, o meglio, di ripartenza, vede quali protagonisti i sistemi di Intelligenza Artificiale, ovvero sistemi hardware e software dotati di specifiche capacità tipiche dell'essere umano. In breve, una macchina che ha lo scopo di riflettere l'intelligenza umana. Ed anche questa tecnologia, a dir poco rivoluzionaria, sta piano piano entrando a far parte del quotidiano, proprio come quelle innovazioni che un tempo sembravano utopiche ed oggi sono diventate scontate e quasi banali. Internet ad esempio.

Questa quarta rivoluzione ha dato una scossa anche al settore culturale, in cui sistemi di AI hanno fatto il loro ingresso, prendendo terreno nel mondo dell'arte, della musica e della scrittura. I cosiddetti robot-artisti sono ormai capaci di scrivere poesie, comporre musica e dipingere, indipendentemente dall'uomo, quali vere e proprie macchine creative.

Meno di tre anni fa è stato pubblicato il primo volume di poesie scritte da un'Intelligenza Artificiale: Xiaoice. Deep Mind, una Google-owned company, ha creato un software che, partendo dall'ascolto di semplici registrazioni, è in grado di produrre musica; The Next Rembrandt, è stato uno dei primi quadri generati grazie a sistemi di machine-learning, noto per aver riportato in vita il grande maestro olandese: Rembrandt Van Rijn. Questi sono solo alcuni degli esempi capaci di dimostrare le abilità sviluppate dall'AI, che da semplice strumento di supporto per l'uomo si sta trasformando in automa indipendente.

È dunque evidente la nuova era che stiamo attraversando e di cui siamo parte. Un'era che vede ergersi una tecnologia automatizzata, avanzata ed autonoma, la quale pone però molti e complessi interrogativi in diversi settori. Uno di questi è il diritto d'autore, in cui tutto ruota attorno alla tutela dell'essere umano e dell'opera creativa. Viene perciò spontaneo domandarsi: può un'opera creata da un robot considerarsi originale ovvero il risultato di una creazione intellettuale d'autore? I sistemi di Intelligenza Artificiale possono reputarsi artisti? Le opere create dai robot-artisti sono meritevoli di protezione autorale?

A tali quesiti la legge non ha ancora dato una risposta certa. Alcune indicazioni sono pervenute da altri ordinamenti, ma il sistema legislativo si trova spesso impreparato di fronte all'avanzamento tecnologico. Nel presente articolo verranno esaminate le soluzioni prospettate per porre rimedio all'attuale incertezza ed emergerà come, in questa sfida non ancora conclusa, il legislatore deve iniziare ad anticipare le possibili problematiche anziché continuare a rincorrere ciò che è nuovo, al fine di limitare le ripercussioni che l'assenza di certezze arrecherebbe agli artisti, alla cultura ed al mercato in generale.

**2. Intelligenza Artificiale: cosa è?** L'Intelligenza Artificiale ha molteplici applicazioni sia in termini di approcci che di obiettivi ed in diversi settori, rendendo difficile fornirne una definizione unica ed omogenea<sup>1</sup>. In via generale, si può

---

<sup>1</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, Art 3 (Definizioni) "sistema di intelligenza artificiale (IA)": un sistema basato su software o integrato in dispositivi hardware che mostra un comportamento che simula l'intelligenza, tra l'altro raccogliendo e trattando dati, analizzando e

affermare che l'Intelligenza Artificiale studia i fenomeni teorici, le metodologie e le tecniche che consentono di progettare sistemi hardware e software in grado di fornire all'elaboratore elettronico prestazioni, che ad un osservatore comune, apparirebbero quali di esclusiva appartenenza dell'intelligenza umana. Tuttavia, lo scopo dell'Intelligenza Artificiale non è quello di replicare l'intelligenza umana, quanto piuttosto riprodurre ed emulare alcune sue funzioni.

Il padre di questa nuova scienza è Alan Turing, il quale nel 1950 completò il manifesto sull'intelligenza delle macchine, che si proponeva di stabilire se e quando una macchina possa considerarsi intelligente. *Can machines think?* Questo era l'interrogativo sollevato dal matematico nel suo articolo "*Computing Machinery and Intelligence*"<sup>2</sup>, al quale propose di dare soluzione attraverso il noto Turing Test: se una macchina è in grado di dialogare con un uomo, senza che quest'ultimo riesca a distinguere se stia parlando con una macchina oppure con un altro essere umano, allora la macchina deve considerarsi intelligente, ovvero pensante.

In questi stessi anni, furono sviluppate innumerevoli forme di intelligenza che segnarono l'apertura a ciò che oggi conosciamo quale Intelligenza Artificiale. Infatti, benché Turing abbia dato una scossa iniziale, fondamentale per la nascita di tale rivoluzionaria disciplina, l'Intelligenza Artificiale debutta ufficialmente nel 1956, anno in cui il termine fu coniato da John McCarthy<sup>3</sup> durante il seminario tenutosi presso il Dartmouth College di Hanover, New Hampshire. Da questo momento inizia lo sviluppo dei sistemi AI come li conosciamo noi oggi. Uno sviluppo che vede il suo apice in macchine in grado di dar vita a *nuove creazioni artistiche*. Non più dunque semplicemente macchine "pensanti" in grado di risolvere problemi, ma veri e propri *creatori* indipendenti dall'uomo.

Sebbene venga da taluni affermata l'impossibilità di trasporre la totalità della mente umana – scrigno di peculiarità illimitate - in elaboratori elettronici, ciò

---

interpretando il proprio ambiente e intraprendendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici.

<sup>2</sup> Alan Turing, (1950), *Computing Machinery and Intelligence*.

<sup>3</sup> John McCarthy, Computer Science Department, Stanford University, (1998), *What is artificial intelligence?*

non ha impedito ad un romanzo scritto da un robot di passare le selezioni del premio letterario Hoshi Shinichi, né ad un dipinto creato indipendentemente dall'Intelligenza Artificiale, di essere venduto all'asta per \$432,000,000.

Tutto ciò è stato possibile grazie allo sviluppo di meccanismi di machine-learning, sui cui si basano principalmente i sistemi AI. Attraverso un modello di apprendimento automatico, la macchina è in grado di apprendere senza essere programmata esplicitamente: sulla base di un'enorme quantità di dati che vengono forniti all'algoritmo, questo ha la capacità di imparare da essi e migliorarsi continuamente, valutando i dati e confrontando i risultati ottenuti e quelli desiderati, così da applicare progressive correzioni. In tal modo, la macchina è indipendente: l'uomo deve "solo" preoccuparsi di preparare i dati necessari per l'apprendimento e lasciare che l'algoritmo "impari" in autonomia come avvicinarsi, in modo asintotico, alla soluzione ideale, adattandosi all'evolversi della situazione ed agli imprevisti.

Lasciando da parte le varie implicazioni etiche e filosofiche e concentrandosi su quelle giuridiche, emerge chiaramente come la realizzazione di *opere artistiche* da parte di *macchine creative indipendenti* possa dar vita a molti interrogativi e controversie. Essi non riguardano solamente la definizione della figura autorale, da sempre associata all'essere umano, con tutte le implicazioni che ne derivano, ma coinvolgono anche l'utilizzo di dati – intesi in senso lato - necessari per alimentare gli stessi algoritmi, i quali possono essere soggetti a protezione autorale.

### **3. La Legge sul Diritto d'Autore: dalle origini alle nuove frontiere.**

L'impatto dell'Intelligenza Artificiale sul mondo dell'espressione artistica e delle opere destinate ad uso puramente intellettuale ovvero, le opere dell'ingegno, ha reso sempre più frequenti le notizie che vedono al centro della cronaca dipinti, brani musicali, poesie, generati dalle c.d. macchine creative; perciò, per comprendere a pieno la portata di tale cambiamento e le problematiche ad esso connaturate, occorre innanzitutto domandarsi le ragioni alla base della tutela autorale. Ragioni che ben possono identificarsi nella protezione della creatività

degli individui<sup>4</sup>, i quali beneficiando dalle proprie creazioni intellettuali, sono incentivati ad investire tempo e risorse nelle loro opere, contribuendo così allo sviluppo culturale ed economico della società. Sono dunque lampanti le ambiguità che sorgono dal momento in cui, al posto dell'uomo, subentra un elaboratore elettronico. Ambiguità che devono essere esplorate e risolte al più presto dal legislatore, sia nazionale che europeo.

La protezione autorale si radica, a livello nazionale, nella Legge n. 633 del 1941 (Legge sul Diritto d'Autore) – e nel codice civile; a livello europeo invece, sono numerose le direttive volte a disciplinare i vari aspetti del diritto d'autore, pur non essendosi ancora raggiunta una tutela armonizzata a tutto tondo. Tra queste, possono essere citate la direttiva concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore, la direttiva sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione; la direttiva relativa alla protezione dei programmi per elaboratore, nonché da ultimo, la direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale<sup>5</sup>. Infine, a livello internazionale, normativa di riferimento è la Convenzione di Berna che stabilisce alcuni dei principi fondamentali della materia insieme al WIPO Copyright Treaty.

In particolare, la Legge n. 633 del 1941 (L.d.a), in poco più di mezzo secolo, ha assistito a cambiamenti radicali della società – dallo sviluppo di Internet all'avvento dell'AI - ed è sopravvissuta, con molteplici aggiustamenti ed integrazioni. L'innovazione e le nuove tecnologie hanno infatti reso indispensabile un adeguamento della normativa alla società attuale, il quale però non è sempre stato al passo con i tempi. Una disciplina che ha come colonna portante la creatività umana, non è per definizione adatta a tutelare una "creatività" robotica; almeno non fin quando determinati concetti del diritto d'autore continuano ad essere associati all'essere umano. È dunque il legislatore che dovrà indicare la direzione da intraprendere nel prossimo futuro.

---

<sup>4</sup> *"IP systems were originally invented to encourage, facilitate or reward human creations"*, Prof. Alice Lee, Hong.

<sup>5</sup> Direttiva 93/98/CEE; Direttiva 2001/29/CE; Direttiva 91/250/CEE; Direttiva 2019/79/UE.

Ma quali sono, ad oggi, le opere meritevoli di protezione? E chi può essere definito autore?

**3.1. Le opere protette.** L'articolo 1 della Legge n. 633 del 1941 sancisce che *“formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione”*.

È innanzitutto fondamentale sottolineare, come si evince anche dalla lettura dell'articolo, che la protezione autorale cade sulla forma espressiva e non sull'idea. È nota la tradizionale, e da taluni criticata, dicotomia idea-espressione, che si propone tra l'altro di evitare monopoli sulle idee.

Una volta stabilito che è la *manifestazione* di un pensiero, di un'idea, di un sentimento ad essere tutelata e non l'idea o il concetto in sé, occorre indagare i requisiti che tale estrinsecazione deve soddisfare.

Requisiti, che si riducono al carattere della *creatività*. Tale elemento rappresenta il denominatore comune del variegato elenco, esemplificativo, di opere comprese nella protezione autorale. Tuttavia, la creatività è elemento tanto essenziale quanto discusso in merito al significato da attribuirgli. Essa rappresenta l'incontro tra *originalità* e *novità* – sebbene tali due elementi non siano espressamente indicati quali condizioni necessarie ai fini della protezione - e deve essere in grado di esprimere la *personalità* ed *individualità* dell'autore.

Come affermato dalla Cassazione<sup>6</sup> il concetto legale di creatività non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta. Ciò implica che anche semplici manifestazioni, esternate dall'autore, possono essere oggetto di protezione: *“la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia”*.

---

<sup>6</sup> Cass. Civile, Sez. I. 12 marzo 2004, n. 5089.

Tuttavia, nonostante l'assenza di un richiamo puntuale a tali due requisiti, l'opera deve in ogni caso presentare un *quid novi* rispetto ad un'opera pre-esistente, altrimenti si negherebbe la stessa unicità-essenza del lavoro, nonché lo scopo della protezione. Inoltre, un minimo di originalità – intesa in senso oggettivo - è pur sempre necessaria: le manifestazioni esterne, per quanto semplici, devono essere espressione dell'individualità dell'autore, riflettendone il modo personale di rappresentare fatti, idee e sentimenti.

Definire e delimitare il concetto di originalità non è però semplice. Come discusso da alcuni, a volte la teoria dell'originalità sembra equivalere alla teoria del quasi tutto ed a volte quasi a nulla<sup>7</sup>. Si pensi ad un'opera d'arte ed anche alla imprescindibile soggettività con cui l'uomo vede e giudica un'opera. A ciò si aggiunga che lo stesso concetto viene interpretato diversamente nei vari Stati: i paesi del common law<sup>8</sup> adottano solitamente uno standard di originalità più basso rispetto ai paesi di tradizione continentale.

Già da tali definizioni si evincono le complicazioni che possono sorgere nel momento in cui a creare un'opera non sia un uomo ma una macchina. L'ordinamento tutela il legame vincolante tra l'opera dell'ingegno derivante da una virtù creativa di natura intellettuale e colui che l'ha creata. A questo punto viene spontaneo domandarsi: come può estrinsecarsi la personalità di una macchina? Può una macchina possedere virtù creativa di natura intellettuale, ovvero può l'intelligenza di una macchina realmente essere paragonata a quella di un uomo?

**3.2. L'autore.** Tali problematiche sono perciò strettamente collegate alla figura dell'autore, titolare ab origine di diritti morali e patrimoniali sull'opera. Nessuna normativa ne fornisce una definizione, limitandosi ad enunciati dai quali la maggior parte dei sistemi legali tendono ad affermare la necessaria natura umana dello stesso.

---

<sup>7</sup> Vignaux Smyth J., *Originality in Enlightenment and beyond*, in McGinnis R., (2009), *Originality and intellectual property in the French and English enlightenment*, p. 175-176.

<sup>8</sup> Il diritto d'autore deve essere distinto dal *copyright* di origine anglosassone. Entrambi sono posti a tutela delle opere creative, ma divergono sotto molteplici altri aspetti.

Nell'articolo 6 L.d.a, che si riflette anche nell'art. 2576 c.c., si legge *“Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale”*. Esso è stato interpretato dalla dottrina maggioritaria<sup>9</sup> quale dimostrazione che l'autore originale di un'opera non può che essere l'uomo-individuo. Tuttavia, alcune opinioni dissenzienti, affermano al contrario, che tale previsione non testimonia la riferibilità della protezione al solo essere umano<sup>10</sup>. Bisogna considerare anche il successivo art. 8, il quale afferma che è reputato autore dell'opera *“chi è in essa indicato come tale, nelle forme d'uso, ovvero è annunciato come tale, nella recitazione, esecuzione, rappresentazione o radiodiffusione dell'opera stessa”*. In modo analogo, in Germania<sup>11</sup> viene sancito il requisito di una *“creazione intellettuale personale”*; sulla stessa linea, anche Francia e Spagna.

Neppure la Convenzione di Berna fornisce una definizione della figura autorale. Tuttavia, riconoscendo che la protezione dell'opera è legata alla vita dell'autore<sup>12</sup>, in un certo senso essa consolida le visioni precedenti.

In definitiva, può affermarsi che è autore colui che esercita un giudizio soggettivo nel comporre l'opera e controlla la sua esecuzione. È evidente che tale descrizione non riesce ad inglobare ed esaurire l'intera categoria di “autori” ad oggi esistenti. Come dovrebbero considerarsi i robot-artisti che realizzano opere “creative” indipendentemente dall'uomo e che umani certamente non sono? È ipotizzabile identificare un autore in tale contesto? In caso affermativo, chi può essere definito tale? Dovrebbe forse allargarsi il concetto di autore sì da ricomprendervi anche le macchine creative?

**3.3. I diritti morali e patrimoniali.** L'autore, è l'unico titolare originario di diritti morali e patrimoniali. Perciò, la sua corretta individuazione ed

---

<sup>9</sup> Ubertazzi L.C., (2016), *Commentario breve sulle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, p. 1499.

<sup>10</sup> Fabiani M., (1993), *Il diritto d'autore*, p. 519 ss.

<sup>11</sup> Urheberrechtsgesetz – UrhG, Division 2, section 2.

<sup>12</sup> Convenzione di Berna, art. 7 (1).

identificazione è fondamentale affinché egli possa esercitare tali diritti ed attivarsi nel caso in cui vengano violati.

Per quanto riguarda i diritti patrimoniali, essi rappresentano il corrispettivo economico dell'autore e sono essenziali per favorire il trasferimento di informazioni nonché promuovere uno sviluppo culturale. Infatti, l'autore è il solo soggetto che può decidere se e come usare la sua opera, nonché se e come concederne l'utilizzo a terzi. Pertanto, tali diritti, oltre ad essere tra loro indipendenti, sono rinunciabili e cedibili. Inoltre, hanno una durata limitata: si estinguono 70 anni dopo la morte dell'autore. Queste caratteristiche hanno proprio l'obiettivo di bilanciare i diritti del titolare con i diritti degli utenti – promuovere l'accesso all'informazione, l'educazione ed un progresso generale.

I principali, e più controversi, diritti patrimoniali sono il diritto di riproduzione dell'opera, il diritto di comunicazione e distribuzione nonché il diritto di elaborazione.

Al contrario, i diritti morali sono inalienabili, irrinunciabili ed imprescrittibili. Essi attengono alla sfera dei c.d. diritti della personalità e sono volti a tutelare, tra l'altro, l'onore e la reputazione dell'autore. Infatti, uno dei diritti morali consiste proprio nel diritto di opporsi ad ogni deformazione e mutilazione/modificazione che possa apportare un pregiudizio all'onore ed alla reputazione dell'autore. Inoltre, quest'ultimo ha il diritto a ritirare l'opera dal commercio quando ricorrano "gravi ragioni morali". Essenziale è il diritto di rivendicare la paternità dell'opera.

Per entrambi tali categorie, si pongono molti interrogativi nel caso in cui creatore di un'opera sia un robot. Come può un soggetto elettronico ricevere i ricavi dallo sfruttamento dell'opera? Può un robot essere ritenuto direttamente responsabile nel caso in cui l'opera creata risulti plagio di un'opera di un terzo? Come possono essere lesi i diritti morali di un elaboratore elettronico?

Ad oggi, nessuna previsione normativa regola un tale scenario. Si possono solamente avanzare ipotesi su quale sia la soluzione più adatta, nella speranza che un indirizzo venga presto indicato.

**4. Sistemi di Intelligenza Artificiale: creatività ed originalità nel nuovo scenario artistico.** Alla luce della normativa e degli interrogativi suesposti, sono chiare le problematiche che si pongono e che ad oggi sono ancora prive di una risposta certa ed uniforme nel caso in cui sia una macchina – indipendentemente dall'uomo - a creare un'opera dell'ingegno. Infatti, occorre distinguere le opere create dall'uomo con il supporto dell'Intelligenza Artificiale da quelle create autonomamente da sistemi AI. Sono quest'ultime a far oscillare l'intero sistema legislativo su cui si basa il diritto d'autore in quanto, benché è pur sempre un essere umano a fissare determinati parametri, l'output finale è di esclusiva "ideazione-esecuzione" della macchina, grazie allo sviluppo dei sistemi di machine-learning, deep-learning e neural network.

La prima domanda a cui bisogna dare una risposta è se le opere create dall'AI possano effettivamente dirsi espressione *creativa*, e dunque *originale*, essendo tale concetto da sempre ancorato all'essere umano; la creatività infatti viene costantemente identificata quale componente dell'intelligenza umana. Pertanto, come può essere conciliato il concetto di creatività – già di difficile determinazione - con questo nuovo scenario tecnologico?

Nell'ambito dell'intelligenza computazionale, la creatività può essere definita come la capacità di produrre soluzioni innovative rispetto a quelle proposte da altri sistemi AI<sup>13</sup>. Dunque, nel momento in cui una macchina dà vita ad un'opera, proponendo una soluzione che presenta un *quid novi* rispetto al già esistente, tale output sarà meritevole di tutela, analogamente a quanto avviene con gli esseri umani.

Tuttavia, la soluzione non è così lineare dal momento in cui non è l'intelligenza computazionale in sé ad essere l'oggetto in questione, quanto piuttosto il prodotto creato da tale intelligenza. Non passa perciò inosservato il criterio del "author's own intellectual creation"<sup>14</sup>, elaborato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di armonizzare lo standard di originalità, ora richiesto

---

<sup>13</sup> Direttiva 2009/24/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, Art. 1 (3).

<sup>14</sup> *Infopaq International A/S contro Danske Dagblades Forening*, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465.

per tutte le tipologie di opere dell'ingegno<sup>15</sup>. Secondo tale criterio, specificato in susseguenti decisioni della Corte<sup>16</sup>, un'opera può dirsi originale quando l'autore è in grado di esercitare una scelta libera e creativa (free and creative choice) nonché imprimere uno stampo personale sul risultato finale (the author's personal mark). Da ciò consegue che l'opera deve essere il risultato causale diretto dell'azione umana.

Sulla base di tali elementi è stata affermata l'impossibilità per i sistemi di Intelligenza Artificiale di creare opere che possano definirsi creative. L'AI, essendo un'intelligenza completamente implementata attraverso strumenti computazionali, non può dirsi idonea a compiere scelte libere e creative. Alcuni, sostengono che non sia possibile paragonare la di libertà di scelta delle macchine con la libertà di scelta dell'uomo: i comportamenti di un software non possono intendersi liberi, almeno non nel senso che si usa per gli essere umani; e ciò in quanto essi possono sì effettuare delle scelte, ma solamente entro un ben determinato, seppur ampio, set di possibilità<sup>17</sup>.

Sempre in senso critico riguardo alla creatività delle macchine, altri hanno sostenuto come essa richieda capacità di giudizio ed autocritica in ogni momento<sup>18</sup>, mentre i sistemi di Intelligenza Artificiale sono limitati in tali caratteristiche. Questo implica una creatività circoscritta.

---

<sup>15</sup> Prima della summenzionata decisione, la legislazione europea aveva formalmente armonizzato lo standard di originalità solo per il programmi per elaboratore, database e le fotografie. Lo standard era infatti previsto nella direttiva Software, Database and Term Directives. Si evidenzia inoltre, che La nozione di "owns intellectual creation" è diventata fin da subito oggetto di varie interpretazioni. Alcuni autori ritenevano si riferisse all'interpretazione anglosassone, altri a quella continentale. Si tratta comunque di una definizione ambigua in cui il concetto di "own" può riferirsi sia all'assenza di una copia che all'impronta dell'autore.

<sup>16</sup> *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others*, C-145/10 REC; *Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others*, C-403/08; *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09.

<sup>17</sup> Grimmelmann J., (2006), *There's No Such Thing as a Computer- Authored Work - and It's a Good Thing, Too*, p. 408 s. Per una visione opposta si veda Pearlman R., (2018), *Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors Under U.S. Intellectual Property Law*, p. 30, il quale afferma: "those that detract from the potential for AI creativity fail to distinguish between deep-learning approaches that mimic human mental process versus general purpose algorithms that merely automate pre-defined rules and steps" and therefore "[s]uch criticism is based on a misunderstanding of advanced AI and relies merely on anecdotal understandings".

<sup>18</sup> Boden M., (2004), *The Creative Mind. Myths and Mechanisms*, p. 163.

Ancora, viene evidenziata la mancanza di intento e soddisfazione di tali macchine, creatrici ma non creative.

Tuttavia, tali argomentazioni non sono esenti da critiche. In primo luogo, l'attuale livello di sviluppo tecnologico consente di affermare che anche certe macchine siano dotate di un effettivo grado di libertà, che gli consente di effettuare scelte libere e creative nel senso di cui si discute. Coerentemente a quanto affermato, lo sviluppo di Creative Adversarial Networks (CAN), combinando una creatività convergente ed una divergente, fanno sì che i sistemi di Intelligenza Artificiale agiscano in modo imprevedibile<sup>19</sup>. Di talché, lo stesso processo che genera il prodotto finale è contenuto in una sorta di scatola nera, sconosciuta persino al programmatore.

A supporto di tale affermazione viene evidenziato come, nella disciplina autorale, il legislatore non richiede che l'autore di un'opera sia totalmente cosciente e dotato di capacità naturale al momento della creazione. La tutela viene garantita per il solo fatto che l'opera viene ad esistenza, anche se generata da un soggetto incapace, incompiuta o "non voluta".

Altri<sup>20</sup>, sottolineano come di recente i sistemi intelligenti vengono addirittura influenzati dall'ambiente circostante, proprio come gli esseri umani.

Le conclusioni che si possono trarre da tali argomenti, non portano però a considerare i sistemi AI intelligenti nel senso giuridico del termine, facendogli così acquisire una personalità giuridica. L'intelligenza delle macchine non è paragonabile – almeno per ora – a quella dell'uomo, così come non può esserlo la sua creatività. Tuttavia, tale inegualità può considerarsi irrilevante laddove l'output finale prodotto dall'AI sia di carattere creativo nel senso che sia diverso da ciò che pre-esiste, e presenta un tocco di particolarità che potrebbe far emergere una personalità umana dal momento che, benché non siano realmente intelligenti e creative, possono comunque agire come tali<sup>21</sup>. Ciò è inoltre

---

<sup>19</sup> Elgammal A., Liu B., Elhoseiny M., Mazzone M., (2017), Can: Creative adversarial networks, generating art by learning about styles and deviating from styles norms.

<sup>20</sup> Moss R., (2015), *Creative AI: the robots that would be painters*.

<sup>21</sup> Kaplan J., (2018), *Intelligenza artificiale: guida al futuro prossimo*, Roma, Luiss University Press, p. 105.

supportato da studi che dimostrano come sia sempre più difficile distinguere le opere create dall'uomo da quelle create dai robot<sup>22</sup>.

Per concludere, proprio in virtù della necessità di promuovere la cultura, l'avanzamento, l'informazione, nel valutare lo standard di *originalità*, sarebbe opportuno dare risalto al *risultato creativo* piuttosto che al processo computazionale, per definizione, non creativo. Nelle future scelte legislative, si potrebbe perciò prospettare un'estensione del concetto di originalità e creatività, sì da includere anche opere create da entità diverse dall'uomo, dando valore a tutto ciò che c'è dietro la macchina.

**5. Il dilemma sulla paternità dell'opera: a chi spettano i diritti sulle opere realizzate dalle nuove macchine creative?** Ciò che emerge nelle opere AI-generated è dunque la mancanza di collegamento tra l'opera finale, che pur essendo un output generato da una macchina, presenta connotati latu sensu creativi, e l'autore-uomo, in questi casi inesistente – almeno così sembrerebbe. Come precedentemente evidenziato, la maggior parte degli Stati, tra cui l'ordinamento italiano, richiede, ai fini dell'ottenimento della protezione autorale, la presenza di un individuo che estrinseca la propria personalità attraverso una originale forma espressiva. La centralità dell'uomo viene evidenziata dalla normativa europea e dalle pronunce della CGUE<sup>23</sup>. Tale posizione sembra essere seguita anche oltre oceano, dagli Stati Uniti<sup>24</sup>. Pertanto, nell'attuale contesto legislativo, qual è la sorte delle opere create dall'AI?

---

<sup>22</sup> Guadamuz A., docente universitario il quale ha proposto ai suoi studenti un gioco che egli chiama "bot or not". Gli mostra foto e dipinti, fa ascoltare loro della musica e legge loro delle poesie. I risultati dimostrano che negli ultimi 5 anni, gli studenti hanno trovato sempre maggiori difficoltà nell'identificare quali erano le opere create dall'uomo e quali le creazioni eseguite dell'Intelligenza Artificiale. A tale difficoltà nel discernere le opere umane da quelle robotiche, Guadamuz ricollega inoltre i problemi di opponibilità che si presenterebbero nel caso in cui tali opere cadessero nel pubblico dominio.

<sup>23</sup> Caso Infopaq C-5/08; Caso Football Dataco; Caso Painer.

<sup>24</sup> *Feist v. Rural Telephone*, 499 US 340, 346 (1991). La corte specifica come il copyright protegge solamente "*the fruits of intellectual labor*" that "*are founded in the creative powers of the mind*"; *Naruto v. Slater*, 28 January 2016, Northern District Court of California. Inoltre, lo US Copyright Office si è espresso nel senso che registrerà "*an original work of authorship, provided that the work was created by a human being*" and "*the Office will not register works produced by a machine or mere mechanical process that operates randomly or automatically without any creative input or intervention from a human author*".

**5.1. La caduta dell'opera nel pubblico dominio.** Nel momento in cui l'originalità viene ricollegata all'autore-uomo, e l'orientamento prevalente afferma che la disciplina autorale riserva la tutela alle sole opere create dall'uomo, le creazioni generate indipendentemente dall'Intelligenza Artificiale, dovrebbero cadere nel *pubblico dominio*. Tutti avrebbero il diritto di sfruttare tali opere gratuitamente e senza richiedere il consenso ad alcuno. Resta quindi da chiedersi: quali sono le conseguenze economiche e culturali della libera utilizzazione dell'opera? Tale risultato è compatibile con la ratio del diritto d'autore?

Sono diversi i risultati prospettabili: da un lato vi è chi sostiene che la mancanza di incentivi, causata dall'assenza di remunerazione per le creazioni dell'opera artistica, quale derivato di programmi hardware e software, creerebbe un impasse nel modo dell'arte, e nell'economia in generale<sup>25</sup>. Infatti, se le creazioni non venissero protette, si ipotizza una diminuzione degli investimenti nel settore AI, impedendogli di raggiungere i risultati promessi e sperati.

Dall'altro, vi è chi è favorevole alla caduta di tali opere nel pubblico dominio, evidenziando come la protezione dei computer-generated works andrebbe a discapito dell'uomo-artista e della sua creatività, in tal modo contrastando la stessa ratio della protezione autorale<sup>26</sup>. Tuttavia, bisogna anche considerare "gli effetti collaterali" della presente tesi: non sembra in realtà che la protezione di opere generate dall'AI possa recare un pregiudizio ai capolavori dell'uomo più di quanto comporterebbe una loro caduta nel pubblico dominio. Infatti, se le opere fossero completamente liberalizzate, i lavori creati dagli artisti avrebbero barriere di sfruttamento più elevate rispetto ai lavori generati dall'AI, pur essendo le due categorie di opere molto simili e di difficile distinzione. Si consideri inoltre che le opere "artificiali", oramai sempre più comuni, potrebbero divenire anche più economiche. Ci si chiede dunque: tutto ciò beneficerebbe e

---

<sup>25</sup> Guadamuz A., Senior Lecturer in Intellectual Property Law, University of Sussex, United Kingdom (2017), *Artificial Intelligence and copyright*.

<sup>26</sup> Butler T.L, (1982), Hastings Communications and Entertainment Law Journal, *Can a computer be an author? Copyright aspects of Artificial Intelligence*, p. 734.

promuoverebbe la creatività umana, oppure provocherebbe l'esatto contrario – un acquisto incontrollato di opere generate da robot a scapito di quelle create dagli artisti?

Attualmente, ancora non vi sono studi certi sulla possibilità di eventuali fallimenti di mercato nell'adottare l'una o l'altra strategia, né è stato accertato l'effettivo bisogno di incentivi per la produzione di creazioni da parte di sistemi AI. Una qualsiasi conclusione, necessiterebbe un esame degli effetti che la protezione di opere AI-generated potrebbero avere sul mercato delle opere artistiche o sull'innovazione – uno studio che richiede tempo.

Nonostante la mancanza di certezze assolute, l'inquadramento legislativo difficilmente può restare immutato in una società radicalmente mutata dal punto di vista tecnologico e non solo. Alla luce di ciò, la caduta nel pubblico dominio non sembra essere la soluzione da favorire. Rientra infatti nella logica del mercato investire ove può esservi un ritorno economico; ma se nessun vantaggio deriva dalla creazione di tali opere futuristiche, gli investimenti si sposteranno altrove, così danneggiando il settore culturale.

Inoltre, basta considerare che ai tempi in cui la legge sul diritto d'autore fu scritta, uno scenario in cui fossero le macchine a creare opere artistiche, non era minimamente prospettabile; da ciò derivando la mancata previsione di tutele. Oggi invece, in cui l'Intelligenza Artificiale è una realtà più viva che mai, la domanda fondamentale diventa piuttosto: se non la macchina, chi è l'autore dietro ad essa e dunque meritevole di protezione?

**5.2. Il robot come artista.** Alcuni, si proclamano sostenitori della creazione di una nuova personalità giuridica: il robot-artista<sup>27</sup>. Tale sembrava anche la direzione intrapresa dal Parlamento Europeo nel 2017, il quale invitava la Commissione ad elaborare criteri per definire una "creazione intellettuale

---

<sup>27</sup> Ciò emerge da alcune decisioni delle corti Indianae che riconoscono idoli e animali quali entità giuridiche relativamente alla titolarità dei diritti di copyright, nonché dal Giappone, il cui governo ha considerato la possibilità di un nuovo regime di protezione per le creazioni non-umane, simile a quello previsto per i marchi.

propria” da parte della macchina<sup>28</sup>. Si è però recentemente assistito ad un’inversione di tendenza. Nella Risoluzione del 2020 è stato infatti affermato che “*non sarebbe opportuno dotare di personalità giuridica le tecnologie di IA e ricorda le ripercussioni negative di una siffatta possibilità sugli incentivi per i creatori umani*”<sup>29</sup>.

Benché alcuni Stati, con uno sguardo proiettato ad un futuro avanguardista, stanno riconoscendo i robot quali entità giuridiche - l’Arabia Saudita ha concesso la cittadinanza al robot Sophie mentre Tokyo ha concesso residenza al robot Shibuya Mirai - un approccio così futuristico non è altrettanto efficace nella risoluzione delle attuali problematiche. Esso non risponde infatti alla logica autorale, finalizzata ad incentivare gli autori a generare nuove creazioni per un progresso sociale. Ma stimolare delle macchine non è un obiettivo realizzabile: non sono esse ad aver bisogno di incentivi per generare degli output. Inoltre, per quanto indipendenti, i robot sono ancora incapaci di svolgere determinate funzioni umane, come provvedere alla raccolta dei dati o citare in giudizio un soggetto per aver plagiato la propria opera.

Adottare una simile soluzione avrebbe quindi notevoli implicazioni etiche oltre a comportare ulteriori e forse ancor più complesse problematiche giuridiche.

**5.3. Il programmatore quale autore.** Altri autori evidenziano come il collegamento dell’output finale con l’uomo non sia del tutto assente, ma risulti solo più attenuato. Essi affermano che la soluzione più adeguata consiste nell’assegnare i diritti dell’opera creativa al *programmatore*<sup>30</sup> della macchina. In tal modo, colui che ha realizzato il software, viene indirettamente indicato anche come creatore dell’opera artistica finale, nonché titolare dei diritti esclusivi su di essa.

---

<sup>28</sup> Risoluzione Parlamento Europeo, 16 Febbraio 2017, p. 16 “l’istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi;

<sup>29</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale (2020/2015(INI)).

<sup>30</sup> Guadamuz A., v. nota 26.

Il punto focale di tale tesi risiede nella considerazione che senza il software e la creatività del suo autore, l'output finale – un'opera d'arte, un brano musicale, una poesia - non sarebbe mai stato realizzato. Perciò, è lecito che parte del "merito" venga riconosciuto al tale individuo. Si sottolinea inoltre il tempo e le risorse, anche economiche, che il programmatore ha investito nella sua creazione; ed in mancanza di beneficio economico per tali investimenti, egli non si impegnerebbe nella creazione dell'opera<sup>31</sup>. Sulla scia del "skill, labour and judgement" approach tradizionale dei sistemi di copyright.

Tuttavia, il programmatore viene già tutelato per la sua reale creazione, ovvero il software<sup>32</sup>. Premiarlo anche per ciò che potenzialmente la macchina potrebbe creare, sì grazie alle informazioni e principi generali che egli ha immesso, ma che risulta essere una creazione totalmente sconnessa dalle sue capacità creative, appare una forzatura. Tanto è vero che l'output finale è sconosciuto ed imprevedibile al programmatore stesso: egli crea le potenzialità della macchina, ma non l'attualizzazione dell'opera.

Emergono anche difficoltà di tutela dei diritti assegnati al programmatore. Una volta programmata, la macchina sarà venduta ed utilizzata da un altro soggetto – che ha acquisito determinati diritti sul programma. Le ulteriori opere create dal robot-artista, non saranno così facilmente riconoscibili ed individuabili, anche alla luce del fatto che l'*utilizzatore* non avrebbe alcun interesse a comunicare al *programmatore* la creazione di un'altra opera, e così perdere parte del ricavato economico da essa prodotto.

Ridurre a zero la distanza tra il programmatore e l'opera creativa realizzata grazie al software, non rientra pertanto tra le soluzioni più convincenti: essa ignora lo standard di creatività ed originalità necessario per la protezione di opere dell'ingegno e non considera l'origine meccanica dell'opera stessa.

---

<sup>31</sup> Samuleson P., (1985), University of Pittsburgh Law Review *Allocating ownership rights in computer generated works*, p. 1205.

<sup>32</sup> Direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

**5.4. L'utente quale autore.** Le impraticabilità di un'assegnazione dei diritti al programmatore, ha fatto emergere una soluzione che, forse più delle altre, si avvicina alla figura autorale intesa in senso tradizionale. Colui che *utilizza* il programma per dar vita all'opera, viene considerato autore e titolare dei diritti sull'opera stessa. *L'utente o utilizzatore*<sup>33</sup>.

Tuttavia, anche in questo caso la soluzione non può dirsi perfetta. In un contesto tecnologico in cui l'azione dell'utente si limita in molti casi al semplice atto di digitare parole quali "componi" o "dipingi" - rispettivamente nell'ambito di software che generano musica e arte - ed in cui gli stessi input portano alla creazione di opere differenti, appare eccessivo considerare il "digitatore" quale autore nel senso tradizionale del termine. Resta da chiedersi però se possa essere comunque giustificata la titolarità di diritti in capo ad esso.

Alcune giustificazioni si rinvengono nella Direttiva Software. Essa prevede, nel caso di un software creato da un lavoratore dipendente, la possibilità di assegnare i diritti al datore di lavoro, nonostante egli non abbia creativamente partecipato alla realizzazione del prodotto<sup>34</sup>. Ciò in considerazione del fatto che quest'ultimo è stato responsabile dell'*esternalizzazione* dell'opera, consentendo così alla società in generale di beneficiare della creazione. Tale discorso potrebbe essere trasposto per le opere generate dai robot-artisti: l'utente non apporta un contributo creativo alla canzone, alla poesia o al dipinto; ciononostante egli è responsabile della generazione e visibilità esterna dell'opera stessa.

Inoltre, l'utente ha investito per l'acquisizione dei diritti di utilizzazione dell'AI, ed in qualche modo deve essere "ricompensato" di tali investimenti. Si ricordi però, come si dirà in seguito, che il diritto d'autore non protegge gli investimenti bensì la creatività.

---

<sup>33</sup> Samuleson P., (1985), University of Pittsburgh Law Review, *Allocating ownership rights in computer generated works*.

<sup>34</sup> Direttiva Software, Art. 2 (3): "*Qualora i programmi siano creati da un lavoratore dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni del suo datore di lavoro, il datore di lavoro gode dell'esercizio esclusivo di tutti i diritti economici sul programma creato, salvo disposizioni contrattuali contrarie*".

Nonostante la suindicata previsione normativa sia unica nel suo genere, e che la decisione sul come regolare le opere realizzate da lavoratori dipendenti è lasciata ai singoli Stati Membri, la scelta dell'utente quale autore sembra la più conforme, tra le soluzioni finora prospettate, alla ratio ed ai concetti alla base del diritto d'autore. Queste affermazioni sono vere fintanto che si rimane nei confini della materia autorale. Ma non avendo il diritto d'autore come fine la remunerazione dell'investimento di un autore che autore-in-fatto non è, non sarebbe forse più opportuna la creazione di diritti sui generis?

Starà al legislatore nazionale prediligere l'una o l'altra soluzione, valutando quale sia quella più conforme alla protezione di questo nuovo genere di opere, anche basandosi sulle esperienze di altri ordinamenti che vi hanno già provveduto, ma trovando una soluzione originale e adeguata al nostro sistema ordinamentale.

**6. Le soluzioni all'avanguardia adottate da alcuni Paesi Europei ed Extra-Europei e i nuovi possibili scenari.** Come summenzionato, alcuni paesi hanno già da tempo previsto una regolamentazione per le opere creative generate da elaboratori elettronici. È il caso del Regno Unito, della Nuova Zelanda, dell'Irlanda, di Hong Kong. Da tali normative, si possono ricavare alcune indicazioni e linee-guida per lo sviluppo di una nuova disciplina legislativa, ovvero l'aggiornamento di previsioni che non rispecchiano più la realtà che stiamo vivendo oggi.

In particolare, per quanto riguarda lo UK Copyright, Designs and Patent Act del 1988<sup>35</sup>, viene stabilito che autore è colui che ha predisposto i "necessary arrangements" per la creazione dell'opera. Attraverso tale formula, si dà vita ad una finzione legale di paternità dell'opera, attribuita ad un soggetto che autore-in-fatto non è. Tale visione è sposata da alcuni autori quali Guadamuz, il quale afferma come l'idea sottostante sia quella di dare un riconoscimento a quello stesso lavoro che porta alla creazione dei programmi capaci di dar vita alle

---

<sup>35</sup> UK Copyright, Designs and Patents Act 1988, Sezione 9 (3).

macchine creative, anche se poi la “scintilla creativa” che genera all’output finale, viene attuata dalla macchina<sup>36</sup>. Per mostrare la differenza di tutela infatti, la protezione di tali opere ha una durata più breve: 50 anni dopo la morte dell’autore. Inoltre, la struttura dei diritti associati ad esse, è simile a quella dei diritti connessi<sup>37</sup>.

Le ancora scarse dispute che coinvolgono tali opere, non consentono di avere una visione chiara su come tale concetto (*necessary arrangements*) vada interpretato. Anche qui permangono le difficoltà nello stabilire chi effettivamente abbia *adottato le disposizioni necessarie*<sup>38</sup>: colui che ha costruito il nucleo centrale del sistema AI o la persona che lo ha istruito? Che succede in caso di contributi plurimi? Viene inoltre a crearsi il rischio di un monopolio ingiustificato da parte del soggetto beneficiario dei diritti, il quale in alcuni casi difficilmente può dirsi aver effettivamente posto gli “*arrangements necessary*”. Tale previsione non affronta neppure la dibattuta questione dell’originalità dell’opera, lasciando irrisolti tutti gli interrogativi al riguardo.

Alcuni spunti possono rubarsi anche oltreoceano. Negli Stati Uniti, la cui legislazione sembra non consentire una figura autorale non umana, per superare la barriera del pubblico dominio, si ipotizza l’utilizzo della *work-for-hire doctrine*<sup>39</sup>, assegnando così i diritti di sfruttamento economico a colui che *commissiona* la creazione dell’opera. Si ritiene infatti che l’assegnazione di diritti esclusivi a coloro che investono nel mondo artistico, incentiverebbe il futuro sviluppo dell’industria

---

<sup>36</sup> Guadamuz A., Senior Lecturer in Intellectual Property Law, University of Sussex, United Kingdom, (2017), *Artificial Intelligence and copyright*.

<sup>37</sup> I diritti connessi sono quei diritti che la legge riconosce ad altri soggetti comunque collegati all’autore dell’opera i quali consentono la fruizione della stessa da parte del pubblico.

<sup>38</sup> Guadamuz A., sostiene che tale espressione sia ambigua ma nella giusta misura in quanto consente di deviare la domanda sulla dicotomia programmatore-utente ed analizzarla caso per caso, così garantendo la flessibilità di cui tale settore ha bisogno, *Do androids dream of electric copyright?*

<sup>39</sup> Bridy, A., Stanford Technology Law Review, (2016), *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*; Yanisky-Ravid S., Michigan State Law Review, (2017), *Generating Rembrandt: artificial intelligence, copyright, and accountability in the 3a era—the human-like authors are already here—a new model*; Pearlman R., Richmond Journal of Law & Technology no. 2, (2018), *Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors Under U.S. Intellectual Property Law*.

AI; dimenticandosi però, di considerare le logiche proprietarie che potrebbero generare monopoli ingiustificati.

Dalla normativa del Regno Unito, come più in generale in molti paesi anglosassoni, emerge come, mentre il common law system prevede la possibilità di tutelare, mediante il copyright, anche gli interessi di soggetti che autori-in-fatto realmente non sono – si pensi ai produttori di fonogrammi ed ai broadcaster – l’approccio continentale è più restio a tale tendenza, in quanto il sistema del diritto d’autore enfatizzata maggiormente il collegamento intellettuale tra l’autore e la sua opera, collegamento che è improponibile per le opere create dall’AI. Nonostante la visione romantica però, anche il civil law system si sta piano piano orientando verso una logica più economica, diretta a tutelare altresì i produttori, gli investitori, e tutti coloro che hanno contribuito alla creazione dell’opera dell’ingegno in termini economici o finanziari, senza quindi apportare un reale contributo creativo. Un cambiamento di non poco conto, ma rivelatosi necessario a partire dalla nuova società dell’informazione che ha aperto la strada al cosiddetto “multiplayer model”. Un modello che individua i vari stakeholders coinvolti nel processo di realizzazione di capolavori artistici da parte dei più sofisticati elaboratori elettronici che si trasformano in vere e proprie macchine creative; e come conseguenza, l’impossibilità di identificare una sola figura autorale.

Le teorie non si arrestano qui: alcuni autori hanno suggerito la creazione di un diritto sui generis<sup>40</sup> talvolta modulato su quello della protezione dei database. Similmente, altri hanno ipotizzato un modello di diritti connessi<sup>41</sup>, fatto su misura per le AI-generated creations. In entrambi i casi si evidenzia come nelle creazioni dei robot-artisti non viene in rilievo la centralità del riconoscimento della paternità dell’opera quanto piuttosto la protezione degli investimenti fatti.

---

<sup>40</sup> de Cock Buning, M., *Artificial Intelligence and the creative industry: new challenges for the EU paradigm for art and technology by autonomous creation*, Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence Edward Elgar Publishing, 2018; Lauber-Rönsberg A., & Hetmank, S., (2019), *The concept of authorship and inventorship under pressure: Does artificial intelligence shift paradigms?*. Questi ultimi suggeriscono la creazione di un nuovo diritto basato sul modello della proprietà industriale.

<sup>41</sup> Ginsburg J.C., and Budiardjo L.A., Columbia Public Law Research Paper No. 14-597, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 34, No. 2, (2019), *Authors and Machines*.

Per converso, alcune voci continuano a sostenere che la caduta nel pubblico dominio<sup>42</sup> sia da privilegiare; per taluni, unitamente ad un disseminator right<sup>43</sup>, simile a quello assegnato agli editori di libri inediti<sup>44</sup>; altri specificano di fare affidamento nei contratti e nella disciplina della concorrenza sleale<sup>45</sup>.

Tali proposte, ad oggi ancora inattuata, devono essere esplorate e valutate da esperti. La risposta più adeguata non è di facile discernimento, soprattutto considerate le notevoli ripercussioni che una nuova normativa potrebbe avere sul settore IP e sul mercato in generale. A ciò si aggiunga la necessità di una normativa flessibile, in grado di adattarsi all'inarrestabilità dell'evoluzione tecnologica, ma allo stesso tempo capace di fornire certezze. Pertanto, una soluzione opportuna potrebbe essere proprio quella del "multiplayer model" in cui vengono assegnati i diritti – sul modello dei diritti connessi o sui generis – a coloro che hanno contribuito in modo "creativo" ed in qualità di protagonisti, alla creazione dell'opera. Si dovrebbe perciò tenere in considerazione tutto il processo creativo-esecutivo che ha portato alla sua realizzazione. A ciò si dovrebbe unire un ampliamento del concetto di creatività ed originalità, che valuti il risultato finale dell'opera – di parvenza umana - senza dar rilievo al fatto che provenga da una macchina.

**7. Che fine fanno i diritti morali?** Con l'ingresso di soggetti automatizzati, vengono messi in discussione anche i diritti morali; diritti strettamente collegati all'individuo autore-in-fatto dell'opera dell'ingegno. Se infatti è possibile arrivare all'individuazione di un soggetto titolare dei diritti patrimoniali, liberamente trasferibili, maggiori complicazioni sorgono per l'indagine sull'autore morale. Le

---

<sup>42</sup> Schönberger D., (2018). *Deep copyright: up-and downstream questions related to artificial intelligence (AI) and machine learning (ML)*, in *Droit d'auteur*, 4, 145-173; Perry M. & Margoni T., Law Publications, paper 27, (2010), *From music tracks to google maps: who owns computer-generated works?*

<sup>43</sup> Ramalho A., (2017), *Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems*.

<sup>44</sup> Direttiva 2006/116/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 , concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, art. 4.

<sup>45</sup> Bentley P., (2018), *The three laws of artificial intelligence: Dispelling common myths. Should we fear artificial intelligence*, 6-12.

difficoltà derivano dalle caratteristiche intrinseche dei diritti morali, inalienabili ed indisponibili: nessun altro soggetto, se non il “vero” autore, può esserne titolare.

Potendo tali diritti spettare esclusivamente ad autori-umani, ed essendo l'autore-in-fatto una macchina, l'unica soluzione sembrerebbe essere l'assenza di diritti morali con riferimento alle opere generate da sistemi di intelligenza artificiale, mancando quel collegamento diretto tra l'autore e opera.

**8. Da The Next Rembrandt al Ritratto di Edmond de Belamy.** Per avere una visione più chiara e concreta di ciò di cui si sta parlando, è bene fare qualche esempio pratico. Due dipinti, apparentemente normali e di creazione umana, hanno preso il centro della scena negli ultimi anni, evidenziando i limiti dell'attuale disciplina legislativa e la necessità di dare una risposta certa alle insorgenti questioni.

Il primo capolavoro, è intitolato The Next Rembrandt. Un dipinto che sembra aver riportato in vita il grande maestro olandese e la sua capacità di ritrarre le emozioni e la drammaticità dei volti protagonisti dei suoi ritratti. L'emblema dell'incontro tra arte ed Intelligenza Artificiale, due mondi che fino a poco tempo fa potevano definirsi due linee parallele e che oggi invece hanno trovato un punto di intersezione.

Tale dipinto, seppur di parvenza umana, è in realtà la creazione di un elaboratore elettronico, in cui non vi è traccia di pennelli e pittura ma solamente di dati<sup>46</sup> ed una stampante 3D, nonché del lavoro di programmatori, ingegneri e ed esperti del settore dell'arte. La sua creazione, origina dalla raccolta di dati: tutte le opere di Rembrandt, circa 346, sono state studiate da un software che le ha analizzate di pixel in pixel per estrarne il DNA artistico. Data la varietà delle opere, gli esperti hanno deciso di concentrarsi sui ritratti; scomponendone la demografia, è stata identificata la figura da ritrarre: un uomo caucasico, con la barba, tra i 30 e 40 anni di età, vestito di nero con un colletto bianco, il cappello, che guarda alla sua destra.

---

<sup>46</sup> “We wanted to stimulate the discussion on how data and the use of data could lead to innovation”, Ron Augustus, Director SMB Markets, Microsoft Netherlands.

Successivamente, il software ha identificato gli aspetti più caratteristici dello stile del pittore, così da poterli replicare grazie ai sistemi di machine-learning. Sono state studiate proporzioni, geometrie, luci e ombre e tanto altro. La figura risultante dall'apprendimento dell'algoritmo è stata poi trasposta su un piano tridimensionale ed ha preso vita.

Tale opera sfida la stessa nozione di creatività: benché non si possa definire come l'opera che avrebbe dipinto il pittore olandese se fosse stato ancora in vita, essa evidenzia la possibilità di destrutturare la creatività umana fino a creare un risultato che agli occhi di un osservatore risulti imitare la stessa creatività dell'uomo. Può tale output essere definito opera d'arte?

Una parziale risposta a tale interrogativo è stata fornita con il Ritratto di Edmond de Belamy: un'opera creata da un'Intelligenza Artificiale, firmata dall'algoritmo, e venduta all'asta per \$432,000,000. Un risultato che certamente mostra il riconoscimento da parte del mercato dell'arte<sup>47</sup>.

L'opera è stata generata grazie all'algoritmo di Robbie Barrat, diciannovenne americano, che lo ha messo a disposizione attraverso le licenze Open Source. Uno degli utilizzatori di tali licenze è stata "Obvious", una collettiva di ricercatori, artisti ed amici con sede a Parigi. Questi, hanno istruito l'algoritmo con 15,000 dipinti storici presi da WikiArt. Successivamente, la parte generativa dell'algoritmo (Generator), ha utilizzato le opere per imparare da esse e creare qualcosa di "proprio". Il Discriminator invece, individuava le differenze tra l'arte umana ed l'arte prodotta dal Generator. Questo processo è continuato fino a che il Discriminator non è riuscito più a distinguere quali fossero le opere create dall'uomo e quali quelle originate dal Generator. A questo punto, l'output finale poteva dirsi concluso. Un ritratto raffigurante un uomo robusto, probabilmente francese e – a giudicare dal suo redingote scuro e dal semplice colletto bianco – un uomo di chiesa<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Come affermato da Richard Lloyd, specialista di Christie's che ha organizzato la vendita del Ritratto di Edmond de Belamy, *"In some ways the answer to that question was straightforward. It is a portrait, after all; it may not have been painted by a man in a powdered wig, but it is exactly the kind of artwork we have been selling for 250 years"*.

<sup>48</sup> Come descritto dalla casa d'aste Christie's.

Dato il notevole valore dell'opera, ci si domanda a questo punto: Chi è l'autore? Robbie Barrat, per aver sviluppato il software, la collettiva parigina che ha istruito l'algoritmo con 15,000 ritratti, entrambi oppure nessuno può dirsi titolare dei diritti sull'opera stessa?

Per identificare un autore umano nei suddetti casi, si può immaginare che l'espressione artistica non sia determinata solamente dall'output finale – all'apparenza creativo ma privo di quel collegamento intellettuale con l'autore che gli dà l'originalità necessaria - ma da tutto il processo ideativo tramite il quale l'opera è stata concepita. Un processo che vede coinvolti una pluralità di soggetti e che culmina in una manifestazione apparentemente umana. Se quest'ultima fosse la soluzione adottata, molti aspetti della disciplina autorale – a partire dal concetto di originalità - andrebbero rivisti o adeguati a tale particolare fattispecie. Pertanto, come precedentemente menzionato, si potrebbero assegnare agli autori-non-in-fatto, dei diritti connessi oppure dei diritti sui generis che, sebbene non assimilabili al vero e proprio diritto degli autori-in-fatto, gli garantiscano riconoscimento e protezione per l'opera finale realizzata, diversamente creativa ed originale.

**9. Plagio e responsabilità in caso di violazioni: robot artefici o danneggiati?** Oltre ai problemi relativi alla paternità delle opere generate dall'AI e di una loro possibile tutela, sorgono interrogativi in merito alle possibili violazioni del diritto d'autore. Tali violazioni riguardano sia il risultato finale dell'opera generata dal robot-artista, la quale può essere uguale o simile ad un'opera pre-esistente creata da un terzo, sia i dati, intesi in senso lato – immagini, dipinti, canzoni, testi - utilizzati per istruire l'algoritmo, i quali possono essere soggetti a protezione autorale.

**9.1. Il plagio artificiale.** Pertanto, in merito alla prima questione, ci si domanda chi possa essere ritenuto responsabile di plagio ove l'opera generata dalla macchina creativa risulti equivalente ad un'opera umana. Una parte della

dottrina<sup>49</sup>, ritiene necessaria la creazione di una personalità giuridica “elettronica” al fine di rendere i robot direttamente responsabili per i danni causati a terzi, prospettando la creazione di un registro dei robot e l’istituzione di un fondo di garanzia per gli stessi. Diversamente, coloro che supportano il collegamento mediato tra l’autore e l’opera, sulla base delle già menzionate implicazioni etiche e giuridiche che una “personalità elettronica” comporterebbe, privilegiano una responsabilità dell’autore dietro la macchina. Tale soggetto si riduce all’utente o al proprietario della stessa, anche in termini solidali. Quest’ultima visione, è quella seguita dal Parlamento Europeo, il quale nel Febbraio 2017, ha invitato la Commissione, a valutare tra due differenti approcci: una responsabilità per gestione dei rischi ed una responsabilità oggettiva.

Solo recentemente, nell’ottobre 2020, è stata adottata una proposta di regolamento sulla responsabilità civile dei sistemi AI, la quale distingue il regime di responsabilità a seconda dell’impatto del rischio dell’AI. Per i sistemi ad alto rischio, si prevede una responsabilità oggettiva mentre per i sistemi a basso rischio si continua a prevedere una responsabilità per colpa, sulla scia del meccanismo di risk management. Tale normativa, pur mantenendosi uniforme, andrà adattata ai singoli settori.

Per quanto riguarda l’ambito del diritto autorale, si può ipotizzare una responsabilità di colui che ha il potere, nella realtà dei fatti, di controllare i rischi ed i benefici associati alla tecnologia stessa. Si pensi ad esempio al soggetto (o ai soggetti nel caso del multiplayer model) *titolare dei diritti di utilizzazione* di un’opera d’arte: egli ha la possibilità di minimizzare i rischi, facendo verificare da un perito – prima della commercializzazione dell’opera generata dall’AI – se quest’ultima risulti plagiarla di un’altra opera. Inoltre, è sempre il titolare dei diritti ad avere il potere di rimediare, ritirando l’opera dal commercio in caso di contestazione. Ragionamento simile a quello già adottato dalla giurisprudenza

---

<sup>49</sup> Leroux C et. Al., *Suggestion for a green paper on legal issues in robotics*, Contribution to Deliverable D. 2.1. on ELS issues in robotics; Palmerini E., *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, Responsabilità civile e previdenza, fasc. 6, 2016, pag. 1815B.

nel campo dell'editoria, in cui nel caso un'opera risulti plagiaria, è prevista la responsabilità dell'editore in solido con quella dell'autore.

Si deve inoltre segnalare che in tale scenario avanguardista, si stanno sviluppando sistemi intelligenti capaci di riconoscere opere plagiarie, ovvero di "misurare la creatività"<sup>50</sup>. Pertanto, potrebbe sembrare che ciò elimini in radice il problema della responsabilità in questione. Tuttavia, rimane sempre il dubbio se un tale sistema meccanico sarà davvero in grado di "giudicare un'opera" al pari dell'uomo, soprattutto in un settore in cui il soggettivismo è connaturato al giudizio.

**9.2. La tutela dei dati.** Infine, per quando riguarda la questione legata al processo di generazione dell'opera, ovvero il caso in cui il programmatore fornisca al sistema dati coperti dal diritto d'autore, si discute se tale uso non autorizzato di immagini, video, canzoni, possa costituire violazione dei diritti esclusivi dell'autore, in particolare del diritto di riproduzione, oppure se integri un fair use.

Fornendo i dati all'algoritmo, si realizza una riproduzione di copie digitali di opere d'autore, le quali vengono successivamente manipolate dallo stesso. Ci si domanda dunque se sia necessaria l'autorizzazione del titolare dei diritti sulle opere immesse nel sistema AI, le quali risultano fondamentali per la generazione di una nuova opera, precisamente, un'opera "creativa ed originale" con scopi espressivi. La stessa Organizzazione Mondiale sulla Proprietà Intellettuale ha riconosciuto l'importanza di chiarire l'attuale stato dei fatti, richiedendo il commento di esperti in merito alla questione<sup>51</sup>.

Gli Stati Uniti adottano un approccio più liberale, consentendo la riproduzione di immagini, video e altri dati – in assenza di autorizzazione – in quanto giustificata dal fair use, in particolare dall'uso trasformativo<sup>52</sup>. Si ritiene

---

<sup>50</sup> Sartor G., Lagioia F., Contissa G., *European Journal of risk Regulation*, (2019), Cambridge University Press, *The use of copyrighted works by AI systems: art works in the data mill*, pp. 1-19.

<sup>51</sup> Tale domanda fu riformulata da 16 membri del Global Expert Network on Copyright User Rights nei loro commenti indirizzati alla WIPO proprio per chiarificare la domanda originaria.

<sup>52</sup> Leval PN., *Harvard Law Journal* 1105, (1990), *Towards a fair use standard*.

che la riproduzione e manipolazione dei dati immessi nel sistema, non danneggi i diritti esclusivi dell'autore sull'uso tradizionale che fa dell'opera. Diversamente l'Europa, ove operano degli standard più rigidi: non è prevista una dottrina del fair use, sebbene a volte venga utilizzata nella particolare accezione dell'uso trasformativo; vengono ad ogni modo previste delle eccezioni al ricorrere delle quali non è necessaria l'autorizzazione dell'autore, come nel caso della riproduzione temporanea<sup>53</sup>.

Ciò nonostante, sia questo particolare uso trasformativo che le altre eccezioni previste dalla normativa europea e nazionale, giustificano la mancanza di autorizzazione ove non venga fatto un uso con scopo espressivo dei dati raccolti<sup>54</sup>. Chiaramente, ciò non include i casi sotto esame, in cui viene generata una *nuova opera* che ha proprio l'intento di *estrinsecare* un quid novi creativo. Perciò, il vero problema che sorge in questi casi va oltre la proprietà intellettuale: non si tratta solamente di fornire una risposta riguardo alla liceità di una riproduzione e manipolazione non autorizzata, in quanto occorrerà verificare se le summenzionate eccezioni arrivino a giustificare l'utilizzo di immagini, video e brani musicali coperti dal diritto d'autore per la generazione di *nuove opere creative con scopo espressivo*, da parte degli elaboratori elettronici.

Invero, fintanto che tali dati vengono utilizzati per finalità non-espressive, la loro riproduzione e manipolazione non collide con i diritti morali e patrimoniali d'autore. Tuttavia, la situazione cambia nel momento in cui essi sono alla base di una nuova manifestazione originale e creativa. In tali casi, sorge il rischio di una lesione dei diritti degli autori proprio in considerazione delle capacità raggiunte dai robot-artisti, le quali possono spingersi fino ad emulare l'individualità e la personalità degli autori stessi. Il risultato di tale scenario non si limita alla possibilità che l'opera generata dal robot risulti essere plagiaria di opere di terzi, utilizzate quali dati da fornire all'algoritmo, ma trascende in una vera e propria

---

<sup>53</sup> Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, art. 5.

<sup>54</sup> *Authors Guild v. Google, Inc*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

individualità rubata. L'emulazione del DNA artistico delle opere immesse nel sistema AI può danneggiare la personalità dell'autore delle stesse, minacciando la sua creatività ed espressione artistica, divenuta replicabile e non più così caratterizzante.

Occorre dunque trovare un punto di equilibrio che consenta il progresso tecnologico e lo sviluppo di nuove forme espressive, lasciando però intatti i poteri degli autori sulle proprie opere e sulla propria individualità. Per raggiungere un tale obiettivo, si potrebbe optare per un modello di licenze Open Source, prevedendone delle caratteristiche "su misura" ove i dati protetti dal diritto d'autore vengono forniti agli algoritmi per generare nuove opere creative.

**10. Le iniziative europee ed internazionali.** Molte sono state le iniziative europee ed internazionali volte a far chiarezza sulle questioni sollevate dall'avvento delle macchine creative indipendenti, dimostrando la consapevolezza dell'inadeguatezza dell'attuale quadro normativo.

Nel 2017, il Parlamento Europeo ha invitato la Commissione ad adottare un approccio orizzontale e tecnologicamente neutro nel settore IP. Approccio che è stato confermato dalla Risoluzione del Maggio 2020, la quale ha tuttavia fatto un passo indietro in merito a certe affermazioni, quali la possibilità di identificare nelle macchine una nuova personalità giuridica. A livello generale, merita di essere citato anche il Libro Bianco dal titolo "Intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia", pubblicato dalla Commissione Europea nel Febbraio 2020.

Anche i singoli Stati Membri hanno provato a dare un loro contributo: in Francia, il Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, ha annunciato la sua missione di far fronte alle sfide legali ed economiche poste dall'AI nei settori di creazione culturale; Il Regno Unito ha stabilito che una delle priorità del 2019-2020 per l'IP Office, sarà di meglio comprendere l'impatto dell'AI sull'intero quadro normativo della Proprietà Intellettuale.

Tali iniziative hanno avuto anche risonanza internazionale. L'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale ha analizzato la rilevanza

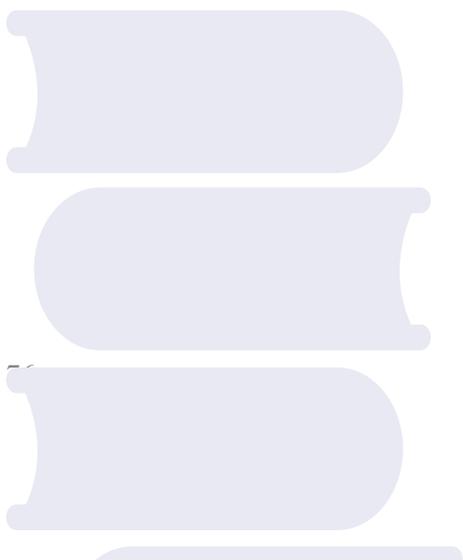
dell'Intelligenza Artificiale nell'ambito della proprietà intellettuale ed ha inoltre inaugurato un processo di consultazione pubblica sui rapporti tra AI e IP, volto ad avere un riscontro sulle questioni più pressanti.

L'AI è stata dunque identificata quale priorità strategica nell'immediato futuro; ma quali saranno le soluzioni che adotterà il legislatore e che metteranno realmente fine alle incertezze?

**11. Conclusioni.** La tecnologia avanza da sempre più velocemente della legge. Rappresenta un mutamento incessante che non può però essere incontrollato; al contrario, è una trasformazione che va regolata per assicurare quella certezza che ogni ordinamento giuridico deve garantire. Attualmente questi nuovi sistemi di Intelligenza Artificiale, i c.d. robot-artisti, macchine creative, automi indipendenti, non trovano posto nella disciplina autorale; una disciplina da sempre orientata a facilitare, incoraggiare e premiare le creazioni umane. Tuttavia, ciò non significa che tali innovative opere dell'ingegno debbano essere escluse da qualsiasi protezione. Coloro che investono – in termini *latu sensu* creativi - nelle nuove forme di espressione artistica, hanno bisogno di incentivi: il loro lavoro deve essere riconosciuto in quanto, al pari della creatività, esso porta ad un progresso della società – culturale, economico e tecnologico. L'evoluzione è infatti connaturata nella società; ed un avanzamento sociale non può vedere inalterato un quadro legislativo. Che sia il “multiplayer model” unito alla creazione di diritti sui generis, oppure altra soluzione ritenuta più adeguata dal legislatore, occorre aprire gli orizzonti a nuove frontiere e vedere gli effetti che ne deriveranno.



**Parte seconda**



# Dossier Covid-19





*La sopravvenienza pandemica nei rapporti contrattuali tra privati: quali rimedi?* di **CLAUDIA MASCIOPINTO**

**SOMMARIO:** **1.** INTRODUZIONE. – **2.** LA DISCIPLINA POSTA A TUTELA DELLE ATTIVITÀ DI IMPRESA. – **3.** L'EMERGENZA SANITARIA E L'ALTERAZIONE DEL SINALLAGMA CONTRATTUALE. – **3.1.** LA SORTE DEI CONTRATTI LA CUI PRESTAZIONE SIA DIVENUTA IMPOSSIBILE. – **3.2.** LE FATTISPECIE PROBLEMATICHE E I POSSIBILI RIMEDI. – **4.** GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA. – **5.** SPUNTI CONCLUSIVI.

**1. Introduzione.** L'emergenza sanitaria mondiale esplosa in Italia nel mese di febbraio ha imposto un radicale cambiamento delle condizioni di vita e ha arrecato gravi danni a tutta la popolazione, sia pure sotto diversi punti di vista. Oltre alle conseguenze negative sulla salute pubblica, la pandemia ha avuto risvolti pregiudizievoli anche sul mercato, avendo inciso fortemente sullo strumento che permette il buon funzionamento dello stesso e la circolazione di ricchezza: il contratto. Infatti, la crisi sanitaria in quanto tale o le misure di contenimento adottate dal Governo per evitare l'espansione del virus<sup>1</sup> hanno avuto ricadute più o meno determinanti sulla possibilità di eseguire le obbligazioni contrattuali.

I recentissimi provvedimenti giudiziari, che hanno cercato di dare risposta alla questione concernente quali siano gli strumenti giuridici ai quali l'interprete debba ricorrere per far fronte all'incidenza della crisi epidemiologica sui rapporti

---

<sup>1</sup> Ai fini che qui interessano, si ricordano: Dpcm 8 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (in GU Serie Generale n. 59 del 08-03-2020); Dpcm 9 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale" (in GU Serie Generale n. 62 del 09-03-2020); Dpcm 11 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale" (in GU Serie Generale n. 64 del 11-03-2020), che ha stabilito la sospensione, salve date eccezioni, delle «attività commerciali al dettaglio», delle «attività dei servizi di ristorazione», e delle «attività inerenti i servizi alla persona»; Dpcm 22 marzo 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale" (in GU Serie Generale n. 76 del 22-03-2020), che ha stabilito la sospensione, salve date eccezioni, delle «attività professionali» e di «tutte le attività produttive industriali e commerciali».

contrattuali in corso, dimostrano la tendenza dei giudici che si sono espressi finora a decidere in base alla logica del caso per caso, non essendosi formato un orientamento stabile e condiviso.

Alla luce di queste pronunce, occorre ripercorrere i possibili scenari conseguenti all'impossibilità intesa in senso ampio, per una o entrambe le parti di un contratto, di adempiere alle proprie prestazioni contrattuali a causa della pandemia ed individuare quali siano i rimedi contrattuali più appropriati per tutelare entrambi i pasciscenti, in relazione alle finalità dagli stessi perseguite mediante il rapporto contrattuale.

A tal fine, verranno prese in esame sia le disposizioni elaborate *ad hoc* dal legislatore dell'emergenza<sup>2</sup> sia i tradizionali istituti del diritto privato, e, contestualmente, verranno analizzati i rapporti tra le prime e i secondi, tentando così di comprendere l'effettiva portata delle regole introdotte dalla legislazione emergenziale.

Si propone di seguito una distinzione effettuata in base ai diversi rimedi contrattuali prospettati per far fronte all'emergenza, la cui diversità è dettata talvolta dalla qualità delle parti, talaltra dalle prestazioni oggetto del contratto, in altri casi ancora dagli interessi dei contraenti sottesi all'accordo.

**2. La disciplina posta a tutela delle attività di impresa.** La prima categoria riguarda i contratti per i quali lo stesso legislatore dell'emergenza, per

---

<sup>2</sup> Per quelle di maggiore interesse ai fini del presente scritto: D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (in GU n. 45 del 23-2-2020), convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13; D.L. 2 marzo 2020, n. 9 "Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (in GU Serie Generale n. 53 del 02-03-2020); D.L. 9 marzo 2020, n. 14 "Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19" (in GU Serie Generale n. 62 del 09-03-2020); D.L. 17 marzo 2020, n. 18 – Decreto Curatitalia "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (in GU Serie Generale n. 70 del 17-03-2020), convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27; D.L. 25 marzo 2020, n. 19 "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19" (in GU Serie Generale n. 79 del 25-03-2020), convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35; D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (Decreto Rilancio) "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (in GU Serie Generale n. 128 del 19-05-2020), convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

far fronte alle sopravvenienze dovute alla pandemia, ha dettato una disciplina volta alla manutenzione del contratto e non alla sua eliminazione.

Si tratta dei contratti di trasporto, dei contratti aventi ad oggetto un pacchetto turistico<sup>3</sup>, dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura<sup>4</sup> e, infine, dei contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati e dei contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo<sup>5</sup>.

La *ratio* ispiratrice di queste norme si può certamente identificare nella volontà di aiutare le imprese, il cui *business* si fonda sui contratti stipulati con i clienti, a non risentire in maniera eccessiva gli effetti della crisi dovuta alla pandemia ed evitare il rischio che le stesse non riuscissero a proseguire l'attività una volta finita la situazione di emergenza. Si tratta di disposizioni eccezionali e di applicazione circoscritta ad un determinato periodo di tempo necessario a fronteggiare l'emergenza sanitaria che mirano a salvaguardare maggiormente gli interessi degli imprenditori operanti in comparti, come quello del turismo, fra i più colpiti dalla situazione scaturita dalla situazione emergenziale.

Il palese *favor* del legislatore nei confronti delle attività imprenditoriali piuttosto che dei fruitori delle stesse si sostanziava, nelle prime norme emanate, nel fatto che, qualificata la pandemia quale causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta dal professionista per il periodo di *lockdown* ex art. 1463 c.c., il rimborso a favore del consumatore o era totalmente sostituito dalla corresponsione di *voucher*<sup>6</sup> o era previsto come alternativo al *voucher*, sulla base

---

<sup>3</sup> Art. 88-*bis* del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 rubricato "Rimborso di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici". Per una trattazione approfondita degli effetti della pandemia sui contratti turistici si veda R. SANTAGATA, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. primi appunti*, in *giustiziacivile.com*, 4, 17 aprile 2020.

<sup>4</sup> Art. 88 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 rubricato "Rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura". Per un *focus* sulle conseguenze della pandemia sui contratti menzionati, si veda F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *giustiziacivile.com EMERGENZA COVID-19 Speciale*, 1, pp. 237 ss.

<sup>5</sup> Art. 216, commi 3 e 4, del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 rubricato "Disposizioni in tema di impianti sportivi".

<sup>6</sup> Così. per i contratti di trasporto, i contratti aventi ad oggetto un pacchetto turistico e i contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo.

di una scelta discrezionale del professionista<sup>7</sup>. Inoltre, non era difficile immaginare che il numero degli imprenditori che avrebbero scelto la via del rimborso sarebbe stato esiguo, poiché l'inevitabile prolungata sospensione delle loro attività ha reso assai difficoltoso, se non impossibile, reperire in breve tempo le risorse finanziarie necessarie ad ottemperare agli obblighi di rimborso; quindi, lo strumento del *voucher*, si è presentato per gli stessi maggiormente conveniente, permettendo loro di godere della dilazione temporale nell'esecuzione delle prestazioni che avrebbero dovuto essere eseguite durante il *lockdown*.

Tra i primi commentatori di queste norme *ad hoc*, chi si è espresso a favore delle stesse lo ha fatto in base alla convinzione che queste fossero idonee anche a garantire una maggiore tutela ai clienti delle imprese (creditori delle prestazioni ineseguibili per le misure di contenimento), che altrimenti sarebbero stati esposti all'insolvenza di tutti quegli imprenditori commerciali medio-piccoli<sup>8</sup>. Secondo altri, avrebbe dovuto essere riconosciuto al *voucher* il vantaggio di inserirsi in una logica manutentiva, che consentirebbe alla relazione giuridica di non esaurirsi ma di rimanere in vita pienamente efficace, sia pure posticipando la sua programmata realizzazione al momento di cessazione degli eventi causativi l'impossibilità della prestazione<sup>9</sup>.

Molti, al contrario, hanno evidenziato che le norme introdotte fossero attributive di sproporzionati a vantaggio degli imprenditori e contestualmente a

---

<sup>7</sup> Così era previsto per i contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura.

<sup>8</sup> In tal senso, F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, cit., pp. 250-251, il quale ha affermato di comprendere l'esigenza di offrire un sostegno alle attività economiche pregiudicate dall'emergenza epidemiologica in atto.

<sup>9</sup> Così R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *giustiziacivile.com*, 5, 6 aprile 2020, secondo cui la logica manutentiva è propria di quella più ampia cultura rimediale di matrice europea, a mezzo guado tra ordine pubblico di direzione (a tutela, non soltanto della concorrenzialità, del mercato) e ordine pubblico di protezione (a tutela del contraente debole), in margine alla quale pure sarebbe bene interrogarsi circa la sua natura integrativa o sostitutiva della disciplina rimediale di matrice codicistica. Anche C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 4, 15 aprile 2020, ha valutato opportuno che il legislatore abbia dettato un autentico diritto dei contratti dell'emergenza, apprezzando i primi interventi normativi, quale quello racchiuso nell'art. 88 del D.L. 18/2020, derogando agli ordinari meccanismi restitutori delle somme già ricevute, tali da produrre, a livello di sistema, un impatto particolarmente negativo nella situazione di recessione già in atto.

discapito dei consumatori. Si è rilevato che, per quanto meritoria fosse la finalità di tutela degli imprenditori particolarmente colpiti dalle conseguenze economiche dell'epidemia, era opinabile la strada scelta dal legislatore per attuarla: anziché contemplare specifiche sovvenzioni da parte dello Stato, si era scelto di sacrificare gli interessi economici degli acquirenti, ledendone la libertà contrattuale ed espropriandoli del loro diritto al rimborso dei pagamenti effettuati. Infatti, anche questi ultimi potrebbero essere soggetti pesantemente esposti agli effetti economici del Coronavirus, trovandosi in una situazione di difficoltà finanziaria, e avrebbero necessità di tutela.

Oltre agli aspetti critici già messi in evidenza, occorre anche segnalare che la disciplina concernente i contratti aventi ad oggetto pacchetti turistici dettata dal legislatore dell'emergenza contrastava con specifiche prescrizioni della direttiva 2015/2302/UE relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, la quale prevede a favore del turista che recede il diritto al rimborso integrale senza penalità. Si tratta di una direttiva di armonizzazione massima dei diritti nazionali, sicché neppure una legislazione di emergenza emanata da uno Stato membro dell'Unione potrebbe derogare alle sue prescrizioni, *a fortiori* se a pregiudizio del solo consumatore<sup>10</sup>; infatti, l'art. 4 di tale direttiva dispone che «salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o introducono nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al viaggiatore un livello di tutela diverso». Conseguentemente, si è affermata la presunta illegittimità della deroga alla direttiva europea attuata dal comma 6 dell'art. 88-*bis* del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in cui sono previste soluzioni più sfavorevoli per il consumatore, nonostante il dichiarato scopo primario della legislazione di emergenza avrebbe dovuto essere quello di proteggere i soggetti

---

<sup>10</sup> Secondo R. SANTAGATA, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti, cit.*, il legislatore, in sede di conversione del D.L. n. 9 del 2020, avrebbe dovuto correggere il testo dell'art. 28, comma 5 (disposizione che prima della conversione del decreto Cura Italia disciplinava la materia in esame, *rectius* art. 88-*bis* cit.) prevedendo i cc.dd. *voucher* sostitutivi quale alternativa al rimborso integrale dei pagamenti effettuati rimessa alla sola facoltà di scelta individuale del viaggiatore.

che a causa della pandemia abbiano dovuto rinunciare a un viaggio, a una vacanza o all'accesso ad uno spettacolo o ad un museo.

Per questi motivi, la Commissione Europea aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia.

Per evitare la procedura di infrazione e per superare le criticità dovute all'inadeguatezza del bilanciamento operato dal legislatore tra le esigenze delle imprese e quelle dei consumatori, il legislatore ha apportato alcune modifiche alla disciplina introdotta inizialmente a cui si fa brevemente cenno.

L'art. 28 del D.L. 2 marzo 2020 n. 9<sup>11</sup> (disciplina confluita successivamente nell'art. 88-*bis* del D.L. 17 marzo 2020, n. 18) prevedeva, in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico che, a causa delle misure di contenimento adottate dal Governo, ricorresse la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile e che, pertanto, il vettore dovesse procedere, alternativamente, al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

La stessa disposizione, con riguardo alla sorte dei contratti di pacchetto turistico da eseguirsi nei periodi di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da covid-19 nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, disponeva che, in caso di recesso del turista, esercitato ai sensi dell'art. 41 del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79 (cosiddetto Codice del turismo), l'organizzatore potesse, a sua scelta, offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, procedere al rimborso nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell'articolo 41 del cod. tur., oppure emettere un *voucher* utilizzabile entro un anno dalla sua emissione di importo pari al rimborso spettante.

---

<sup>11</sup> Decreto non convertito in legge e decaduto il 1° maggio 2020.

Una disciplina molto simile era dettata anche all'art. 88 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, il quale, al primo comma, prevedeva che l'adozione delle misure di contenimento da parte Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 comportasse, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura, e che pertanto il venditore fosse obbligato ad emettere, a seguito della presentazione di apposita istanza da parte dell'acquirente, un *voucher* di importo pari al titolo di acquisto utilizzabile entro un anno dall'emissione.

Le norme esaminate finora sono state modificate, in un primo momento, dal D.L. 19 maggio 2020, n. 34, con cui ancora non venivano accolte le istanze provenienti dagli fruitori delle prestazioni oggetto dei contratti menzionati, che si vedevano fortemente penalizzati. Successivamente in sede di conversione del D.L., la legge L. 17 luglio 2020, n. 77 ha apportato alcuni correttivi finalizzati a garantire una maggiore salvaguardia alle posizioni degli utenti/creditori, permanendo comunque una forte tutela a favore delle attività di impresa.

Per quanto concerne i titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura sono state previste tre novità rilevanti: è stata allungato il periodo di validità del *voucher*, utilizzabile adesso entro diciotto mesi (invece di un anno); si è allungato il termine per la presentazione dell'istanza di rimborso, decorrendo i trenta giorni dalla data di entrata in vigore legge di conversione; infine, si è data al consumatore la possibilità di ottenere anche il rimborso della somma pagata in alternativa al *voucher*, sempre in base ad una scelta del professionista. È comunque disposto che l'emissione dei *voucher* assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario. Un vero proprio obbligo di rimborso con restituzione della somma versata ai soggetti acquirenti, è previsto solo per l'organizzatore di concerti di musica leggera esclusivamente in due casi, che si distinguono in base al momento in cui detto rimborso deve essere effettuato: rimborso immediato, nel caso di cancellazione definitiva del concerto; rimborso alla scadenza del periodo

di validità del *voucher*, quando la prestazione dell'artista originariamente programmata venga annullata, senza rinvio ad altra data compresa nel medesimo periodo di validità del *voucher*.

Con riguardo ai titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici, il legislatore ha confermato quanto già previsto in precedenza, ossia che in caso di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020 la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un *voucher* di pari importo valido per diciotto mesi dall'emissione<sup>12</sup> (non più per un anno) per tutti i rapporti inerenti a suddetti contratti instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020. Anche in questa norma, come in quella esaminata in precedenza, si dispone che l'emissione dei *voucher* a seguito di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020 non richieda alcuna forma di accettazione da parte del destinatario, prevedendo però al contempo, a beneficio degli utenti delle prestazioni in questione, che il *voucher* possa essere utilizzato anche per servizi resi da un altro operatore appartenente allo stesso gruppo societario (se l'emissione sia avvenuta in tal senso) e anche per la fruizione di servizi successiva al termine di validità, purché le relative prenotazioni siano state effettuate entro il termine di diciotto mesi. Un vero proprio obbligo di rimborso dell'importo versato sorge in capo all'impresa solo nel caso in cui, decorsi diciotto mesi dall'emissione, i *voucher* siano rimasti inutilizzati dagli utenti (ed è corrisposto entro quattordici giorni dalla scadenza). Per i contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, il diritto di ottenere il rimborso è agevolato, perché può essere richiesto già decorsi dodici mesi dall'emissione del *voucher* ed è corrisposto entro quattordici giorni dalla richiesta.

Oltre alle novità elencate finora, concernenti i rapporti contrattuali, occorre dar conto anche del fatto che il legislatore sembrerebbe aver esaudito le proposte di qualcuno tra i primi commentatori, istituendo un fondo, nello stato di previsione del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, con una dotazione di

---

<sup>12</sup> Il comma 12-*bis* dell'art. 88-*bis* specifica che la durata della validità dei *voucher* pari a diciotto mesi ivi prevista si applica anche ai *voucher* già emessi alla data di entrata in vigore della disposizione come modificata dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

5 milioni di euro per l'anno 2020 e di 1 milione di euro per l'anno 2021, per l'indennizzo dei consumatori titolari di *voucher* emessi ai sensi della disposizione esaminata, non utilizzati alla scadenza di validità e non rimborsati a causa dell'insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore<sup>13</sup>.

Infine, deve farsi menzione dell'art. 216, commi 3 e 4 del Decreto Rilancio (D.L. del 19 maggio 2020, n. 34), come convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, che ha disciplinato le conseguenze della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, sui contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati e sui contratti di abbonamento, anche di durata uguale o superiore a un mese, per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo. In particolare, il comma 3 prevede che la menzionata sospensione sia sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. Pertanto, in ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito. Con riferimento a questo comma, si può riconoscere al legislatore il merito di aver preso posizione con riferimento alla dibattuta questione<sup>14</sup> concernente quale sia il contraente su cui debbano ricadere le conseguenze negative della crisi dovuta all'emergenza e, a torto o a ragione, ha certamente introdotto un elemento che faciliterà anche l'attività giudiziaria nella risoluzione delle controversie aventi ad oggetto questa tipologia di contratti.

---

<sup>13</sup> Il comma 12-ter dell'art. 88-bis prevede che l'indennizzo è riconosciuto nel limite della dotazione del fondo di e che i criteri e le modalità di attuazione e la misura dell'indennizzo sono definiti con regolamento adottato, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della disposizione, dal Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti

<sup>14</sup> Sulla quale si veda *infra* al § 3.2.

Il comma 4 dell'art. 216, invece, ricalca il tenore delle due disposizioni previste all'interno del D.L. 18/2020 precedentemente analizzate, disponendo, in relazione ai contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo, che a seguito della sospensione delle attività sportive ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile. Pertanto, gli utenti dell'impianto sportivo possono presentare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, istanza di rimborso del corrispettivo già versato per tali periodi di sospensione dell'attività sportiva, allegando il relativo titolo di acquisto o la prova del versamento effettuato, purché il gestore non decida, in alternativa al rimborso, di rilasciare un *voucher* di pari valore utilizzabile presso la stessa struttura entro un anno dalla cessazione delle misure di sospensione dell'attività sportiva.

Alla luce dell'analisi della disciplina contenuta nelle tre disposizioni citate, sono tre i principali rilievi che possono farsi.

In primo luogo, nonostante il legislatore richiami sempre espressamente la disciplina codicistica della risoluzione per sopravvenuta impossibilità totale e definitiva della prestazione oggetto del contratto di cui all'art. 1463 c.c., il rinvio a tale norma è meramente formale, essendo previsto in realtà un regime parzialmente diverso da quello contemplato all'interno di tale disposizione. Infatti, l'art. 1463 c.c. dispone che, nei contratti corrispettivi, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di una parte, estinguendo l'obbligazione di quest'ultima, libera l'altra parte dall'obbligo di eseguire la controprestazione che, se già eseguita, deve essere restituita. Al contrario, nelle norme emergenziali prese in esame, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta dall'esercente non estingue la controprestazione di controparte, ma dà vita ad un'obbligazione facoltativa, potendo il professionista scegliere di negare (adesso solo temporaneamente) al cliente il rimborso fornendogli il *voucher*.

In secondo luogo, occorre mettere in evidenza che gli artt. 88 e 88-*bis* citati, nella parte in cui prevedono che l'emissione dei *voucher* non richieda alcuna forma di accettazione da parte del destinatario si pongono in contrasto

con il dispositivo dall'art. 1197 c.c. che, nel disciplinare l'istituto della *datio in solutum*, dispone che «il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta».

Infine, ci si dovrebbe chiedere perché il legislatore, quando con la legge di conversione del D.L. 34/2020 (legge 77/2020) ha modificato, in senso più favorevole agli utenti, la disciplina riguardante i contratti trasporto, di pacchetto turistico, di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, non abbia proceduto nello stesso senso per gli abbonati ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi. Potrebbe essere ravvisata una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., non essendo ben chiara la ragione per la quale a coloro che non abbiano potuto usufruire dell'abbonamento in palestra durante il periodo di *lockdown* non sia concesso non soltanto di usufruire del *voucher* per il periodo più lungo di diciotto mesi, ma anche di convertire il *voucher* nel rimborso della somma versata alla scadenza dello stesso<sup>15</sup>, come adesso previsto dagli artt. 88 e 88-bis.

### **3.L'emergenza sanitaria e l'alterazione del sinallagma contrattuale.**

#### **3.1. La sorte dei contratti la cui prestazione sia divenuta impossibile.**

Un'altra categoria di contratti che ha patito gli effetti del coronavirus riguarda quelli aventi ad oggetto una prestazione divenuta impossibile con il sopravvenire del covid-19 e delle sue conseguenze. Com'è noto, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione estingue l'obbligazione, qualora dipenda da causa non imputabile al debitore, secondo quanto previsto dall'art. 1256, comma 1 c.c., e libera la parte che vi era tenuta. Per impossibilità sopravvenuta si intende quella situazione impeditiva dell'adempimento non prevedibile al momento del sorgere del rapporto obbligatorio e non superabile con lo sforzo che può essere

---

<sup>15</sup> L'abbonato sarebbe penalizzato fortemente in tutti quei casi in cui allo scadere del suo abbonamento non voglia proseguire il rapporto contrattuale presso l'impianto sportivo che ha rilasciato il *voucher* e quest'ultimo si sostanzia in una somma pari al costo dell'abbonamento per i giorni di *lockdown*, destinata ad essere sottratta alla somma totale da pagare al rinnovo dell'abbonamento (applicandosi, dunque, uno sconto di valore pari a quello del *voucher*).

legittimamente richiesto al debitore. Si è già detto che se l'obbligazione ha fonte in un contratto a prestazioni corrispettive, l'art. 1463 c.c. dispone che la sopravvenuta impossibilità della prestazione di una delle parti oltre a liberare il contraente che vi era tenuto, facendo venir meno la giustificazione alla controprestazione e quindi la causa del rapporto, dà luogo alla risoluzione del contratto. La parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuto.

In alcuni casi, la prestazione può diventare impossibile per la pandemia in sé considerata che perciò integra una causa di forza maggiore impeditiva della prestazione (si pensi, ad esempio, al caso di chi avrebbe dovuto eseguire una prestazione di *facere* infungibile o un contratto *intuitu personae*, ma essendo risultato positivo al covid-19 sia stato costretto al ricovero ospedaliero o all'isolamento obbligatorio). In altri casi, la prestazione non può essere adempiuta a causa della sopravvenienza misure di contenimento disposte dal Governo che, non potendo in alcun modo essere superate dal debitore, costituiscono il cosiddetto *factum principis* e danno luogo ad una impossibilità giuridica (così, ad esempio, l'impossibilità di dare esecuzione al contratto per colui che avrebbe dovuto fornire un servizio presso il proprio locale commerciale – es. parrucchiere, centro estetico – del quale è stata imposta la chiusura da uno dei provvedimenti governativi). In entrambi i casi, si tratta un'impossibilità sopravvenuta della prestazione assoluta e oggettiva, non essendo in alcun modo dipendente da fatto del debitore<sup>16</sup>.

L'art. 91, comma 1, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 ha inserito, all'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020 n. 6, il comma 6-*bis*, il quale prevede testualmente che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata

---

<sup>16</sup> Si veda, sul punto, R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità, cit.*, il quale qualifica la diffusione del covid-19 come «forza maggiore a carattere sociale» e forza maggiore espressamente tipizzata, che non esige la prova dimostrativa della sua verifica da parte di nessuno, neppure dal debitore (a differenza di ciò che normalmente potrebbe verificarsi con riferimento ad tradizionale altro evento riconducibile alla forza maggiore), e che costituisce, in alcune vicende negoziali, un'ipotesi tipizzata di impossibilità sopravvenuta, con la conseguente risoluzione del rapporto.

ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». L'ambito oggettivo di applicazione della disposizione si estende a qualunque tipologia contrattuale, non essendo prevista alcuna limitazione oggettiva o soggettiva<sup>17</sup>. La sua applicabilità potrebbe essere limitata soltanto sotto il profilo temporale, essendo correlata al periodo di crisi epidemiologica e alla sussistenza delle misure di contenimento.

Secondo alcune interpretazioni dottrinarie (e giurisprudenziali come si vedrà più avanti<sup>18</sup>), la norma prevede un'immunità del debitore, il quale sarebbe esonerato da responsabilità, in tutte le ipotesi in cui il suo inadempimento sia reso necessario dal rispetto delle misure di contenimento.

Ad avviso di chi scrive, invece, il legislatore dell'emergenza ha previsto implicitamente un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta relativa e soggettiva. La disposizione in esame, per non essere pleonastica se confrontata con l'art. 1256 c.c.<sup>19</sup>, dovrebbe ritenersi applicabile nei casi in cui la situazione pandemica e le

---

<sup>17</sup> Questo è ciò che emerge da un'interpretazione letterale della disposizione, nonostante l'art. 91 che l'ha inserita all'interno del D.L. 6/2020 sia rubricato "Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici". Infatti, il comma 6-*bis* sembrerebbe dotato di portata generale ed appare applicabile anche al settore dei contratti di diritto privato in virtù del generale richiamo all'impossibilità della prestazione come causa di esclusione della responsabilità contrattuale da inadempimento o da ritardo ed esenzione del conseguente obbligo risarcitorio.

Secondo A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 4, 3 aprile 2020, la disposizione elenca (clausole che dispongono) «decadenze o penali», ma, onde evitare effetti irragionevoli, se non assurdi, la regola va estesa anche alle altre clausole comunque connesse all'inadempimento del debitore (per es. una clausola risolutiva espressa) o al ritardo nell'adempimento (e, dunque, tutte le clausole sugli interessi moratori o, anche, gli interessi da ritardato pagamento disciplinati dal d.lgs. n. 231 del 2002, così come modificato dal d.lgs. n. 192 del 2012); sono temporaneamente inutilizzabili anche altri rimedi (mora del debitore, diffida ad adempiere), nella misura in cui presuppongono un inadempimento imputabile.

<sup>18</sup> Si vedano, in tal senso, Trib. Venezia, sez. I, 14 aprile 2020, in *www.iusexplorer.it*, Trib. Venezia, sez. I, 22 maggio 2020, in *www.iusexplorer.it*, e Trib. Genova, sez. III, Decr., 01 giugno 2020, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>19</sup> A.A. DOLMETTA, *Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *ilcaso.it*, 11 aprile 2020, ha affermato che, in punto di fattispecie, la norma del comma 6-*bis* non altera la nozione di impossibilità sopravvenuta, che sta a presupposto delle regole degli artt. 1256 e 1258 c.c.; su questa nozione la norma nuova non viene a incidere in alcun modo.

misure di contenimento non integrino fattispecie di impossibilità sopravvenuta ex art. 1256 c.c. della prestazione. Quindi, il comma 6-*bis* dovrebbe essere interpretato nel senso che l'obbligazione contrattuale si estingue per impossibilità sopravvenuta della prestazione di una delle parti anche nel caso in cui quest'ultima non abbia potuto adempiere per rispettare le misure di contenimento<sup>20</sup>. Ciò perché l'osservanza dei provvedimenti governativi renderebbe eccessivamente onerosa per il debitore l'esecuzione della prestazione, necessitando uno sforzo non esigibile dallo stesso, secondo il parametro di diligenza a lui richiesto ex art. 1176 c.c. (si pensi al caso di chi si sia impegnato contrattualmente a consegnare una cosa determinata entro un determinato termine e sia costretto, poiché vietati gli spostamenti da casa se non comprovati da esigenze lavorative o situazioni di necessità o motivi di salute, ad adempiere per il tramite di uno spedizioniere, il quale chieda al debitore un corrispettivo eccessivo rispetto al valore della cosa da consegnare; in tal caso, la prestazione non diventa oggettivamente impossibile, ma richiede uno sforzo così gravoso da non poter essere richiesto al debitore).

Inoltre, dalla lettura del comma 6-*bis* non sembrerebbe potersi desumere, come pure da qualcuno affermato<sup>21</sup>, un'inversione dell'onere della prova tale per

---

<sup>20</sup> L'impossibilità sopravvenuta sottesa alla norma in esame è stata affermata da M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 4, 21 aprile 2020, secondo il quale la fattispecie normativa descrive l'ipotesi di debitori che, rispettando le misure richiamate, si siano resi inadempienti, totalmente o parzialmente ovvero siano in ritardo nell'adempimento. L'Autore, in particolare, rileva che la fattispecie è la stessa di quella descritta dall'art. 1218 c.c. a cui è aggiunto il fatto ulteriore che rende la norma eccezionale, ossia il rispetto delle misure di contenimento e, pertanto, l'effetto della norma è opposto a quello previsto dall'art. 1218 c.c., cioè l'assenza di responsabilità del debitore nonostante la mancanza di prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione da parte di quest'ultimo. Da ultimo, anche R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità, cit.*, si è espresso in tal senso. *Contra* A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *cit.*, ritiene che il comma 6-*bis*, disciplina una causa straordinaria di giustificazione dell'inadempimento e introduce contestualmente una causa legale di sospensione dell'adempimento ovviamente estranea, quanto ai presupposti, al contesto proprio dell'*exceptio inadimpleti contractus* ex art. 1460 c.c.; nel senso che il debitore può dichiarare al creditore di sospendere il proprio adempimento in vista dell'osservanza delle misure di contenimento, e per tutta la durata di queste.

<sup>21</sup> In tal senso si è espresso A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *cit.*; CARANCI, *Coronavirus e locazione ad uso commerciale: si può sospendere o ridurre unilateralmente il pagamento del canone?*, in *il Quotidiano Giuridico*, 26 marzo 2020.

cui il creditore dovrebbe provare che l'adempimento sarebbe stato possibile, nonostante la necessità di rispettare le misure di contenimento. In realtà, per il principio di vicinanza della prova di cui all'art. 2697 c.c. resta il debitore a dover provare che le misure di contenimento abbiano reso impossibile l'esatto adempimento e che la causa impossibilitante non sia a lui imputabile<sup>22</sup>. La previsione secondo cui il rispetto delle misure di contenimento è sempre valutato ai fini dell'esclusione della responsabilità avrebbe, dunque, solo alleviato l'onere probatorio a carico del debitore. Pertanto, egli non sarebbe esonerato dal dimostrare che il suo inadempimento è derivato da tale causa impossibilitante, ma dovrà essere sempre considerato come sforzo inesigibile dal debitore l'adempimento reso eccessivamente oneroso dal rispetto delle misure di contenimento del contagio, perché richiederebbe uno sforzo di diligenza superiore a quello dovuto ex art. 1176 c.c. Il creditore della prestazione, invece, dovrebbe provare che il debitore non abbia in realtà rispettato le misure o il rispetto delle stesse non avrebbe comunque impedito l'adempimento della prestazione<sup>23</sup>.

Inoltre, il comma 6-*bis* cit. fa riferimento dell'art. 1223 c.c., che indica i criteri di liquidazione del danno per l'inadempimento o per il ritardo. Questo richiamo andrebbe letto nel senso che se il rispetto delle misure, non determinando l'impossibilità di adempiere, abbia avuto ripercussioni sulle attività che il debitore deve diligentemente predisporre per l'adempimento, la responsabilità del debitore permane ed esso può tuttalpiù incidere sul *quantum* dei danni da risarcire al creditore<sup>24</sup>. In questo caso, il comma 6-*bis* integrerebbe una causa di riduzione del danno, come quella prevista dall'art. 1227, comma 1

---

<sup>22</sup> Il principio è ormai pacifico dalla nota pronuncia Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>23</sup> Così, M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da covid-19*, cit.

<sup>24</sup> Diversamente, M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da covid-19*, cit., ritiene che il richiamo all'art. 1223 c.c. potrebbe essere interpretato nel senso di attribuire al giudice un potere equitativo che gli consenta di valutare il contenuto del rapporto contrattuale nell'ipotesi in cui la prestazione non sia divenuta impossibile, ma per il rispetto delle misure di contenimento sia divenuta particolarmente onerosa. Pertanto, la norma attribuirebbe al giudice un potere di rivedere il contenuto del contratto in via equitativa, operando al di fuori dalle maglie strette degli artt. 1218 e 1223 c.c.

c.c., anche se con presupposti del tutto differenti e un'applicazione temporalmente limitata al periodo emergenziale. Dunque, per non considerarlo ridondante, il riferimento all'art. 1223 c.c., che esclude già di per sé la liquidazione di somme non corrispondenti all'entità del danno effettivamente subito e provato, dovrebbe essere interpretato nel senso che il risarcimento è diminuito quando il rispetto delle misure di contenimento ha concorso a cagionare il danno.

Ritornando all'impossibilità sopravvenuta della prestazione contrattuale dovuta alla pandemia, essa può essere definitiva, temporanea o parziale.

Nel primo caso, l'emergenza sanitaria costituisce un impedimento irreversibile tale da rendere definitivamente impossibile la prestazione contrattuale (si pensi, ad esempio, alla prenotazione al ristorante per il pranzo di Pasqua) e provocare automaticamente l'estinzione del rapporto obbligatorio e la risoluzione del contratto secondo quanto previsto dall'art. 1463 c.c.

L'impossibilità temporanea della prestazione, invece, è quella che si verifica quando la situazione emergenziale integra solo un impedimento di natura transitoria ai fini dell'adempimento della prestazione (si pensi, ad esempio, alla prenotazione di un trattamento presso un centro estetico durante il periodo di chiusura obbligatoria del centro o alla prenotazione di un locale per una festa di compleanno o di un matrimonio). In questi casi, la parte contrattuale temporaneamente impossibilitata ad eseguire la propria prestazione è esonerata dalla responsabilità per il ritardo nell'adempimento, che però dovrà essere effettuato non appena sia venuta meno la situazione emergenziale. La fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta temporanea di cui al comma 2 dell'art. 1256 c.c. è inserita all'interno della disciplina sulle obbligazioni in generale, non essendo invece prevista l'ipotesi in cui la prestazione temporaneamente impossibile sia oggetto di un'obbligazione nascente da un contratto. L'impossibilità della prestazione libererebbe il conduttore dal pagamento dei canoni di cui egli è debitore per tutto il tempo in cui sono rimasti in vigore i provvedimenti restrittivi<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Non essendo prevista all'interno del codice civile una disciplina concernente la sorte della prestazione di un contratto a prestazioni corrispettive quando la controprestazione sia divenuta solo temporaneamente impossibile, si dovrebbe ritenere applicabile l'art. 1464 c.c. sulla risoluzione parziale per impossibilità sopravvenuta. Infatti, seppure l'impossibilità temporanea

In tal caso, il contratto resterebbe sospeso: il contraente inadempiente pur incolpevole non può pretendere la controprestazione e la parte che non riceve la prestazione potrebbe tutelarsi, ovviamente fin quando ha interesse a ricevere la prestazione temporaneamente impossibile, sollevando l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. che, seppur inserita all'interno della disciplina sulla risoluzione per inadempimento, si ritiene possa essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipenda dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore<sup>26</sup>. Infatti, è sempre meritevole di tutela l'interesse della parte di un contratto a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione per evitare disuguaglianze tra i contraenti, poiché qualora la facoltà di sollevare l'*exceptio* fosse preclusa il creditore finirebbe per essere chiamato a sopportare interamente le conseguenze economiche pregiudizievoli dell'emergenza<sup>27</sup>.

---

diventa definitiva nella singola unità di tempo considerata, nei contratti a prestazioni corrispettive dal totale della prestazione dovuta si decurta quella parte di controprestazione divenuta temporaneamente impossibile.

<sup>26</sup> In tal senso, S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *giustiziacivile.com EMERGENZA COVID-19 Speciale*, 1, pp. 219-220.

<sup>27</sup> Cfr. Cass., sez. III, 19 ottobre 2007, n. 21973, in *www.iusexplorer.it*. Nel senso che l'eccezione di inadempimento può essere sollevata anche nei confronti del contraente il cui inadempimento sia incolpevole, cfr. Trib. Cagliari, 21 marzo 1986, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 411, e, in dottrina, tra gli altri, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1988, pp. 18 ss. Tenuto conto che lo scopo dell'eccezione di inadempimento è di salvaguardare l'equilibrio contrattuale, la giurisprudenza (cfr. Cass. 31 marzo 1988, n. 2721, in *Arch. civ.*, 1989, p. 48) ha ritenuto che il rifiuto dell'adempimento è legittimo allorché serva a stimolare l'altro contraente a compiere una prestazione ancora possibile e già scaduta, e non a precostituirsi un risarcimento dei danni per una inadempienza già definitivamente verificatasi. Qualora invece la prestazione sia divenuta impossibile per causa non imputabile al contraente che vi era tenuto, ha luogo la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1463 c.c., ovvero, nel caso di impossibilità parziale, troverà applicazione la disciplina di cui all'art. 1464 c.c., e l'altro contraente, in realtà, è esonerato dall'adempire la propria prestazione non già in attuazione dell'eccezione di cui all'art. 1460 c.c., ma a causa dello scioglimento del contratto. Sul rapporto fra buona fede ed eccezione d'inadempimento, si veda, in dottrina, A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, pp. 167 ss. A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, 4, 29 aprile 2020, parla di uno "stato sospensione bilaterale", ammettendo la possibilità per il creditore, privo di azione nei confronti del debitore protetto dal comma 6-bis, di avvalersi dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria controprestazione, assimilabile, quanto agli effetti sul sinallagma, al novero dei rimedi conservativi (cui appartiene l'*exceptio*) benché divergente quanto a finalità (manca lo scopo di stimolare l'altrui adempimento, perché in questo caso il debitore vorrebbe adempire, ma non può) e presupposti (perché qui si reagisce a un inadempimento non imputabile, giustificato da una specifica disposizione della legislazione emergenziale). La facoltà di sospensione sarebbe concessa al creditore per evitare di patire per intero il rischio economico conseguente allo stato emergenziale e per garantirsi rispetto a una possibile impossibilità

Occorre comunque tener presente che se l'emergenza sanitaria rende l'adempimento temporaneamente impossibile fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla (si pensi all'esempio già fatto del locale per la festa di compleanno, che passati alcuni mesi dalla data del compleanno non si ha più alcun interesse a festeggiare), l'impossibilità diviene definitiva e si applica, anche in questo caso, la disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1463 c.c.

Infine, nel caso in cui l'emergenza sanitaria abbia reso la prestazione di una delle parti contrattuali solo parzialmente impossibile, il rimedio applicabile sarà quello della risoluzione parziale di cui all'art. 1464 c.c., poiché la controprestazione è giustificata solo per la parte corrispondente non divenuta impossibile e pertanto deve essere ridotta. Se però la prestazione che è residua non offre un interesse apprezzabile per il creditore (art. 1174 c.c.), egli può recedere dal contratto (si pensi a tutti i contratti di fornitura ad esecuzione continuata o periodica, adempiuti fino all'arrivo della pandemia, ma non più suscettibili di adempimento a causa del virus e delle misure adottate per farvi fronte).

**3.2. Le fattispecie problematiche e i possibili rimedi.** L'ultima categoria di contratti che si analizza nel presente scritto è quella il cui adempimento non sia stato in alcun modo impedito dal coronavirus o dalle misure di contenimento, ma nonostante ciò l'avvento della pandemia e le sue conseguenze hanno inciso negativamente sulla prestazione di una delle parti rendendo il contratto squilibrato. Tra questi contratti devono essere certamente annoverati i c.d. contratti relazionali, caratterizzati dalla sussistenza di una relazione molto intensa fra le parti, ciascuna delle quali o almeno una organizza la propria sfera in funzione del rapporto con l'altra, che diventa per lei del tutto condizionante. Si

---

definitiva della controprestazione, laddove, ad esempio, il protrarsi dello stato di emergenza ne renda inutile (per il creditore) l'esecuzione (arg. ex art. 1464 c.c.).

tratta solitamente di casi in cui il contratto serve a realizzare operazioni di lunga durata, tecnicamente complesse ed economicamente impegnative<sup>28</sup> che, una volta avviate, sono difficilmente reversibili. Quanto più un contratto è complesso e di lunga durata, tanto più è destinato ad essere incompleto e, pertanto, diviene più difficile la risoluzione dei problemi di gestione del rapporto contrattuale. In tali casi, in cui ragionevolmente occorrerebbe che il contratto prosegua, si soffre più acutamente l'inadeguatezza dei rimedi codificati, per lo più ablativi.

Tra questi contratti devono essere certamente annoverati i contratti di locazione di immobili funzionali allo svolgimento di attività commerciali temporaneamente vietate o adibiti ad uso abitativo per studenti "fuorisede"<sup>29</sup>; in fattispecie di questo tipo l'immobile ha perso per il conduttore ogni utilità o ha conservato un'utilità significativamente inferiore. Ciò può dirsi sia per le attività consentite in cui le misure di contenimento abbiano alterato, e magari tuttora alterino, la profittabilità dell'impresa sia nei casi in cui l'immobile adibito ad attività commerciale sia stato impiegato per il deposito o la conservazione delle merci. In questi casi sembrerebbe potersi dire che la prestazione del locatore di concedere il godimento del bene immobile rimanga possibile e continui a essere eseguita, anche se le facoltà di godimento del bene sono temporaneamente compresse a causa della pandemia.

Il legislatore dell'emergenza, a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti, non ha dettato, in materia di locazioni, disposizioni volte a regolare le conseguenze del sopravvenire dell'emergenza e delle misure di contenimento sui rapporti contrattuali in corso. L'intervento normativo ha invece riguardato alcuni profili non civilistici del rapporto locativo: è stata sospesa l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche a uso non abitativo, fino al 30 giugno 2020, prevista dall'art. 103, comma 6 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18,

---

<sup>28</sup> Si pensi agli appalti per grandi opere impiantistiche o infrastrutturali o alla progettazione, fornitura, messa in funzione, manutenzione funzionale alle stesse. È impensabile che, qualora sopravvengano problemi nel rapporto, l'opera possa essere lasciata a metà o smantellata e rifatta *ex novo*.

<sup>29</sup> Si vedano, per un'ampia trattazione degli effetti della crisi sanitaria sui contratti di locazione: V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com EMERGENZA COVID-19 Speciale*, 1, pp. 233 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 4, 21 aprile 2020.

prorogata fino al 31 dicembre 2020<sup>30</sup>; è stato disposto un credito d'imposta nella misura del 60% dell'ammontare del canone di locazione, in un primo momento solo per i soggetti esercenti attività d'impresa all'interno di botteghe e negozi (art. 65 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18), poi esteso (art. 28 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34) a tutti i soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione conduttori di qualsivoglia immobile a uso non abitativo.

Alla luce di quanto detto finora, ci si domanda in che modo i le parti dei contratti menzionati possano far fronte all'alterazione del sinallagma funzionale. Finora sulla questione sono emerse diverse tesi, che hanno messo in luce sia la prospettiva manutentiva che quella demolitoria.

Secondo una prima tesi sarebbe sempre integrata una fattispecie di impossibilità sopravvenuta, sia pure temporanea, della prestazione del conduttore<sup>31</sup>, secondo alcuni, o del locatore<sup>32</sup>, secondo altri, con conseguente applicazione della disciplina di cui agli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c.

---

<sup>30</sup> Comma modificato dall'articolo 17-*bis*, comma 1, del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, inserito dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, in sede di conversione. Occorre comunque mettere in luce, che l'emergenza non ha fermato le istanze di convalida di sfratto. Infatti, le disposizioni citate hanno bloccato l'esecuzione degli sfratti fino al 31 dicembre, ma non i procedimenti per la convalida. I giudici di merito, però, stanno respingendo le istanze quando sono fondate solo sulla morosità nel *lockdown*. Così, i Tribunali di Napoli (Trib. Napoli, sez. IX, 15 luglio 2020, in [www.iusesplorer.it](http://www.iusesplorer.it)) e di Venezia (Trib. Venezia, 22 maggio 2020, *cit.*, e Trib. Venezia, sez. I, 28 luglio 2020, in [www.iusesplorer.it](http://www.iusesplorer.it), sulla quale si veda anche *infra*) hanno respinto le istanze di rilascio presentate dai locatori che lamentavano la morosità del conduttore di un immobile adibito ad attività commerciale. In entrambi i casi, il titolare dell'attività si era opposto all'intimazione di sfratto, perché la morosità era dipesa dall'impossibilità di usare l'immobile per le restrizioni del *lockdown*. Un orientamento condiviso dal Tribunale di Frosinone che, nell'ordinanza 9130 del 7 agosto 2020, tratta un caso in parte diverso (la morosità non riguardava solo il periodo del *lockdown*, quindi viene ordinato il rilascio dell'immobile), precisando però che il *lockdown* impedisce la convalida degli sfratti intimati ma non l'obbligo di pagare i canoni.

<sup>31</sup> Secondo V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *cit.*, la fattispecie di impossibilità sopravvenuta della prestazione pecuniaria per causa non imputabile al debitore non è nuova al sistema, citando la regola di segno analogo dettata in termini generali nel d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, con il disposto dell'art. 3 che esclude la debenza degli interessi moratori ove «il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

<sup>32</sup> Così U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, *cit.* il quale afferma, con riguardo ai contratti di affitto e di locazione di immobili per uso non abitativo e nei contratti di noleggio, la sospensione o la chiusura delle attività commerciali o produttive, ai sensi dell'art. 3 del D.L. n. 6 del 2020, che non consente l'uso convenuto del bene, si intende quale impossibilità temporanea della prestazione del locatore. In particolare, A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per 'Misure di contenimento' pandemico*, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it), 23 aprile 2020, prende le mosse dalle

In realtà, non sembrerebbe corretto ritenere che le obbligazioni principali incombenti sulle parti del contratto di locazione siano divenute impossibili a causa del coronavirus e delle sue conseguenze, perché ai sensi dell'art. 1575 c.c. le obbligazioni principali del locatore consistono nel mantenere il bene locato in stato da servire all'uso convenuto e garantirne al conduttore il pacifico godimento, mentre quella del conduttore, secondo quanto previsto dall'art. 1587 c.c., si sostanzia nel pagamento del canone.

In primo luogo, è difficile affermare che il covid-19 e le misure di contenimento integrino un'impossibilità della prestazione del locatore per tutto il periodo in cui il conduttore non abbia potuto svolgere la propria attività di impresa all'interno dell'immobile locato, perché non avrebbero alcuna influenza oggettiva sul pacifico godimento del bene da parte del conduttore<sup>33</sup>. Infatti, il locatore avrebbe continuato a garantire alla controparte il godimento dell'immobile, tanto più che la sospensione delle attività produttive non ha mai operato "se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile"<sup>34</sup>, a maggior ragione che in parecchi casi la scelta tecnico-produttiva dell'imprenditore-conduttore ha condizionato la continuazione dell'impiego dell'immobile per l'uso convenuto.

In secondo luogo, il *lockdown* e le altre misure di contenimento del contagio non avrebbero inciso neppure sulla possibilità di dare il corrispettivo al locatore. Infatti, il pagamento del canone locatizio costituisce un'obbligazione pecuniaria che, in quanto tale, rimane pur sempre possibile sia perché può essere adempiuta anche a distanza avvalendosi di tecnologie informatiche sia per il principio *genus numquam perit*, rientrando il denaro tra le cose generiche. Quindi,

---

obbligazioni in capo al locatore, tra le quali quella di mantenere la cosa locata in stato di servire all'uso convenuto, focalizzandosi sul disposto di cui all'art. 1575, n. 2, c.c. la regola di distribuzione del rischio della sopravvenienza in parola consisterebbe nel far gravare interamente sul locatore ex art. 1575 n. 2 c.c. il rischio del mancato godimento per *factum principis*, che renderebbe impossibile l'assolvimento dell'obbligazione di mantenimento della destinazione d'uso, libera il locatore, quale debitore della relativa prestazione.

<sup>33</sup> Nell'assetto del codice civile e della legislazione speciale il locatore risponde delle limitazioni sopravvenute del diritto d'uso del bene dipendenti da fatti che riguardano direttamente la cosa locata e/o il diritto di proprietà su di essa, ma non delle limitazioni sopravvenute dell'attività esercitata all'interno del bene locato. In tal senso, L. MASSA, *Oltre la crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, cit.

<sup>34</sup> Si vedano l'art. 1, comma 1, lett. a, d.P.C.M. 22 marzo 2020, relativo alla c.d. "fase 1", e l'art. 2, comma 2, d.P.C.M. 26 aprile 2020, relativo alla c.d. "fase 2".

l'impotenza finanziaria del conduttore-debitore non potrebbe costituire causa dell'impossibilità sopravvenuta della sua prestazione, dovendo egli sempre rispondere dei rischi inerenti all'organizzazione della propria prestazione. A differenza dei contratti che richiedono la circolazione del debitore sul territorio nazionale o la sua interazione con il creditore, l'adempimento delle obbligazioni nella locazione non pone le parti dinanzi all'alternativa se rispettare le misure restrittive o eseguire la prestazione.

Inoltre, si può ritenere pacifico che alcuni conduttori di immobili adibiti ad attività commerciale non abbiano mai interrotto il godimento dell'immobile locato nelle ipotesi, che costituiscono la maggior parte, in cui quest'ultimo sia servito da deposito per le attrezzature e le scorte di magazzino<sup>35</sup>.

Secondo una diversa tesi prospettata, il conduttore non avrebbe potuto sospendere totalmente o parzialmente l'adempimento della sua obbligazione, invocando l'art. 1460 c.c., altrimenti sarebbe incorso in responsabilità per inadempimento a lui imputabile ex art. 1218 c.c.<sup>36</sup>. Un tale comportamento dovrebbe ritenersi legittimo soltanto qualora venga completamente a mancare la controprestazione da parte del locatore, costituendo altrimenti un'alterazione del sinallagma contrattuale determinante uno squilibrio tra le prestazioni delle parti<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Si veda, in questo senso, L. MASSA, *Oltre la crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, in *giustiziacivile.com*, 6, 16 giugno 2020.

<sup>36</sup> In tal senso, si vedano A. BUSANI e E.C. LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *IlSole24Ore Focus Norme Tributi*, 01 aprile 2020; R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*, in *giustiziacivile.com*, 4, 27 aprile 2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 4, 29 aprile 2020; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, *cit.*

<sup>37</sup> In questo senso, si vedano Cass. civ. n. 20908 del 2018, in *www.iusexplorer.it*; Cass. civ. n. 18987 del 2016, in *www.iusexplorer.it*; Cass. civ. n. 1317 del 2015, in *www.iusexplorer.it*. In un'ottica comparatista si veda l'orientamento restrittivo delle corti inglesi nell'applicazione della *doctrine of frustration*, le quali ancora oggi tendono a preservare il principio della *sanctity of contract (pacta sunt servanda)* espresso nel *leading case* *Paradine v Jane* del 1647. Il caso riguardava il pagamento del canone di un *lease for years* che il *lessee* non aveva pagato poiché non aveva potuto usufruire delle terre a causa dell'occupazione nemica. Il *King's Bench* ha cristallizzato nella sua decisione il principio dell'*absolute contract* affermando che l'obbligazione contrattualmente assunta deve essere adempiuta nonostante la sopravvenienza di "*accident by inevitable necessity*" – nel caso di specie, l'impossibilità di godere delle terre – salvo non siano inserite nel contratto apposite clausole di esclusione della responsabilità. Per un maggiore approfondimento si veda L. VENTURA, *La rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali tra*

In tal senso, secondo questa parte della dottrina, sembrerebbe deporre la disciplina emergenziale, la quale, al comma 1 dell'art. 65 D.L. 17 marzo 2020, n. 18<sup>38</sup> e all'art. 28 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34<sup>39</sup>, prevede in favore dei conduttori di immobili destinati allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo un credito d'imposta pari al 60% del canone dei mesi di marzo, aprile, maggio e giugno, subordinandolo comunque ad una serie di ulteriori condizioni. Tali disposizioni, affermando implicitamente l'obbligo del conduttore di continuare a pagare il canone locatizio, inciderebbero indirettamente sul contratto di locazione senza modificare la prestazione del conduttore ma solo consentendogli di recuperare successivamente parte del

---

*il rafforzamento della "sanctity of contract" nel diritto inglese e l'affievolimento del principio "pacta sunt servanda" negli ordinamenti di civil law*, in *Luiss Law Review*, 1, 2020, pp. 41-81.

<sup>38</sup> «Al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa è riconosciuto, per l'anno 2020, un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1».

<sup>39</sup> «Al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione, con ricavi o compensi non superiori a 5 milioni di euro nel periodo d'imposta precedente a quello in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, spetta un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare mensile del canone di locazione, di leasing o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo.

Il credito d'imposta di cui al comma 1, in caso di contratti di servizi a prestazioni complesse o di affitto d'azienda, comprensivi di almeno un immobile a uso non abitativo destinato allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, di interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo, spetta nella misura del 30 per cento dei relativi canoni.

Il credito di imposta di cui ai commi 1 e 2 spetta alle strutture alberghiere e agrituristiche indipendentemente dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo d'imposta precedente.

Il credito d'imposta di cui al comma 1 spetta anche agli enti non commerciali, compresi gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti, in relazione al canone di locazione, di leasing o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività istituzionale.

Il credito d'imposta di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 è commisurato all'importo versato nel periodo d'imposta 2020 con riferimento a ciascuno dei mesi di marzo, aprile e maggio e per le strutture turistico ricettive con attività solo stagionale con riferimento a ciascuno dei mesi di aprile, maggio e giugno. Ai soggetti locatari esercenti attività economica, il credito d'imposta spetta a condizione che abbiano subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi nel mese di riferimento di almeno il cinquanta per cento rispetto allo stesso mese del periodo d'imposta precedente».

corrispettivo dovuto al locatore<sup>40</sup>. Sembrerebbe pertanto che il legislatore, mediante la norma in esame, abbia agevolato la categoria dei locatori e di riflesso la proprietà immobiliare piuttosto che l'impresa.

Secondo la tesi in esame, il rischio del mancato pieno godimento del bene ricade integralmente sul conduttore, in base al presupposto che le diminuite possibilità di godimento della cosa locata, dovute a provvedimenti limitanti la specifica attività ivi svolta, rientrano nell'alveo del rischio d'impresa gravante sul soggetto esercente l'iniziativa economica<sup>41</sup>. Accogliendo tale prospettiva ci si pone agli antipodi rispetto a quanto previsto espressamente dal legislatore per le imprese che offrono servizi di trasporto, turismo, cultura e svago, per le quali, come si è già detto, è stata dettata una disciplina di *favor*.

Seguendo questa impostazione, il conduttore, soltanto nel caso in cui volesse sciogliersi dal vincolo contrattuale, ha una duplice alternativa. La prima

---

<sup>40</sup> In tal senso, A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit.; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, cit. Secondo tali Autori, il dato normativo in esame si pone in contrasto con quelle opinioni che mettono in discussione l'obbligo di pagare il canone locatizio, poiché il locatore è solo tenuto al garantire il godimento dell'immobile e la circostanza che l'attività non possa essere svolta è il tipico rischio imprenditoriale che ricade sul conduttore, è pertinente alla sua sfera e non può essere trasferito sul locatore proprietario dell'immobile. Un ulteriore argomento idoneo ad avallare la tesi suesposta è dato, secondo quanto sostenuto da L. MASSA, *Oltre la crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, cit., da un'interpretazione *a contrario* dell'art. 216 del decreto Rilancio, il quale, come detto, stabilisce che la sospensione delle attività sportive disposta d'autorità è da ritenersi *ex lege* un fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati e dà diritto a una riduzione del canone pattuito per i mesi da marzo a luglio 2020, salva la prova, a cura della parte interessata, che la riduzione deve essere di diversa entità. Quindi, se la locazione ha ad oggetto beni differenti da quelli indicati dalla norma appena citata, non sarebbe possibile configurare un analogo diritto del conduttore alla riduzione del canone di locazione. *Contra* si veda l'impostazione di A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per 'Misure di contenimento' pandemico*, cit., e di F. FERRO LUZZI, *Effetti secondari del covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in *giustiziacivile.com*, 6, 09 giugno 2020, secondo i quali la disciplina fiscale in nulla incide sotto il profilo della soluzione relativa al problema relativo all'esecuzione dei contratti di locazione di esercizio commerciale (con riguardo agli immobili di cui alla categoria C/1 ovvero riguardo agli altri).

<sup>41</sup> Contro tale impostazione da L. MASSA, *Oltre la crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, cit., secondo il quale nell'alea del rischio imprenditoriale non sarebbe corretto far rientrare un evento assolutamente eccezionale qual è quello che si è verificato nel periodo attuale, che per la sua portata trascende il rischio d'impresa, investendo le attività umane in genere, dovendo pertanto il rischio essere equamente ripartito tra le parti ricorrendo ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., in funzione integrativa del contenuto del contratto, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti.

è quella di agire in giudizio chiedendo la risoluzione del contratto di locazione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c., rimedio esperibile ogniqualvolta un evento straordinario e imprevedibile al momento in cui è stato stipulato il contratto – come certamente è la pandemia in corso – incida sull'equilibrio contrattuale così come inizialmente voluto dalle parti e una delle prestazioni diventi eccessivamente onerosa. La sopravvenuta onerosità della prestazione che deve essere eseguita (c.d. eccessiva onerosità diretta) è equiparata allo svilimento della controprestazione, ossia l'*utilitas* tratta dalla controprestazione (c.d. eccessiva onerosità indiretta), estendendosi la nozione di onerosità alla valutazione di oggettivo squilibrio tra prestazione e controprestazione<sup>42</sup>. In tal senso, dunque, potrebbe dirsi eccessivamente onerosa la prestazione del conduttore, il quale, nonostante la somma del canone locatizio sia rimasta inalterata, non abbia potuto più trarre dal contratto gli originari vantaggi in considerazione delle quali esso era stato concluso.

Dunque, i sostenitori della tesi in esame ritengono che le misure di contenimento stabilite dal governo abbiano alterato definitivamente l'economia complessiva dei contratti in esame nel senso anzidetto. Conseguentemente, mediante il rimedio della risoluzione, il conduttore avrebbe il diritto di ripetere i canoni pagati per tutto il periodo di durata dell'emergenza sanitaria.

Sul punto, non può non tenersi in considerazione però che, secondo il modello comune degli effetti del rimedio risolutorio di cui all'art. 1458 c.c., la retroattività della risoluzione, nei contratti di durata, non pregiudica le prestazioni eseguite prima della sopravvenienza onerosa<sup>43</sup>. Pertanto, le prestazioni che le parti del contratto di locazione hanno continuato ad eseguire durante l'emergenza e prima del verificarsi dell'evento che ha reso il contratto eccessivamente gravoso (accadimento che non in tutti i rapporti contrattuali coincide con il sopraggiungere

---

<sup>42</sup> *Ex multis*, si veda Cass. civ, sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>43</sup> Si parla al riguardo di risoluzione parziale del contratto prevista espressamente dalla legge, così A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1991, p. 23; M. DELLACASA, F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. contr.*, diretto da Roppo, V, 2, Milano, 2006, pp. 375 ss.; Cass. civ., 15 aprile 2002, n. 5434. Si vedano anche A. BELFIORE, voce Risoluzione del contratto per inadempimento, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, 1989, pp. 1325 ss.; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I, 2, Torino, 2006, p. 1767 ss.

della situazione emergenziale in quanto tale) non possono in nessun caso essere travolte, nonostante lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Il locatore, a fronte dell'azione del conduttore ex art. 1467 c.c., ha uno strumento di tipo manutentivo per evitare la risoluzione del contratto, ossia l'offerta di riconduzione ad equità delle condizioni contrattuali, di cui al comma 3 dell'art. 1467 c.c. Peraltro, l'impiego nell'art. 1467 c.c. della parola «può» e non della parola «deve», si ricollega a un principio fondamentale di diritto privato: l'equilibrio giuridico ed economico tra le prestazioni è il contenuto contrattuale che non può essere modificato né dal giudice né da una soltanto delle parti del rapporto. In mancanza di accordo, l'art. 1467 c.c. consente alla parte eccessivamente onerata di ottenere soltanto lo scioglimento del vincolo, ma non la modifica del contratto senza il consenso della controparte<sup>44</sup>. Pertanto, la parte che chiede la risoluzione deve necessariamente essere disponibile a entrambe le prospettive, poiché la riconduzione ad equità fa venire meno l'unica ragione in considerazione della quale l'ordinamento le riconosce il diritto di domandare ed ottenere la risoluzione del contratto.

Tutto quanto esposto finora evidenzia che lo strumento di cui all'art. 1467 c.c. ha una propensione più demolitoria che conservativa del contratto. Il rimedio è volto a rimuovere il vincolo, il riequilibrio del sinallagma costituisce solo un'eventualità, essendo riconosciuta la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che solitamente è meno interessata a rimuovere la situazione di squilibrio, in quanto potrebbe essere da essa avvantaggiata.

Il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta è ritenuto utilizzabile anche dalla giurisprudenza più recente<sup>45</sup> con riferimento all'istituto

---

<sup>44</sup> Si veda, al riguardo, Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2018, n. 2047, in *www.iusexplorer.it*. La disciplina prevista dall'art. 1578 c.c. per i vizi della cosa locata potrebbe costituire un'applicazione speciale dell'art. 1467 c.c., disponendo che il conduttore, la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa a causa dei vizi manifestati dalla cosa locata, non possa senza l'intervento del giudice sciogliersi dal contratto o, per quanto qui di interesse, autoridursi il canone.

<sup>45</sup> Così Cass. civ., sez. I, 05 maggio 2010, n. 10899, in *www.iusexplorer.it*. *Contra* Cass. civ., sez. III, 13 ottobre 2016, n. 20620, in *www.iusexplorer.it*, in cui la Suprema Corte ha ritenuto che in presenza di un'alterazione della situazione di fatto presupposta, le parti avrebbero diritto di recedere *ante tempus* da un contratto di locazione.

della presupposizione<sup>46</sup>, ossia nel caso in cui da un'interpretazione secondo buona fede della volontà negoziale risulta che le parti, pur non facendone espressa menzione nel contratto, abbiano entrambe considerato pacifica e determinante del consenso una determinata situazione di fatto<sup>47</sup>. Questa considerazione è dettata dal fatto che, nei casi in esame, si potrebbe ipotizzare sussistente la presupposizione consistente nell'effettivo svolgimento di un'attività commerciale all'interno dell'immobile locato.

Un'altra strada percorribile dal conduttore, nel caso in cui la fruizione ridotta del bene locato sia inidonea a soddisfare il suo interesse desumibile dal regolamento contrattuale, è quella del recesso, se previsto all'interno del contratto o esercitabile alle condizioni di cui all'art. 27 della legge 27 luglio 1978, n. 392, che richiede la sussistenza di gravi motivi ed un preavviso di sei mesi. Occorre tener presente che il recesso comunque non esonera il conduttore, nelle more, dall'obbligazione di pagamento del canone, che può risultare particolarmente gravosa.

Quelli finora menzionati sono rimedi demolitori, in quanto tendono allo scioglimento del contratto; pertanto, secondo la tesi in esame, qualora il conduttore voglia mantenere in vita la locazione, senza incorrere in responsabilità per inadempimento, è tenuto a versare regolarmente il canone locatizio anche per il tutto il periodo di durata della pandemia, in cui non ha goduto dell'immobile secondo il consueto uso. Come detto, l'unica salvezza per il conduttore sarebbe la proposta di riconduzione ad equità, fatta dal locatore, all'interno di un giudizio per la risoluzione ex art. 1467 c.c.

---

<sup>46</sup> La figura della presupposizione non è prevista dalla legge, ma costituisce uno strumento elaborato dalla dottrina e recepito, seppure con cautela, dalla prassi giurisprudenziale come strumento per apprestare rimedio a taluni anomali sviluppi che possano influire sull'assetto dei rapporti tra le parti del contratto.

<sup>47</sup> Situazione di fatto consistente nell'effettivo svolgimento di un'attività commerciale all'interno dell'immobile locato o nella frequenza alle lezioni universitarie presso l'Università ubicata nella stessa città dell'immobile dato in godimento allo studente. È chiaro, sul piano empirico, che non ha alcun senso pagare un canone locatizio per un immobile adibito ad attività commerciale, se non per poter effettivamente esercitare tale attività; allo stesso modo è ovvio che si è disposti a pagare un certo prezzo per la locazione di un immobile ad uso abitativo nella città dove si trova l'Università alla quale si è iscritti o presso la quale si svolge il programma Erasmus solo se è possibile frequentare le lezioni presso tale Università.

Un'altra tesi emersa<sup>48</sup> propone una rilettura sistematica e funzionale del contratto volta a recuperare l'interesse del creditore alla prestazione di cui all'art. 1174 c.c. Questa si fonda sull'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi a partire dal 2007<sup>49</sup> secondo cui la sopravvenuta impossibilità della prestazione, quale causa di estinzione dell'obbligazione e di scioglimento del contratto, è configurabile non solo quando sia divenuto impossibile l'adempimento del debitore per causa a lui non imputabile, ma anche nel caso di impossibilità incolpevole di utilizzazione della prestazione ad opera del creditore, il cui interesse a riceverla sia quindi venuto meno. Ciò in quanto, nonostante la prestazione sia ancora astrattamente possibile, la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della stessa da parte del creditore fa venir meno, alla stregua di una valutazione degli interessi delle parti, la causa concreta del contratto.

Con riguardo alle fattispecie a cui si è finora fatto riferimento, la pandemia e le misure di contenimento, implicanti la totale inibizione dell'attività professionale o produttiva dei conduttori imprenditori e la chiusura delle Università frequentate dagli studenti conduttori, avrebbero comportato l'inutilizzabilità per il conduttore della prestazione oggetto del contratto di

---

<sup>48</sup> Tra i sostenitori della tesi in esame, CARANCI, *Coronavirus e locazione ad uso commerciale: si può sospendere o ridurre unilateralmente il pagamento del canone?*, cit.; A. D'ONOFRIO, *L'impatto del covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, in *diritto.it*, 3 aprile 2020; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 4, 27 aprile 2020; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., 1, pp. 220-221; A.A. DOLMETTA, *Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit. *Contra* C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit., secondo il quale la peculiare ragione della fruizione dell'alloggio, in linea di principio e salve particolarità del caso concreto, sarebbe destinata a restare relegata al livello di motivi del contratto.

<sup>49</sup> Fra le pronunce di legittimità che hanno affermato tale principio possono citarsi: Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18047, in *www.iusexplorer.it*, in cui una persona non aveva potuto usufruire del pacchetto vacanze acquistato per il sopravvenire di una grave patologia che gli rendeva impossibile intraprendere il viaggio; Cass. civ., 2 ottobre 2014, n. 20811, in *www.iusexplorer.it*, in cui la possibilità di eseguire l'opera commissionata era stata impedita dall'esistenza di un vincolo archeologico sull'area interessata dai lavori di costruzione di alloggi, conosciuto dal committente solo attraverso la concessione edilizia rilasciatagli dal comune, per effetto del quale la Soprintendenza aveva ordinato la sospensione dei lavori e aveva disposto per la loro ripresa prescrizioni determinanti un gravoso aumento dei costi e una riduzione degli alloggi originariamente pattuiti; Cass. civ., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *www.iusexplorer.it*, in cui due coniugi avevano stipulato un contratto di soggiorno alberghiero, ma uno dei due era deceduto improvvisamente il giorno prima dell'inizio del soggiorno; Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315, in *www.iusexplorer.it*, in cui due persone avevano acquistato un pacchetto vacanze per un viaggio a Cuba, dove si era poi diffusa l'epidemia di "dengue" emorragico.

locazione, secondo lo scopo concreto che lo stesso si era prefissato, ossia l'esercizio dell'attività commerciale redditizia all'interno dell'immobile locato o la frequenza alle lezioni universitarie. Tali finalità, secondo la tesi in esame, non rappresentano un mero motivo soggettivo del contratto, ma si sostanziano nell'interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare connotandone la causa concreta. Il venir meno, a causa della situazione di emergenza sopravvenuta, delle finalità menzionate, intese come causa concreta del contratto di locazione, sarebbe idonea ad ottenere la risoluzione del contratto. In altri termini, i provvedimenti di contenimento della pandemia avrebbero introdotto proibizioni o limitazioni tali da che poter incidere sull'attuazione delle locazioni menzionate, sotto forma di una riduzione temporanea (totale o parziale) dell'"uso convenuto" ex art. 1575, n. 2 c.c. L'eccezionale evento sopravvenuto non ostacolerebbe semplicemente l'idoneità del bene all'esercizio di una data attività industriale o commerciale o al suo utilizzo come abitazione per lo studente fuorisede, ma impedirebbe o ridurrebbe temporaneamente, in termini oggettivi, l'attitudine dell'immobile a realizzare l'interesse del conduttore a ricavare le utilità che esso può fornire.

Per reagire a questo difetto funzionale del contratto sarebbe applicabile la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, definitiva o temporanea, in base alla permanenza o alla perdita di interesse del conduttore-creditore di continuare a godere dell'immobile locato. Se il conduttore intenda sciogliersi dal vincolo contrattuale potrebbe servirsi del rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c. In caso contrario, egli potrebbe ritenersi abilitato ad ottenere una congrua riduzione del canone locatizio applicando la disciplina prevista dall'art. 1464 c.c., poiché come si è già avuto modo di dire, l'inutilizzabilità-impossibilità totale temporanea (art. 1256, comma 2 c.c.) della prestazione libererebbe il conduttore dal pagamento dei canoni di cui egli è debitore per tutto il tempo in cui sono rimasti in vigore i provvedimenti restrittivi. In entrambe le ipotesi, egli potrebbe sospendere l'esecuzione della propria prestazione ex art. 1460 c.c., secondo quanto si è detto nel paragrafo precedente con riferimento a tale disposizione. L'eccezione di inadempimento

potrebbe essere fatta valere dal conduttore, nella prima ipotesi, nelle more del giudizio di risoluzione, nel secondo caso, per tutto il tempo in cui non può fruire della controprestazione per la causa a lui non imputabile costituita dall'emergenza sanitaria con la ripresa degli effetti contrattuali programmati al cessare dei provvedimenti emergenziali<sup>50</sup>. Infatti, in tale momento riviverebbe la finalità concreta perseguita attraverso la stipula del contratto di locazione.

Nel caso in cui si trattasse di un'impossibilità totale ma temporanea ex art. 1256, comma 2, il conduttore potrebbe anche semplicemente rilasciare alla controparte una dichiarazione stragiudiziale, con la quale faccia valere la riduzione<sup>51</sup> e, in tal caso, il ricorso all'autorità giudiziaria risulterebbe soltanto eventuale e successivo, in quanto subordinato alla contestazione dell'*an* o del *quantum* della diminuzione da parte del locatore. In tal modo sarebbe stata assicurata l'effettività della tutela soprattutto nel periodo in cui la giustizia civile è rimasta sospesa (si veda l'art. 83, D.L. 17 marzo 2020, n. 18)<sup>52</sup>.

La tesi in esame, secondo cui il conduttore ha facoltà di risolvere il contratto ex art. 1463 c.c. sarebbe suscettibile di accoglimento in relazione ad alcune fattispecie contrattuali, ma occorrerebbe distinguere caso per caso. È difficile stabilire in generale per quanto tempo la compressione delle facoltà di

---

<sup>50</sup> Secondo .A. D'ONOFRIO, *L'impatto del covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, cit., l'inutilizzabilità della prestazione del locatore da parte del conduttore esonera, per tutto il tempo in cui sono rimasti in vigore i provvedimenti restrittivi, quest'ultimo dal pagamento dei canoni di cui egli è debitore ed impedisce di configurare una sua responsabilità per il ritardo nel pagamento dei canoni suddetti, che pur tuttavia restano dovuti. Secondo l'Autore, questa soluzione che merita prioritaria attenzione, in funzione di una sospensione riequilibrante del sinallagma, è la sospensione unilaterale dei contratti ai sensi dell'art. 1256 co. 2. La medesima meta può essere raggiunta anche seguendo un percorso differente e cioè quello che valorizza il ruolo correttivo del canone di buona fede ex art. 1375 c.c., su cui si veda *infra*.

<sup>51</sup> L'art. 1460 c.c. prevede una forma di autotutela che attiene alla fase esecutiva e non genetica del rapporto e consente al conduttore, in presenza di un inadempimento del locatore, di sospendere liberamente la sua prestazione, nel rispetto del canone della buona fede oggettiva, senza la necessità di adire il giudice ai sensi dell'art. 1578 c.c. Si vedano Cass. civ., 29 marzo 2019, n. 8760, Cass. civ., 26 giugno 2019, n. 16917, Cass. civ., 26 luglio 2019, n. 20322, in *iusexplorer.it*, le quali, mutando un consolidato orientamento, fondano sul principio di proporzionalità e sulla clausola di buona fede, l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento da parte del conduttore allo scopo di ridurre la misura del canone dovuto. Lo stesso obiettivo può essere raggiunto anche mediante una diversa via, cioè quella che valorizza il ruolo correttivo del canone di buona fede ex art. 1375 c.c., su cui si veda *infra*.

<sup>52</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, pp. 432.

godimento debba essere durata perché il contratto possa ritenersi risolvibile ai sensi secondo l'estensiva interpretazione datane dalla giurisprudenza. È chiaro comunque che l'alterazione del rapporto di scambio debba essere stata tale da impedire totalmente il godimento dell'immobile locato<sup>53</sup>, definitivamente o temporaneamente, con conseguente perdita di interesse al godimento dell'immobile locato. Se l'alterazione dell'equilibrio complessivo dell'intero contratto non raggiunge una certa soglia, tale da incidere sulla finalità essenziale (causa concreta) dello stesso, il contratto non potrebbe essere risolto, totalmente o parzialmente, e dovrebbe continuare a essere regolarmente eseguito non appena cessa la causa che ha comportato la temporanea inutilizzabilità della prestazione da parte del conduttore.

Occorre comunque tenere in considerazione che, nella maggior parte dei casi, il rimedio demolitorio in cui si sostanzia la risoluzione del contratto non risponde alle esigenze concrete delle parti contraenti, perché il conduttore mira a continuare la propria attività o a riprendere le lezioni universitarie compatibilmente con le misure di contenimento adottate dal governo e il proprietario, dal canto suo, ha comunque sempre interesse ad ottenere un'utilità economica dalla concessione in godimento dell'immobile.

Inoltre, in alcuni casi, per quanto concerne le attività produttive, la temporanea sospensione delle stesse avrebbe realizzato solo una riduzione o limitazione del godimento dell'immobile, come accade quando le stesse attività

---

<sup>53</sup> Sulla questione in esame si può vedere, in un'ottica comparatista, M. SCALDAFERRI, *I contratti di locazione nel mondo anglosassone ai tempi del coronavirus*, in *giustiziacivile.it*, 6, 03 giugno 2020, il quale analizza la problematica dell'incidenza delle misure previste per il contenimento della pandemia sui contratti di locazione in corso, in particolare in quelli di natura commerciale, nel mondo anglosassone, ove i principi di *common law* impongono all'interprete un approccio estremamente diverso. L'Autore evidenzia come l'autorità giudiziaria del Regno Unito richiamando il principio del "*multi-factorial approach*", ha escluso la sussistenza di un'ipotesi di *frustration* del contratto nel caso in cui il conduttore (debitore), benché pregiudicato dal verificarsi di un evento che per esso abbia reso impossibile l'utilizzo dell'immobile, potrebbe comunque trarre una utilità dalla prosecuzione del rapporto, potendo cedere la posizione contrattuale a terzi o concedere in sublocazione l'immobile per espressa previsione contrattuale. Pertanto, al cospetto di una situazione come quella attuale di emergenza pandemica che renda impossibile l'utilizzo dell'immobile per la finalità pattuita, l'interprete verificherà se il contratto preveda una diversa destinazione da parte dello stesso conduttore. In assenza di detta previsione o di ulteriori clausole, come, ad esempio, quella di sospensione del pagamento del canone, procederà alla comparazione tra la durata del contratto in essere e la presumibile durata del mancato utilizzo del bene a seguito dei provvedimenti restrittivi adottati dalle pubbliche autorità.

siano potute proseguire “organizzate in modalità a distanza”<sup>54</sup> o nel caso in cui il locale sia stato temporaneamente adibito al deposito di beni. Qui, la prestazione del locatore assumerebbe un valore economico differente e sarebbe integrata la fattispecie di impossibilità parziale temporanea, con la conseguente applicabilità degli artt. 1258 e 1464 c.c. Il riflesso sull’obbligo di corrispondere il canone sarà dunque quello di subire ex art. 1464 c.c. una riduzione destinata a cessare nel momento in cui la prestazione del locatore potrà tornare ad essere compiutamente eseguita<sup>55</sup>.

Oltre alla prospettazione dei rimedi ablativi, vi è stata un’ulteriore tesi condivisa da una parte della dottrina<sup>56</sup> contraria all’opportunità di un rimedio risolutorio per i contratti in esame<sup>57</sup>. Secondo questa tesi, graverebbe sul locatore, data la situazione di crisi dovuta all’emergenza in corso, un obbligo di

---

<sup>54</sup> Si veda l’art. 1, comma 1, lett. a), Dpcm 22 marzo 2020 e l’art. 2, comma 2, Dpcm 26 aprile 2020.

<sup>55</sup> In questo senso si è espresso il Tribunale di Roma, sez. V, 29 maggio 2020, in un procedimento cautelare avente ad oggetto contratto d’affitto di ramo d’azienda ex art. 700 c.p.c.

<sup>56</sup> Si vedano, in tal senso, si vedano A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *giustiziacivile.com EMERGENZA COVID-19 Speciale*, 1, pp. 210 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *cit.*, pp. 229 ss.; L. MASSA, *Oltre la crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, *cit.*; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.it*, 6, 04 giugno 2020. Altri autori hanno mostrato alcune perplessità nei confronti della tesi in esame. Così, DI RAIMO *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *giustiziacivile.com*, 4, 09 aprile 2020, secondo il quale il richiamo al principio di solidarietà risulta estremamente parziale in quanto limitato alla patologia della crisi e non invece involgente appieno l’epicentro dei rapporti di credito nella loro fisiologia, costituito dall’esigibilità; C. SCOGNAMIGLIO, *L’emergenza covid 19: quale ruolo per il civilista?*, *cit.*, il quale, da un punto di vista macroeconomico, rileva che la rinegoziazione dei termini dei singoli contratti di locazione scarica in via sistematica il costo della crisi sopra la classe dei locatori, che si troverebbero in una situazione di accentuata difficoltà economica, almeno quelli che traggano soprattutto dai frutti civili degli immobili di loro proprietà la parte principale del proprio reddito. D. MAFFEIS *Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 4, 10 aprile 2020, ritiene l’esito della rinegoziazione dell’emergenza sarebbe la vincita del più forte, non pervenendosi necessariamente ad una riallocazione equilibrata delle effettive difficoltà o degli impedimenti patiti dai singoli contraenti, poiché l’incertezza del contesto e l’impossibilità di fare previsioni, è tale da rendere insensato rinegoziare oggi le condizioni dei contratti in corso, se non delimitando l’arco temporale delle nuove condizioni del rapporto alla durata del periodo di emergenza sanitaria.

<sup>57</sup> È innegabile che anche all’interno del codice, vi siano chiari indici normativi espressione della ritrosia a contemplare il rimedio risolutorio nei contratti di durata. Si vedano gli artt. 1455, 1564 e 1490, comma 1 confrontandolo con 1668, comma 2.

rinegoziare le condizioni contrattuali, per ripristinare il sinallagma contrattuale così come inizialmente voluto dalle parti.

I sostenitori di questo orientamento rinvergono la fonte degli obblighi di rinegoziazione nel principio di buona fede<sup>58</sup> (integrativa) di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che costituisce il precipitato logico del dovere di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost.<sup>59</sup>.

È bene tenere comunque in considerazione che, a differenza di ciò che è avvenuto in altri ordinamenti<sup>60</sup>, il legislatore dell'emergenza non ha ritenuto di prevedere disposizioni che, in generale o per categorie contrattuali, prevedano un dovere delle parti di rinegoziare il rapporto contrattuale in corso.

Nel caso in cui il locatore non sia disposto a rinegoziare le condizioni del contratto, vi è stato chi ha prospettato due possibili rimedi a tutela del conduttore<sup>61</sup>.

Il primo è stato rinvenuto nella sospensione del pagamento nel canone locatizio ex art. 1460 c.c., ritenendo integrato un vero e proprio inadempimento nel rifiuto del locatore di ricondurre a equità i termini del rapporto contrattuale<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, pp. 972 ss.

<sup>59</sup> Nel nostro ordinamento non esiste, allo stato attuale, un espresso obbligo di rinegoziazione, previsto dal BGB, dal *Code civil* francese e dai principi *Unidroit* tramite le figure della *gross disparity* e dell'*hardship*. In Italia, invece, un'ampia e duratura elaborazione dottrinale ha segnato le tappe di un percorso, negli ultimi vent'anni, i cui esiti sembrano oggi, almeno in parte, fatti propri dal legislatore. Si veda il disegno di legge delega (DDL Senato 1151) recante la «delega al Governo per la revisione del codice civile», ove è previsto il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti». Sull'argomento, U. MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziacivile.it*, 5, 07 maggio 2020, hanno rilevato come l'emergenza sanitaria ed economica obbliga a riflettere su un principio di solidarietà che non dovrebbe operare soltanto a posteriori, ma, in nome di una sua connessione con la comunità, dovrebbe intervenire anche a priori come strumento di conformazione del contratto iscritto nella sua stessa causa.

<sup>60</sup> In un'ottica comparatista, si segnala che il legislatore britannico con il *Coronavirus Act 2020*, oltre a prevedere la sospensione delle procedure di sfratto per morosità fino al 30 giugno 2020 ha altresì invitato i conduttori che si trovino in difficoltà nel pagamento del canone a mettersi temporaneamente d'accordo con i proprietari (c.d. *short-term workouts*) per ottenere una dilazione o la possibilità di provvedere al pagamento oltre i termini pattuiti.

<sup>61</sup> I due rimedi sono stati prospettati da A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit.

<sup>62</sup> In una prospettiva comparatista, anche M. SCALDAFERRI, , *I contratti di locazione nel mondo anglosassone ai tempi del coronavirus*, cit., ha rilevato che, sulla base di quanto previsto dal

Il ricorso all'autotutela sarebbe giustificato dalla situazione emergenziale, ritenendosi che la parte contrattuale vittima della crisi sanitaria ed economica, immediatamente riflessasi anche nella generale sospensione della giustizia civile, non dovrebbe essere anche onerata di ricorrere al giudice per devolvergli la decisione sull'assetto provvisoriamente più equo degli interessi<sup>63</sup> (come potrebbe avvenire, ad esempio, mediante la domanda di risoluzione del contratto).

In alternativa al rimedio appena descritto, il conduttore di un locale adibito ad attività commerciale potrebbe rifiutarsi di adempiere le originarie obbligazioni contrattuali, almeno fin quando la situazione non ritorni alla normalità, facendo valere la nullità del contratto non rinegoziato sulla base dell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 recante la disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Secondo taluno, infatti, il comportamento del locatore costituirebbe un abuso perpetrato in danno dell'impresa che, per fatti totalmente estranei alla propria sfera previsionale, si trovi in una condizione di dipendenza economica sopravvenuta, dovuta anche all'impossibilità di reperire alternative soddisfacenti sul mercato per la pandemia in corso e le sue ricadute sull'economia.

Sarebbe discutibile l'ammissibilità, in mancanza di un fondamento positivo, di una rinegoziazione imposta mediante un provvedimento giudiziale di condanna ad un *facere* infungibile che potrebbe contenere anche un'*astreinte* ex art. 614-bis c.p.c. o attraverso un'applicazione dell'art. art. 2932 c.c. Infatti, una siffatta pronuncia contenente una condanna a rinegoziare o sostitutiva dell'esito della rinegoziazione, che per poter raggiungere il suo scopo dovrebbe indicare

---

*Coronavirus Act* con riguardo all'invito al confronto tra locatori e conduttori, possa formarsi un nuovo orientamento delle Corti anglosassoni secondo il quale venga affermata la legittimità, non soltanto di un accordo modificativo ed integrativo del contratto di locazione in essere, ma anche della pretesa avanzata in tal senso dal conduttore, che in sede stragiudiziale si sia visto rifiutare la relativa proposta indirizzata al proprietario.

<sup>63</sup> Secondo A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., «l'esercizio dell'autotutela, che sostanzialmente si declina qui in uno *jus variandi* unilaterale, non discende una sottrazione al vaglio giudiziale, sì da configurare una modifica unilaterale *legibus soluta* inammissibile persino in tempi d'emergenza; discende soltanto che la verifica giudiziale avverrà a posteriori: in un tempo, peraltro, in cui la giustizia avrà ripreso il suo fisiologico corso».

dettagliatamente cosa il condannato debba fare per adempiere, integrerebbe senz'altro una correzione giudiziale<sup>64</sup>.

In questo eterogeneo quadro di soluzioni offerte dalla dottrina, si può certamente notare che il sopravvenire di circostanze eccezionali come quelle che abbiamo vissuto finor non richiedono necessariamente un diritto eccezionale *ad hoc*, vista la capacità del codice civile del 1942 di rimanere al passo con i tempi grazie all'attività ermeneutica dell'interprete.

**4. Gli orientamenti della giurisprudenza.** Come già si è avuto modo di anticipare, in giurisprudenza non si è ancora formato un orientamento uniforme e condiviso, dovendosi anche tener conto che le pronunce sulla tematica oggetto del presente scritto non sono numerose per il momento. Dalle motivazioni di questi provvedimenti si può desumere però che la *ratio decidendi* adottata dai magistrati sia quella del caso per caso. Ciò è dovuto oltre alla mancanza di un chiaro quadro normativo "pandemico" volto a disciplinare le diverse fattispecie contrattuali problematiche, al fatto che l'emergenza sanitaria e le misure di contenimento hanno comportato una forte tensione tra gli interessi facenti capo ai contraenti, tra i quali è difficile operare un bilanciamento prediligendone uno piuttosto che un altro, trattandosi inoltre spesso di interessi fondamentali degli individui tutelati anche a livello costituzionale. Infatti, dietro ai problemi formalmente concernenti i rapporti contrattuali tra le parti esaminati dai Tribunali si celano tutta una serie di interessi ulteriori dei contraenti, che potrebbero essere lesi dalla permanenza in vita, dalla modifica o dall'estinzione del contratto (dignità personale, libertà di iniziativa economica e quindi contrattuale, esercizio pieno ed esclusivo del diritto di proprietà, tutela dell'attività di impresa).

Proprio per questa ragione, le divergenze tra le soluzioni fornite dai giudici, di cui di seguito si dirà, si giustificano in base al fatto che l'emergenza sanitaria che stiamo vivendo impone al giurista di verificare se gli strumenti offerti dall'ordinamento giuridico consentano di risolvere in modo soddisfacente le

---

<sup>64</sup> Così come previsto dal DDL Senato n. 1151.

ripercussioni della stessa in materia contrattuale oppure se occorra trovarne di nuovi, ove ciò sia possibile in via interpretativa senza invadere la sfera del legislatore. È evidente come alcuni giudici abbiano valutato l'opportunità di generalizzare l'impiego di soluzioni già prospettate ma non ancora adeguatamente sedimentate, come l'obbligo per i contraenti di rinegoziare le condizioni del contratto per il principio *rebus sic stantibus*, qualora per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto, non prevedibili ed estranei alla sfera di controllo delle parti (tale è certamente una pandemia) l'equilibrio del rapporto venga sostanzialmente alterato.

A partire da aprile, si è aperto un contenzioso imponente ex art. 700 c.p.c. concernente per lo più la sospensione del pagamento o la rideterminazione dei termini di adempimento dei canoni di locazione e l'inibitoria all'escussione delle garanzie concesse a favore dei locatori.

I primi giudici che si sono pronunciati, hanno accolto le domande cautelari finalizzate ad ottenere l'inibitoria al pagamento di fideiussione e all'incasso di assegni, quali garanzie del pagamento dei canoni locatizi di immobili adibiti ad attività commerciale. Si fa riferimento ai Tribunali di Venezia<sup>65</sup>, Bologna<sup>66</sup> e Rimini<sup>67</sup>, i quali hanno ritenuto, alla luce delle disposizioni emergenziali, che la pandemia avesse comportato l'impossibilità per il conduttore di procedere al pagamento dei canoni di locazione e, conseguentemente, l'inesigibilità della sua prestazione pecuniaria. Inoltre, trapela, nelle rispettive motivazioni, un apprezzamento con riguardo alla proposta transattiva fatta dal conduttore, consistente nella pattuizione di una temporanea riduzione del canone locatizio nel periodo di minore guadagno, trasparendo perciò un'approvazione nei

---

<sup>65</sup> Trib. Venezia, sez. I, 14 aprile 2020, *cit.*, e Trib. Venezia, sez. I, 22 maggio 2020, *cit.*, che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c in cui si chiedeva l'inibitoria al pagamento di una fideiussione.

<sup>66</sup> Trib. Bologna, 12 maggio 2020, n. 4976, in *www.iusexplorer.it.*, che ha emanato ex art. 669 sexies, secondo comma, c.p.c. un decreto *inaudita altera parte* per bloccare l'incasso di alcuni assegni bancari emessi a garanzia del pagamento dei canoni locatizi dell'immobile in cui il conduttore svolge l'attività per il periodo aprile-luglio 2020.

<sup>67</sup> Trib. Rimini, 25 maggio 2020, in *www.iusexplorer.it.*, che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c in cui si chiedeva l'inibitoria all'incasso assegni post datati e privi di data rilasciati dal conduttore di una struttura alberghiera a garanzia del pagamento del canone di locazione, in considerazione della assenza di provvista causata dalla inattività della stessa.

confronti del tentativo di rinegoziazione dei termini dell'accordo preventivo al giudizio.

Anche il Tribunale di Roma<sup>68</sup> ha assunto una posizione di *favor* nei confronti del locatore ma sulla base di differenti argomentazioni. Infatti, ha sostenuto che la normativa emergenziale non avesse fornito alcun elemento per sospendere i termini di corresponsione dei canoni di affitto di azienda, ha escluso la sussistenza di qualsivoglia obbligo di rinegoziazione del locatore quale applicazione del generale principio di buona fede oggettiva ed imperativa ex artt. 1175 e 1375 c.c. e ha affermato l'inapplicabilità del rimedio di cui all'art. 1467 c.c. perché incompatibile con la conservazione del contratto ma idoneo solo a provocarne lo scioglimento. Il giudice romano ha pertanto ritenuto che, nella fattispecie sottoposta al suo giudizio, ricorresse una del tutto peculiare ipotesi di impossibilità parziale temporanea della prestazione del conduttore (non potendo il negozio essere sfruttato per l'attività di vendita al dettaglio ma avendo la più limitata funzione di magazzino e deposito merci ed essendo la piena utilizzabilità del ramo di azienda per la vendita al dettaglio resa impossibile solo per un circoscritto periodo di tempo) con conseguente applicabilità dell'art. 1464 c.c. Ferma la circostanza che nessuna delle parti avesse manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale, il giudice di merito, ha statuito, quale rimedio, la riduzione dei canoni da pagare destinata a cessare nel momento in cui la prestazione del locatore avrebbe potuto tornare ad essere compiutamente eseguita.

Nel mese di giugno, le pronunce di alcuni Tribunali hanno avuto ad oggetto, invece, ricorsi da parte di conduttori di immobili adibiti ad attività commerciale in cui si chiedeva l'inibitoria alla riscossione, da parte del locatore,

---

<sup>68</sup> Trib. Roma, sez. V, 29 maggio 2020, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c. in cui si chiedeva la sospensione (almeno fino a sei mesi) dell'obbligo gravante di corrispondere al locatore tutte le somme dovute in forza ed in ragione del contratto di affitto di ramo d'azienda ex artt. 1256 e 1467 e ss. c.c. ed anche ex artt. 1175 e 1375 c.c., l'inibitoria all'escussione delle fidejussioni bancarie rilasciate al conduttore ex art. 3 co. 6-*bis* d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, e, in via subordinata, la rideterminazione, dei termini di pagamento originariamente pattuiti tra le parti relativamente alle somme dovute, in ragione ed in considerazione dell'emergenza sanitaria in atto e di tutti provvedimenti limitativi della libertà di iniziativa economica della ricorrente emanati a partire dal 31 gennaio 2020 ed emanandi.

di somme finalizzate a garantire il mancato pagamento dei canoni di locazione per il periodo di *lockdown*. Non si è ravvisato un allineamento tra i diversi giudici idoneo a dar vita ad un orientamento unitario, nonostante il *petitum* dei diversi giudizi fosse simile o uguale.

Alcuni giudici<sup>69</sup>, infatti, si sono mostrati più favorevoli nei confronti dei conduttori e, decidendo sull'inibitoria all'incasso dei titoli cambiari emessi a garanzia del pagamento dei canoni di locazione, hanno negato ai locatori tale diritto per i gravi effetti pregiudizievoli che dall'esercizio dello stesso sarebbero potuti derivare agli affittuari. I Tribunali hanno motivato la decisione affermando che le misure restrittive emanate per il contrasto della pandemia covid-19, con le quali era stata disposta la chiusura dell'attività imprenditoriale esercitata all'interno dei locali in affitto, avessero determinato l'impossibilità per i conduttori di procedere al pagamento per crisi di liquidità.

In particolare, il Tribunale di Bologna, ritenendo che l'art. 3, comma 6-*bis* del D.L. 6/2020 fosse stato interpretato in modo da eluderne il suo scopo primario (identificato dal giudice con quello di far fronte alla crisi di liquidità del sistema comportata dalla pandemia), subendo pertanto un'abrogazione in via interpretativa, ha offerto una propria ipotesi interpretativa di detta disposizione. Secondo questo giudice, dunque, l'art. 3 comma 6-*bis* disciplina le conseguenze dell'inadempimento delle obbligazioni anche pecuniarie e, pertanto, il suo ambito di applicazione non deve essere limitato ai casi in cui l'inadempimento sia non imputabile, pur non configurando un'ipotesi di inesigibilità o di estinzione dell'obbligazione. Il giudice bolognese ha affermato la necessità di applicazione della norma per escludere le conseguenze della responsabilità *ex art. 1218 c.c.* in tutti quei casi in cui l'inadempimento conduca ad esiti che, ragionevoli in

---

<sup>69</sup> Trib. Genova, sez. III, Decr., 01 giugno 2020, *cit.*, che si è pronunciato su un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* in cui si chiedeva l'emanazione di decreto *inaudita altera parte* che inibisse sia la presentazione all'incasso dei titoli cambiari in possesso del locatore a garanzia del pagamento dei canoni di locazione dell'azienda (attività di discoteca) e del canone di affitto dei locali sia la possibilità di effettuare girate delle suddette cambiali a favore di terzi. Tribunale Bologna, sez. II, Ord., 04 giugno, 2020, in cui si è pronunciato su un ricorso di urgenza all'esito del quale è stato inibito alla controparte di porre all'incasso o di girare a terzi le cambiali destinate a rafforzare l'obbligazione, con scadenza nei giorni 30 giugno 2020, 30 luglio 2020 e 30 agosto 2020, nonché di sottoporle a protesto, di richiedere protesto e di consentire che terzi le sottopongano a protesto.

condizioni normali, risultino eccessivi in relazione alla concreta situazione determinata dall'emergenza epidemiologica da covid-19 (ad esempio, la norma sarebbe idonea ad influenzare i poteri del giudice di cui all'art. 1384 c.c. e la valutazione di cui all'art. 1225 c.c.).

Altri giudici<sup>70</sup>, diversamente, hanno rigettato le domande volte ad impedire l'escussione della garanzia rilasciata dai conduttori. In particolare, due altri giudici si sono espressi sull'interpretazione dell'art. 3, comma 6-*bis* del D.L. 6/2020. Secondo il Tribunale di Pisa, tale disposizione, invocata dal conduttore come ragione giustificativa della sospensione del pagamento del canone di locazione, non ha introdotto il diritto del conduttore alla sospensione del pagamento del canone nelle locazioni di immobili destinati ad uso diverso dall'abitazione, ma ha esclusivamente consentito di valutare l'incidenza dell'emergenza sanitaria sotto il profilo della scusabilità dell'inadempimento contrattuale ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. Secondo il Tribunale di Pordenone, invece, la norma si riferisce a profili diversi da quelli del pagamento del canone di affitto, il cui obbligo anzi ne risulterebbe, secondo un'interpretazione *a contrario*, confermato. Questo giudice, inoltre, invocando il canone di buona fede nell'esecuzione del contratto, ha affermato l'opportunità che tra i contraenti intervenga un accordo concernente la riduzione del canone, mostrando una predilezione nei confronti di una rinegoziazione che si svolga nel rispetto del principio di autonomia delle parti.

Ad inizio luglio, l'Ufficio del massimario della Cassazione, ha pubblicato una *Relazione*<sup>71</sup> inerente alla gestione delle sopravvenienze perturbative

---

<sup>70</sup> Trib. Milano, sez. VI, 10 giugno, 2020, che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c. in cui si chiedeva di inibire la escussione della garanzia rilasciata a garanzia del pagamento dei canoni del contratto di locazione ad uso commerciale relativo ad immobile per l'esercizio di attività di ristorante, bar e caffetteria. Trib. Pisa, 30 giugno 2020, che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c. in cui si chiedeva di ordinare *inaudita altera parte* al locatore di non escutere od incassare alcun pagamento in forza della fideiussione e al garante di non pagare nemmeno in parte la somma garantita e comunque di non esercitare il regresso o la surroga contro il conduttore garantito. Trib. Pordenone, 08 luglio 2020, che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c. in cui si chiedeva la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo proposta con opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 1, c.p.c.

<sup>71</sup> *Relazione tematica 56/2020: Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 14 luglio 2020.

dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali dovute alla pandemia e ai correlati rimedi di natura legale e convenzionale.

In questa *Relazione* la Suprema Corte ha affermato che spesso la prestazione negoziale, per l'emergenza da covid-19, si presenti solo parzialmente o provvisoriamente impossibile e, in siffatte ipotesi, si dovrebbe applicare l'art. 1464 c.c. in punto di impossibilità parziale, grazie al quale il contratto non si risolve, ma la parte creditrice della prestazione parzialmente impossibile viene messa davanti a tre opzioni: ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione che a sua volta la grava; può recedere dal contratto allorché non abbia interesse all'adempimento parziale; in ogni caso, a fronte della prestazione temporaneamente impossibile può sospendere l'esecuzione di quella da lei dovuta.

La Cassazione però ha messo in luce che, per tutelare l'interesse generale alla sopravvivenza dell'impresa, le cui attività sono basate su una fitta rete di contratti, debbano essere preferiti ai rimedi estintivi codicistici quelli manutentivi, che mirano a tenere in vita tali contratti, o di adeguamento, che salvano il contratto conformandolo alle circostanze sopravvenute. A tal fine, il rimedio più opportuno sarebbe quello della rinegoziazione idoneo, secondo la Suprema Corte, a bilanciare le istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni divenute, a causa dello *shock* economico, temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose. Tale rimedio, il cui fondamento andrebbe rinvenuto nel principio di buona fede in senso oggettivo che impone ai contraenti reciproci doveri di correttezza e lealtà, non si porrebbe in contrasto con l'autonomia privata, in quanto tenderebbe a realizzare proprio quel risultato negoziale voluto dalle parti *ab initio*. In altri termini, attraverso la rinegoziazione le parti avrebbero l'opportunità di adeguare il regolamento pattizio alle circostanze che sono mutate (*rebus si stantibus*), in base alle quali avrebbero certamente impostato la loro prima negoziazione se ne fossero state a conoscenza. Ne discende che il rifiuto a rinegoziare della parte, a cui le circostanze sopravvenute si presentino come neutrali o dalle quali risulti addirittura avvantaggiata, integrerebbe un comportamento egoistico, non tollerabile e tutelabile dall'ordinamento giuridico.

Conseguentemente, a fronte di un sinallagma contrattuale stravolto dalla pandemia e del rifiuto di una parte a rinegoziare, non sarebbero idonei a tutelare gli interessi della controparte i rimedi della risoluzione e al risarcimento del danno, quali rimedi meramente demolitori, perché porterebbero proprio a quei risultati che la clausola di buona fede e la rinegoziazione dovrebbero aver dovuto evitare. Sostanzialmente, ciò che si è fatto uscire dalla porta (obbligo di rinegoziazione escludente il rimedio ablativo della risoluzione) rientrerebbe dalla finestra (ricorso nuovamente al rimedio estintivo della risoluzione ex art. 1453 c.c. per far fronte all'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare), aggiungendo solamente un passaggio intermedio per arrivare allo scioglimento del contratto e l'eventuale risarcimento del danno. Secondo la Cassazione, in tale ipotesi, si configurerebbe la possibilità di un intervento eteronomo del giudice volto all'integrazione del rapporto divenuto iniquo, in via interpretativa, sulla scorta di elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale. Un tale intervento sarebbe giustificato poiché doterebbe semplicemente la parte oberata dalla sopravvenienza di quello stesso potere d'invocare la riduzione a equità del contratto squilibrato di cui all'art. 1467 c.c. che le sarebbe già attribuito in relazione ai contratti gratuiti e che nei contratti onerosi spetta a controparte<sup>72</sup>. La *Relazione*, dunque, ammette la possibilità per il giudice di sostituirsi alle parti con una sentenza ex art. 2932 c.c., seppur limitando tale intervento ad un'interpretazione del regolamento negoziale dal quale emergano i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto.

Occorre però mettere in luce che, nonostante vi siano casi in cui la convenzione sia effettivamente idonea a fornire al giudice, anche in chiave ermeneutica, i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale, l'intervento giudiziario eteronomo si potrebbe porre in contrasto non soltanto con il principio di autonomia negoziale delle parti ma anche, nel caso il cui si intervenga su uno

---

<sup>72</sup> Testualmente cito la *Relazione* "Nessun rimedio eccentrico al sistema, dunque, ma la rimodulazione estensiva di un mezzo già previsto. Il ricorso all'art. 2932 c.c. non assicura che la parte che subisce la sentenza adempia le nuove condizioni da essa stabilite. Eppure esso consente, per il caso in cui si rifiuti di rispettarle, una commisurazione agevole e maggiormente attendibile del danno risarcibile".

squilibrio meramente economico, con il principio per cui è estraneo al nostro diritto dei contratti un sindacato sulla convenienza economica di ciascun rapporto patrimoniale regolato dal contratto non esistendo un principio di ordine pubblico economico di proporzionalità<sup>73</sup>.

Nel sistema codicistico attuale, le ipotesi di intervento giudiziale nelle condizioni del rapporto contrattuale privato rappresentano eventualità del tutto eccezionali e, in quanto tali, non potrebbero essere applicate né estensivamente né tantomeno analogicamente (si vedano, ad esempio, gli artt. 1384 e 1660 c.c.); dunque, si potrebbe contestare il fondamento del ragionamento contrario per cui sarebbe equo imporre al contraente non onerato dalle circostanze sopravvenute la rinegoziazione del contratto.

È pur vero però che le codificazioni di *soft law* elaborate a livello europeo e sovranazionale<sup>74</sup>, che costituiscono ormai un importante punto di riferimento per i legislatori nazionali, si caratterizzano per la rilevanza giuridica riconosciuta alle sopravvenienze contrattuali, creando delle aperture alla possibilità di riequilibrio delle prestazioni mediante la clausola di buona fede, soprattutto a tutela della parte più debole. Tali strumenti regolano non solo le ipotesi di impossibilità sopravvenuta, ma anche la fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, prevedendo il rimedio della rinegoziazione, oltre a quello dello scioglimento, e attribuendo particolari poteri di adeguamento o di scioglimento al giudice nel caso di fallimento delle trattative instaurate dalle parti<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> *Ex multis*, si veda Cass. civ., sez. I, 04 novembre 2015, n. 22567, in *Giustizia Civile Massimario*, 2015.

<sup>74</sup> Si fa riferimento ai Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali (Principi UNIDROIT), ai Principi di diritto europeo dei contratti e (PECL) e al Draft Common Frame of Reference (DCFR).

<sup>75</sup> Nell'ambito dei Principi UNIDROIT, la fattispecie dell'*hardship* è regolata dagli artt. 6.2.1., 6.2.2., 6.2.3, dove si prevede che nel caso di eventi successivi alla conclusione del contratto, straordinari ed imprevedibili ed estranei alla sfera dei contraenti, la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione e, se non si addivene ad un accordo entro un termine ragionevole, ciascuna parte può rivolgersi al giudice competente, il quale può sciogliere il contratto o modificarlo al fine di ripristinarne l'originario equilibrio. I PECL prevedono, all'art. 6:111 (*Change of Circumstances*), un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti in caso di eccessiva onerosità dovuta ad un mutamento imprevedibile delle circostanze successivo alla stipula del contratto, fallito il quale il giudice può sciogliere il contratto o adeguarne il contenuto distribuendo in modo "giusto" ed "equo" tra le parti le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento delle circostanze. Su richiesta delle parti, il giudice ha anche la possibilità di accordare un risarcimento danni a carico della parte inadempiente all'obbligo di rinegoziazione. Il DCFR regola la "*Variation or termination by court on*

Nonostante la pubblicazione della *Relazione*, la schizofrenia che ha contrassegnato le prime decisioni dei giudici di merito non si è placata.

Se l'orientamento che sembra consolidarsi è quello di non convalidare gli sfratti quando la morosità si riferisce ai mesi di *lockdown*, altri tribunali non ammettono però la riduzione dei canoni dovuti, sulla base dell'argomento per cui, al di là delle trattative tra locatori e conduttori, non esiste alcuna norma che preveda l'estinzione dell'obbligazione di pagare i canoni dovuti durante il *lockdown* per effetto della pandemia o delle misure di contenimento.

Si è mostrato più favorevole al conduttore il Tribunale di Napoli<sup>76</sup> che, accogliendo l'istanza di differimento dell'esecuzione del piano del consumatore, ha ritenuto che le misure di contenimento (qualificate dal giudice come ordini e divieti posti in essere dall'autorità amministrativa, costituenti disposizioni emanate a salvaguardia di interessi generali, come la protezione della salute) fossero state idonee ad integrare il cosiddetto *factum principis* quale causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Dunque, il giudice di merito ha interpretato l'art. 3, comma 6-*bis*, del D.L. 6/2020 quale norma idonea ad escludere la responsabilità e il risarcimento, quando l'inadempimento o il ritardo siano dipesi dal mero rispetto delle misure di contenimento, che costituirebbe pertanto una causa di inadempimento non imputabile al debitore.

Del tutto opposta la decisione del Tribunale di Milano<sup>77</sup> che, pronunciandosi sull'escussione di una garanzia a prima richiesta, si è mostrato piuttosto rispettoso del principio di autonomia delle parti e ha ritenuto operante la garanzia. Infatti, ha affermato che la grave emergenza sanitaria legata alla

---

*a change of circumstances*" all'art. III – 1:110, disponendo che l'eccessiva onerosità sopravvenuta causata da un mutamento delle circostanze imprevedibile e successivo alla stipula del contratto, attribuisce alla parte onerata la facoltà di chiedere al giudice di sciogliere il contratto oppure di modificarlo così da renderlo "ragionevole" ed "equo" alla luce del mutamento delle circostanze. Tale ricorso al giudice è però subordinato all'avvenuto tentativo del debitore di ottenere per via negoziale un "ragionevole" ed "equo" adeguamento delle condizioni contrattuali, tentativo che costituisce dunque un presupposto dell'azione giudiziale e non integra un obbligo legale rinegoziazione.

<sup>76</sup> Trib. Napoli, sez. VII, 17 luglio 2020, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), che si è pronunciato sull'omologa di un piano del consumatore presentato con richiesta di differimento dei termini.

<sup>77</sup> Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c. in cui si chiedeva di inibire al garante di pagare la fideiussione a prima richiesta escussa da parte della società garantita.

diffusione del covid-19 non fosse idonea a configurare i presupposti perché il garante potesse sollevare l'*exceptio doli generalis*, poiché dal complesso delle previsioni legislative dettate durante l'emergenza non fosse desumibile in modo evidente, certo ed incontestabile l'estinzione dell'obbligazione di pagamento del canone di locazione per effetto delle misure di prevenzione e contenimento<sup>78</sup>. Inoltre, il giudice di merito, ha escluso che l'abusività della condotta del locatore si potesse desumere dall'esistenza di un precedente inadempimento dello stesso concernente l'obbligo di rinegoziazione derivante dal generale dovere di buona fede ex art. 1375 c.c.; obbligo la cui sussistenza, dal tenore della motivazione, sembra essere messa in discussione dallo stesso giudice<sup>79</sup>.

Le controversie finora esaminate avrebbero potuto essere risolte in autonomia dalle parti coinvolte mediante il raggiungimento di un accordo modificativo del contratto di locazione (termini di adempimento, riduzione del canone di locazione, introduzione di un termine idoneo a differire l'escussione della garanzia), colmando un vuoto legislativo che altrimenti, in tali ipotesi, rischia di pesare solo sui conduttori.

Una posizione di nuovo più favorevole per il conduttore si può rinvenire in quella assunta dai giudici che hanno ritenuto di non convalidare gli sfratti nei casi in cui la morosità si fosse riferita ai mesi di *lockdown*. Alcuni Tribunali<sup>80</sup>, infatti,

---

<sup>78</sup> Il giudice, in motivazione, ha fatto riferimento oltre all'art. 3, comma 6-*bis* del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, che disciplinando gli effetti giuridici dell'inadempimento in termini di una possibile esclusione della responsabilità del debitore inadempiente, presuppone che inadempimento vi sia stato e che, dunque, l'obbligazione non si sia estinta per effetto delle misure citate, agli artt. 65 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e 28 d.l. 19 maggio 2020, n. 34 che hanno riconosciuto un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, riconosciuto a tutti i soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione conduttori di qualsivoglia immobile a uso non abitativo.

<sup>79</sup> Nella motivazione della sentenza Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020, *cit.*, si legge "anche a volere solo per ipotesi ritenere sussistente nel caso di specie un obbligo di rinegoziazione". Un indirizzo questo condiviso anche da Trib. Roma, ord. 31 luglio 2020, n. 23871, dove si legge che «l'eventuale crisi di liquidità del debitore va valutata quale rischio posto a carico dello stesso», anche se riferita ai mesi di *lockdown*, e Trib. Frosinone, ord. 7 agosto 2020, n. 9130.

<sup>80</sup> Trib. Roma, sez. V, 25 luglio 2020, in *www.iusexplorer.it*, che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c. in cui si chiedeva di accertare e dichiarare la risoluzione del contratto di affitto del ramo di azienda o, in subordine, la sospensione del canone di affitto e di tutti gli obblighi contrattualmente previsti. Trib. Venezia, sez. I, 28 luglio 2020, *cit.*, che si è pronunciato sull'istanza di rilascio dell'immobile locato, il cui conduttore era gestore di un bar, rigettandola. Per il Tribunale di Venezia è opportuno che le parti si accordino su una percentuale di riduzione del canone. Un orientamento che va nello stesso senso dell'ordinanza del 22 maggio 2020 (Trib.

hanno considerato giustificato il mancato pagamento dei canoni da parte dei conduttori di locazioni commerciali che non avessero potuto esercitare la loro attività a causa delle disposizioni di contenimento dei contagi da covid-19. Condividendo quanto affermato da una parte della dottrina<sup>81</sup>, tali fattispecie, secondo i giudici di merito, integrerebbero una peculiare ipotesi di impossibilità della prestazione del locatore, al contempo parziale e temporanea, con le stesse caratteristiche individuate dal Tribunale di Roma nella pronuncia di fine maggio poc'anzi analizzata. Proprio per questa ragione, questi giudici hanno affermato la necessità di una riduzione del canone di locazione ex art. 1464 c.c. a favore del conduttore che sia stato costretto a tenere chiuso il locale, essendo quest'ultimo intenzionato alla prosecuzione del rapporto piuttosto che allo scioglimento dello stesso. Da ultimo, il Tribunale di Roma<sup>82</sup>, valutando con estrema prudenza la concessione di ordinanza di rilascio per il perdurare dell'emergenza sanitaria, ha affermato che non potesse essere sfrattato il conduttore di immobile adibito ad uso abitativo che non avesse ricevuto gli ammortizzatori sociali (la cassa integrazione). Dalla motivazione del giudice capitolino emerge l'esigenza che la crisi economica imposta dalla pandemia non venga addebitata ai soli cittadini e, a maggior ragione, a coloro tra questi che si trovino in situazioni di difficoltà finanziaria per la perdita del lavoro.

La decisione che sembrerebbe però aver accolto maggiormente gli spunti forniti dalla *Relazione* della Cassazione è quella depositata a fine agosto dal Tribunale di Roma<sup>83</sup>, il quale ha affermato che qualora si ravvisi, nella situazione fattuale e giuridica che ha costituito il presupposto della pattuizione, una sopravvenienza, quale quella determinata dalla pandemia, la parte svantaggiata dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni inizialmente

---

Venezia, 22 maggio 2020, *cit.*), che ha qualificato come “forza maggiore” la situazione di crisi di liquidità in relazione al mancato pagamento dei canoni.

<sup>81</sup> Si veda nota 32.

<sup>82</sup> Trib. Roma, sez. VI, Decr., 28 agosto 2020, in *www.iusexplorer.it*, che, nel procedimento per la convalida di sfratto per morosità dell'inquilina dell'immobile locato ad uso abitativo, ha negato l'ordinanza di rilascio.

<sup>83</sup> Il Trib. Roma, VI, 27 agosto 2020, in *www.iusexplorer.it*, che si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c. in cui si chiedeva di inibire l'escussione della fideiussione, disporre la riduzione del 50% del canone di locazione mensile o, in subordine, disporre la sospensione.

convenute deve avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva e correttezza nella fase esecutiva del contratto, ai sensi dell'art. 1375 c.c. Il giudice romano ha, dunque, preventivamente dichiarato la sussistenza di un vero e proprio obbligo delle parti di addivenire a nuove trattative al fine di riportare l'equilibrio negoziale entro l'alea normale del contratto, richiamando l'art. 2 della Carta costituzionale. In secondo luogo, ha qualificato la fattispecie sottoposta al suo esame come peculiare ipotesi di impossibilità parziale temporanea della prestazione del locatore, idonea a dar luogo all'applicazione del combinato disposto degli artt. 1256 e 1464 c.c. Infine, la soluzione patrocinata nel provvedimento è stata quella di sospendere la garanzia fideiussoria e di ridurre il canone del 40% per i mesi di aprile e maggio e del 20% per il periodo giugno 2020 – marzo 2021, non ritenendosi la previsione di un credito di imposta pari al 60% dell'importo del canone sufficiente a riportare in equilibrio il contratto.

L'ordinanza del Tribunale di Roma ha un forte impatto sulla disciplina del contratto, inteso come massima espressione dell'autonomia privata, poiché impone al locatore una riduzione del canone di una percentuale decisa dal giudice. A tale risultato il giudicante è addivenuto fondando il suo potere di determinare la misura della riduzione del canone sul sopravvenuto squilibrio delle condizioni contrattuali conseguente all'avvento della pandemia, che comporterebbe, in base al principio di buona fede oggettiva e correttezza, un diritto del conduttore di ottenere un riequilibrio del rapporto. Nell'ordinanza, si mette in evidenza il pericolo di un considerevole aggravio della situazione di crisi finanziaria del conduttore causata dal pagamento dei canoni come in origine pattuiti, senza però considerare che anche il locatore, che non percepisce il canone o ne percepisce una somma notevolmente inferiore, possa subire un pregiudizio concreto ed attuale<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> A avviso di chi scrive, è estremamente pertinente l'esempio fatto da R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile, cit.*, dell'anziana signora che non abbia altro reddito diverso dal canone di locazione del negozio di sua proprietà affittato a un ricco gioielliere.

Pertanto, pur cogliendo le finalità meritevoli della decisione in esame, volta certamente a salvaguardare un'attività economica in crisi, occorre mettere in luce che procedendo nel senso della motivazione del giudice romano si rischia di dar vita ad un'arbitraria disparità di trattamento fra le parti del contratto e di negare a priori tutela ad una parte esclusivamente in base alla qualifica che la stessa riveste in quel contratto (locatore), nonostante sia anch'essa meritevole di tutela<sup>85</sup>.

D'altro canto, le pronunce dei giudici, in un senso o in un altro, sono dovute anche al fatto che il legislatore non sia ancora intervenuto in modo organico sulla disciplina dei rimedi per far fronte alle conseguenze della pandemia sui contratti in corso di esecuzione, come le locazioni ad uso commerciale<sup>86</sup>, particolarmente pregiudicati dalla situazione di grave crisi economica che si è determinata soprattutto una volta finito il periodo di c.d. *lockdown*.

**5. Spunti conclusivi.** In assenza di un chiaro quadro normativo emergenziale e con provvedimenti giudiziari che si pronunciano alla stregua di quello poc'anzi esaminato, occorre chiedersi se sia opportuno che il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost, si imponga come disposizione dalla quale ricavare norme applicabili al diritto delle obbligazioni e dei contratti, con la conseguenza pratica che i giudici decidano il patrimonio di quale parte contrattuale debba sopportare le conseguenze finanziarie della pandemia in corso.

Certamente la pandemia e le ripercussioni della stessa costituiscono un mutamento imprevedibile e rilevante della situazione di fatto creata dal contratto, direttamente incidente sull'equilibrio delle prestazioni, ed impone una nuova

---

<sup>85</sup> Si veda, L. CAPODIFERRO, *Non pagare l'affitto è un diritto?*, in *Quotidiano del Sole 24 Ore Condominio*, 15 Set 2020, secondo il quale le decisioni dei giudici, che si pongano sulla stessa scia di quella pronunciata dal Tribunale di Roma, comporterebbero il rischio non solo di sostituire il giudice al legislatore, ma anche di creare una forte incertezza circa il destino dei proprietari che hanno dato in locazione i loro immobili nel caso il cui il conduttore adisca un giudice. L'Autore ritiene che una soluzione più equa sarebbe quella di incentivare, per via legislativa e non giudiziaria, la rinegoziazione dei contratti, introducendo delle forme di compensazione a favore dei locatori che accettino di ridurre il canone alle attività in crisi.

<sup>86</sup> Il legislatore è intervenuto solo per i contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati con l'art. 216, comma 3 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 rubricato "Disposizioni in tema di impianti sportivi".

valutazione delle parti sulla possibilità di dar vita ad un nuovo assetto negoziale. Si tratta, infatti, di una sopravvenienza tale da alterare il sinallagma di alcuni contratti che, per non “estinguersi”, devono essere adattati alle circostanze sopravvenute<sup>87</sup>. Pertanto, proprio a tal fine, ove sorgano controversie circa la continuità di rapporti contrattuali, i contraenti dovrebbero essere disposti a rinegoziare il contenuto del contratto sulla base del buon senso comune, al fine di addivenire ad un nuovo accordo concernente la disciplina delle obbligazioni contrattuali per il periodo di durata della pandemia ed eventualmente per quello immediatamente successivo<sup>88</sup>.

Un'ultima considerazione che può farsi è che tutti i provvedimenti di cui si è detto sono stati pronunciati a valle di ricorsi cautelari depositati prima del 30 giugno 2020, data in cui il comma 1-*quater* dell'art. 3 D.L. 30 aprile 2020, n. 28<sup>89</sup>, ha aggiunto all'articolo 3 del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, il comma 3-*ter* secondo cui: «Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto

---

<sup>87</sup> Il legislatore sembrerebbe aver manifestato un *favor* per il mantenimento del rapporto negoziale, sia pure previa correzione dello squilibrio indotto da fattori esterni, desumibile dalla disciplina contenuta nell'art. 1584, co. 1, c.c. La disposizione infatti prevede che, ove il bene locato divenga parzialmente inutilizzabile e tale inutilizzabilità si protragga per oltre un sesto della durata della locazione o comunque per più di 20 giorni, il conduttore ha diritto ad una riduzione del corrispettivo proporzionale all'entità del mancato godimento. La legge, quindi, individua quale rimedio principale a fronte dell'indisponibilità parziale del bene la riduzione del corrispettivo, relegando la risoluzione del contratto ai casi di irreversibile o comunque perdurante impossibilità di trarre dall'immobile l'utilizzo presupposto dal conduttore in sede di stipulazione.

<sup>88</sup> Secondo N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *IlSole24Ore*, 5 maggio 2020, la clausola *rebus sic stantibus*, riacquista capacità di disciplina, poiché le *res* non stanno più come prima e dunque le parti debbono tornare a negoziare. L'Autore ritiene che le controversie inerenti al contenuto rinegoziabile, andrebbero affidate a commissioni tecniche di arbitratori che dovranno utilizzare parametri oggettivi di correzione per ciascun settore economico o categoria di imprese. Nello stesso senso, si veda anche G. FEDERICO, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *Questione Giustizia*, 9 aprile 2020, secondo il quale l'obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto di locazione e di trovare un nuovo assetto che non sacrifichi unilateralmente le ragioni di una sola parte, privilegiando le ragioni della rendita rispetto alla tutela dell'abitazione o dell'utilizzo produttivo del bene, non costituirebbe una concessione, ma un obbligo di contrarre, alle condizioni che risultano eque (*ex art. 1374 c.c.*) in relazione alla mutata situazione di fatto, in conformità al dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.) alla funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.) ed alla tutela dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.).

<sup>89</sup> Articolo inserito in sede di conversione dalla legge 25 giugno 2020, n. 70 del D.L. recante “Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19”.

delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-*bis*, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda». L'obbligatorietà del tentativo del procedimento di mediazione, da esperire prima di poter adire il giudice, rappresenta uno strumento idoneo a ridurre l'affluenza ai tribunali per controversie aventi ad oggetto le conseguenze dalla pandemia sui rapporti contrattuali. Inoltre, tale previsione normativa potrebbe costituire, coadiuvata dal buon senso delle parti, un ulteriore incentivo al raggiungimento di soluzioni bonarie volte a riequilibrare il sinallagma dei contratti divenuti squilibrati.



*Il lavoro “agile” dell'emergenza: analisi e prospettive di*  
**PAOLO BERNARDO**

SOMMARIO: **1.** RILIEVI INTRODUTTIVI; **2.** LA NORMATIVA DELL'EMERGENZA; **3.** DIRITTI E OBBLIGHI; **4.** LE PECULIARITÀ DELLA FATTISPECIE; **5.** I PRINCIPI DI CUI ALLA LEGGE N. 81 DEL 2017; **6.** CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

**1. Rilievi introduttivi.** Sin dai primi giorni dell'emergenza epidemiologica da covid-19, il c.d. lavoro “agile” è stato individuato dal “legislatore dell'urgenza”, ove praticabile, quale modalità privilegiata di lavoro, in ragione della sua capacità di garantire, da un lato, la limitazione degli spostamenti dei lavoratori (e il conseguente distanziamento tra le persone) e, dall'altro, la prosecuzione, quantomeno parziale, delle attività produttive delle imprese.

Sicché, in poco tempo, il lavoro “agile” (prima applicato in modo piuttosto contenuto e, spesso, solo sperimentale, sebbene con un *trend* in crescita negli ultimi anni<sup>1</sup>, soprattutto nelle medio-grandi imprese) è divenuto il metodo, pressoché, “ordinario” di espletamento della prestazione lavorativa per molti lavoratori, assumendo una dimensione considerevolmente diffusa<sup>2</sup>.

E tale diffusione massiva ha, in ragione della sua eccezionale portata, inevitabilmente alimentato una cospicua attenzione nei confronti del fenomeno da parte degli operatori e degli studiosi del mondo del lavoro, onde coglierne ed analizzarne le principali peculiarità, non solo da un punto di vista giuridico, ma anche economico, sociale, manageriale etc.

In realtà, va precisato che il lavoro “agile” sviluppatosi nel contesto emergenziale presenta delle significative differenze rispetto all'istituto recentemente disciplinato dalla legge n. 81 del 2017 (RICCI, 2018), recante, tra le

---

<sup>1</sup> Cfr. i dati della ricerca dell'Osservatorio Smart Working della School of Management del Politecnico di Milano relativa al 2019 in [www.osservatori.net](http://www.osservatori.net).

<sup>2</sup> Per citare un dato ufficiale fornito dal Ministero del Lavoro, «al 29 aprile 2020, complessivamente risultano 1.827.792 lavoratori attivi in modalità smart working; di questi, ben 1.606.617 sono stati attivati a seguito delle norme sull'emergenza epidemiologica». Cfr. il comunicato del 1° maggio 2020 in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it).

altre, «misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato». E ciò, anzitutto, in termini di *ratio*.

Ed infatti, la modalità agile di “esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” è stata “promossa” dal legislatore del 2017, esplicitamente, allo scopo di «incrementare la competitività» aziendale e di «agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» dei lavoratori (art. 18, comma 1).

Nella normativa emergenziale, invece, il lavoro “agile”, in una «eterogenesi dei fini» (LEONE, 2020), rappresenta, piuttosto, un indispensabile strumento (i) di contrasto e di contenimento del diffondersi del contagio da covid-19, (ii) di conseguente tutela della salute dei lavoratori (e della collettività) e (iii) di limitazione del calo di produttività delle imprese (garantendone il fabbisogno di continuità operativa).

Di conseguenza, la principale funzione della misura di incentivo al lavoro “agile” nel contesto emergenziale è, essenzialmente, quella di garantire l’“ordine pubblico” sanitario ed economico (CARUSO, 2020), salvaguardando la salute pubblica, tutelando l’integrità fisica dei lavoratori e permettendo la prosecuzione dell’attività produttiva (con le sue ricadute anche in termini di occupazione).

Senonché, proprio l’impellente esigenza di rendere operativa la modalità di lavoro “agile” in un periodo così breve, dovuta al repentino mutamento del contesto di riferimento, ha portato il “legislatore dell’urgenza” a dover semplificare la disciplina dell’istituto, determinando anche l’insorgere di talune problematiche interpretative ed applicative.

In via di premessa, appare, in ogni caso, necessario evidenziare come, nel tentativo di risolvere tali problematiche, non possa non tenersi conto della tragicità e della eccezionalità della situazione che ha occasionato la normativa “emergenziale”, la quale, pertanto, va analizzata senza «perdere mai di vista che si tratta di misure straordinarie e, dettaglio non trascurabile, temporanee» (MONDA, 2020).

**2. La normativa dell'emergenza.** Al fine di individuare le peculiarità dell’istituto del lavoro “agile” dell’emergenza, è necessario ricostruirne

sinteticamente il quadro normativo di riferimento, il che, già di per sé, costituisce un compito di non semplice portata stante il «profluvio di testi di legge e di decreti attuativi emanati in questo periodo» (ALESSI-VALLAURI, 2020).

Una delle disposizioni normative più rilevanti, in ogni caso, è rappresentata da quella secondo cui sino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, «e comunque non oltre il 31 dicembre 2020, la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata dai datori di lavoro privati a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti; gli obblighi di informativa di cui all'articolo 22 della medesima legge n. 81 del 2017, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile nel sito internet dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro (INAIL)».

Così, da ultimo, il comma 4 dell'art. 90 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 (c.d. Decreto Rilancio, rubricato «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020)<sup>3</sup>, che riprende esattamente la formulazione letterale di talune norme precedentemente “decretate” dal governo<sup>4</sup>.

Parallelamente, sono state emanate (tempo per tempo) una serie di ulteriori norme di promozione ed incentivo allo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità “agile” in conseguenza dell'emergenza epidemiologica, attraverso le quali: si è consentito alle attività produttive temporaneamente sospese di «comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile»; si è raccomandato «il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a

---

<sup>3</sup> Secondo il comma 3 dello stesso articolo, per l'intero periodo dell'emergenza, «i datori di lavoro del settore privato comunicano al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in via telematica, i nominativi dei lavoratori e la data di cessazione della prestazione di lavoro in modalità agile, ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali».

<sup>4</sup> Cfr. d.P.C.M. del 26 aprile 2020, art. 1, lett. gg); d.P.C.M. del 10 aprile 2020, art. 1, lett. gg); d.P.C.M. dell'8 marzo 2020, art. 2, lett. r); d.P.C.M. 4 marzo 2020, art. 1, lett. n); d.P.C.M. del 1° marzo 2020, art. 4, lett. a); d.P.C.M. del 25 febbraio 2020, art. 2, comma 1.

distanza»; si è invitato, anche per le attività non sospese, «al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile»<sup>5</sup>.

Tali norme promozionali sono state espressamente richiamate anche dal «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro» sottoscritto dal governo e dalle parti sociali il 14 marzo 2020 (integrato il 24 aprile 2020), ove è altresì previsto che «il lavoro a distanza continua ad essere favorito anche nella fase di progressiva riattivazione del lavoro in quanto utile e modulabile strumento di prevenzione, ferma la necessità che il datore di lavoro garantisca adeguate condizioni di supporto al lavoratore e alla sua attività (assistenza nell'uso delle apparecchiature, modulazione dei tempi di lavoro e delle pause)» (punto 8)<sup>6</sup>.

Lo stesso Protocollo, poi, sempre al punto 8, rubricato «Organizzazione aziendale (turnazione, trasferte e Smart Working, rimodulazione dei livelli produttivi)», prevede che «limitatamente al periodo della emergenza dovuta al COVID-19, le imprese potranno, avendo a riferimento quanto previsto dai CCNL e favorendo così le intese con le rappresentanze sindacali aziendali: disporre la chiusura di tutti i reparti diversi dalla produzione o, comunque, di quelli dei quali è possibile il funzionamento mediante il ricorso allo Smart Working o comunque a distanza».

Ai sensi del d.l. n. 19 del 25 marzo 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 35 del 22 maggio 2020), inoltre, «per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso» possono essere predisposte modalità di lavoro agile «anche in deroga alla disciplina vigente», e ciò per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni,

---

<sup>5</sup> Cfr. d.P.C.M. del 26 aprile 2020, art. 2, comma 2; d.P.C.M. del 22 marzo 2020, art. 1, lett. c); d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, art. 1, n. 7, lett. a) e n. 10.

<sup>6</sup> Cfr., in termini analoghi, anche il «Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione» in [www.inail.it](http://www.inail.it), 23 aprile 2020.

reiterabili e modificabili anche più volte fino al termine dello stato di emergenza (art. 1, commi 1 e 2, lett. ff).

Con riferimento al pubblico impiego (CATAUDELLA, 2020), l'art. 87 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020) ha previsto che fino alla cessazione dell'emergenza, «il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» le quali, conseguentemente: «a) limitano la presenza del personale nei luoghi di lavoro per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indispensabili e che richiedono necessariamente tale presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza; b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81» (comma 1)<sup>7</sup>.

Il secondo comma, poi, stabilisce che «la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione»<sup>8</sup>, precisando che «in tali casi l'articolo 18, comma 2, della legge 22 maggio 2017, n. 81» - concernente la responsabilità del datore di lavoro per la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità agile - «non trova applicazione».

Successivamente, sempre con riferimento al pubblico impiego, è intervenuto l'art. 263 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020), a mente del quale, onde assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti, le pubbliche amministrazioni «adeguano l'operatività di tutti gli uffici

---

<sup>7</sup> In dottrina sono stati evidenziati possibili profili di illegittimità costituzionale della normativa sul lavoro agile emergenziale nel pubblico impiego, con riferimento agli artt. 3 (in termini di disparità di con i lavoratori privati), 97 (in ragione della possibile incidenza negativa sul buon andamento della p.a.) e 36 (per la possibile disparità di trattamento economico tra gli stessi dipendenti pubblici) Cost. (PISANI, 2020).

<sup>8</sup> Cfr., nel settore privato, la norma analoga prevista dal comma 2 dell'art. 90 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020, secondo cui «la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dal datore di lavoro».

pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali» (comma 1).

A tal fine, prosegue la disposizione, fino al 31 dicembre 2020, in deroga alle misure di cui al citato articolo 87, comma 1, lett. a), e comma 3<sup>9</sup>, del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, le amministrazioni «organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui al comma 1, lettera b), del medesimo articolo 87, al 50 per cento del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in tale modalità»<sup>10</sup>.

**3. Diritti e obblighi.** Come visto, una delle principali caratteristiche della disciplina del lavoro "agile" emergenziale è rappresentata dal venir meno della necessità, ai fini dell'operatività dell'istituto, della stipulazione di un accordo individuale - accessorio rispetto all'originario contratto di lavoro (ANDREONI, 2018)

---

<sup>9</sup> Concernente la possibilità di esentare il personale dipendente dal servizio ove non fosse stato possibile ricorrere al lavoro agile, dopo aver esperito anche gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva.

<sup>10</sup> Inoltre, sempre l'art. 263, comma 1, prevede che «in considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione possono essere stabilite modalità organizzative e fissati criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi» e che alla data del 15 settembre 2020, l'articolo 87, comma 1, lett. a), del d.l. n. 18 del 2020 cessa di avere effetto. Il comma 4 *bis* dell'art. 263, poi, modifica l'art. 14 della legge n. 124 del 2015 (riguardante la promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche), prevedendo che «entro il 31 gennaio di ciascun anno, le amministrazioni pubbliche redigono, sentite le organizzazioni sindacali, il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), quale sezione del documento di cui all'articolo 10, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. Il POLA individua le modalità attuative del lavoro agile prevedendo, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, che almeno il 60 per cento dei dipendenti possa avvalersene, garantendo che gli stessi non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera, e definisce, altresì, le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale, anche dirigenziale, e gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, anche in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati, anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative. In caso di mancata adozione del POLA, il lavoro agile si applica almeno al 30 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano».

- tra datore di lavoro e lavoratore, fulcro ed essenza della disciplina normativa di cui alla legge n. 81 del 2017.

Sicché, nel periodo emergenziale, il datore di lavoro, onde contenere il diffondersi del contagio, è legittimato ad attivare “unilateralmente” la modalità di lavoro agile (BINI, 2020).

Al riguardo, ci si può, anzitutto, domandare se, in tale periodo, il datore di lavoro sia obbligato a ricorrere al lavoro agile, ove concretamente attuabile, ovvero se possa decidere di far proseguire l’attività del lavoratore in sede (nel caso in cui, ovviamente, l’attività non sia sospesa e siano state adottate tutte le misure prevenzionistiche di salute e sicurezza nell’ambiente di lavoro previste dalla legge e dai protocolli sindacali).

Dal tenore letterale delle norme sopra richiamate sembrerebbe doversi concludere nel senso della discrezionalità, costituendo il ricorso all’istituto «una facoltà e non un obbligo giuridico» (BACCHINI, 2020). Ed infatti, tali norme, quantomeno con riferimento al settore privato (oggetto della presente analisi), “consentono” alle imprese di utilizzare la modalità di lavoro agile (che «può essere applicata dai datori di lavoro privati»), favorendone il massimo utilizzo, senza, però, prevedere un obbligo in tal senso.

Tuttavia, va evidenziato che, come espressamente previsto dal Protocollo del 14 marzo-24 aprile 2020, il lavoro “agile” rappresenta, in questa fase emergenziale, uno dei principali strumenti di prevenzione (*rectius* di precauzione) a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, e ciò potrebbe determinare (nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni di attivazione, il datore di lavoro decida di non utilizzare tale modalità di lavoro) l’insorgere di questioni problematiche in termini di adempimento all’obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c., in base al quale il datore di lavoro «è tenuto ad adottare nell’esercizio dell’impresa tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Il venir meno dell’accordo individuale quale necessario presupposto di attivazione dell’istituto, determina, poi, che l’espletamento della prestazione lavorativa in modalità “agile”, ove richiesto dal datore di lavoro, rappresenti un

obbligo per il lavoratore (in presenza, chiaramente, delle condizioni di operatività del modello lavorativo)<sup>11</sup>.

Dal punto di vista del lavoratore, invero, nel contesto emergenziale, una questione interpretativa che potrebbe porsi riguarda la riconoscibilità, o meno, in suo favore, di un diritto soggettivo al lavoro “agile” (sempre nel caso in cui le sue mansioni siano compatibili con tale modalità di svolgimento della prestazione).

Una risposta in senso affermativo deve essere fornita con riferimento ai lavoratori cc.dd. “fragili” e ai lavoratori con figli minori di 14 anni, in ragione di quanto espressamente previsto (sebbene con talune limitazioni) dal legislatore dell'emergenza<sup>12</sup>.

Ed infatti, l'art. 39 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020), prevede che «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i lavoratori dipendenti disabili nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile ai sensi dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81», sebbene specificando, quale condizione, che tale modalità deve essere «compatibile con le caratteristiche della prestazione» (comma 1), onde evitare l'imposizione di obblighi di mutamenti organizzativi in capo al datore di lavoro<sup>13</sup>.

In termini analoghi, il primo comma dell'art. 90 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020) ha previsto che «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da

---

<sup>11</sup> Sulla questione relativa alla possibilità per il lavoratore di rivendicare un ritorno nel luogo di lavoro, in ragione degli eventuali risvolti negativi del lavoro da remoto (soprattutto in termini di difficoltà nel *work/life balance*, anche con implicazioni di genere, di stress lavoro-correlato, di problemi di *digital divide* etc.), cfr. BROLLO, 2020.

<sup>12</sup> Con una ulteriore curvatura del lavoro “agile” emergenziale (strumento, come visto, utilizzato per coniugare le esigenze produttive con quelle di salute pubblica), che «si piega fino a diventare un succedaneo della platea di permessi e congedi di varia natura» (ROMEI, 2020).

<sup>13</sup> Ai sensi del comma 2, «ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ai sensi degli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81».

COVID-19, i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81», anche in questo caso «a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione»<sup>14</sup>.

Infine, l'articolo 1, comma 1, della legge n. 77 del 17 luglio 2020 ha introdotto, in sede di conversione, un secondo periodo al primo comma del citato articolo 90, a mente del quale «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbidità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83» dello stesso d.l. n. 34/2020, sempre «a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa».

Con riferimento, invece, agli altri lavoratori del settore privato, sempre stando al dato normativo, sembrerebbe doversi concludere per una soluzione negativa, giacché non v'è alcuna disposizione che riconosca ad essi un generalizzato diritto al lavoro agile.

---

<sup>14</sup> Cfr., al riguardo, Trib. Mantova, 26 giugno 2020, n. 1054. In forza dell'articolo 1, comma 3, del d.l. n. 83 del 30 luglio 2020, la norma ha cessato di avere efficacia a decorrere dal 15 settembre 2020. Ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.l. n. 111 dell'8 settembre 2020, però, «un genitore lavoratore dipendente può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di anni quattordici, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico».

Del resto, come visto, le norme emergenziali e il Protocollo del 14 marzo-24 aprile 2020 non vanno oltre l'“esortazione” ad un utilizzo del lavoro agile nel grado massimo possibile, sebbene fortemente incentivante, tenuto conto della configurabilità dell'istituto alla stregua di importante misura prevenzionistica (il che, comunque, potrebbe porre la questione di una possibile pretesa da parte del lavoratore in termini, come anticipato, di adempimento da parte del datore di lavoro all'obbligazione di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., soprattutto nelle situazioni più a rischio<sup>15</sup>).

In ogni caso, come evidenziato in dottrina, «l'idea circolante è stata che il datore di lavoro avrebbe potuto rifiutare la richiesta (n.d.r. del lavoratore di lavorare in modalità agile) soltanto se fosse stato in grado di dimostrare l'indispensabilità dell'erogazione della prestazione in ufficio o in reparto, attraverso, magari, una preliminare mappatura delle posizioni aziendali, meglio se convalidata dai rappresentanti dei lavoratori» (CARUSO, 2020; vd., anche, ALVINO, 2020; BROLLO, 2020)<sup>16</sup>.

**4. Le peculiarità della fattispecie.** Nello stabilire gli elementi essenziali della fattispecie, l'art. 18 della legge n. 81 del 2017, al comma 1, definisce il lavoro agile come una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» - e dunque non un nuovo tipo contrattuale - «stabilita mediante accordo tra le parti», «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» e con la prestazione lavorativa eseguita «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una

---

<sup>15</sup> Com'è stato sottolineato, però, con riferimento all'eventuale malattia contratta dal lavoratore, non si potrebbe «dare per scontata la responsabilità del datore di lavoro sempre e comunque» per non aver «disposto la modalità agile quando avrebbe potuto farlo», giacché bisognerebbe considerare tutte le circostanze di fatto del caso, e ciò «tanto più ove si tenga presente che il rischio di contagio non è un rischio tipico dell'ambiente di lavoro, ma è un rischio diffuso anche nell'ambiente esterno» (ROMEI, 2020).

<sup>16</sup> Anche se, nella (difficile) opera di bilanciamento tra beni costituzionalmente tutelati (salute, impresa, lavoro), bisognerebbe probabilmente prendere in considerazione anche altri fattori, quali, ad esempio, la “frontiera mobile” del rischio (D'ASCOLA, 2020), o, soprattutto, l'adozione, da parte del datore di lavoro, di tutte le ulteriori misure imposte dai protocolli. In giurisprudenza, benché con decisioni rese nell'ambito di fattispecie riconducibili al citato art. 39 del d.l. n. 18/2020, cfr. Trib. Grosseto, 23 aprile 2020, n. 502 e Trib. Bologna, 23 aprile 2020, n. 2759 (GENTILE, 2020; TUFO, 2020), nonché Trib. Roma, 20 giugno 2020, n. 12525.

postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva»<sup>17</sup>.

Sebbene il legislatore emergenziale non abbia individuato - eccezion fatta per la rilevante deroga alla necessità dell'accordo tra le parti (su cui si tornerà) - caratteristiche diverse nella "definizione" del lavoro "agile" (richiamando, anzi, esplicitamente «la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81»), appare evidente come il lavoro "agile" sviluppatosi nel periodo pandemico presenti degli elementi di differenziazione rispetto al modello tradizionale (BARRACO-SITZIA-LUCCHIARI, 2020).

E ciò, anzitutto, con riferimento a quella flessibilità organizzativa spazio-temporale (TUFO, 2020) che, come visto, dovrebbe rappresentare uno dei requisiti essenziali della fattispecie *standard*.

Quanto al tempo, invero, in molti casi, anche a causa della repentinità degli eventi, si è più semplicemente trasferito il lavoro prima svolto in sede nella modalità "da remoto" (anche in termini di orario di lavoro), "mimando" «in tutto la scansione del lavoro in ufficio» (TINTI, 2020), e utilizzando lo stesso modello organizzativo del lavoro.

Quanto al luogo, esso è risultato pressoché "forzato" per il lavoratore nella sua abitazione, stante l'obbligo di rimanere in casa e comunque di limitare al massimo gli spostamenti (soprattutto nella prima fase di *lockdown*), venendo anche meno, «per intuibili ragioni di ordine pubblico sanitario» (BROLLO, 2020), il requisito dell'alternanza interno/esterno (sebbene in maniera sempre più sfumata nella fase di progressiva riapertura delle attività economico-produttive).

Sicché, proprio al fine di evidenziare la diversità strutturale e funzionale tra lavoro agile *standard* e lavoro agile "emergenziale", i primi commentatori - nonostante la esplicita formulazione utilizzata dal legislatore dell'emergenza (appunto, "lavoro agile") - hanno preferito utilizzare, con riferimento al secondo,

---

<sup>17</sup> Lo stesso comma, poi, specifica che il lavoro agile può svolgersi «anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» e «con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici».

espressioni differenti, quali: *working from home*, *remote working*, lavoro obbligato a distanza, telelavoro a domicilio<sup>18</sup>, *emergency work*, etc.

Inoltre, come anticipato, ciò che caratterizza la fattispecie (e la disciplina) del lavoro “agile” emergenziale (oltre alla sua semplificazione burocratica) è il venir meno della necessità di un accordo individuale (*rectius*, degli accordi individuali, CAIROLI, 2020) tra datore di lavoro e lavoratore, che determina uno “snaturamento” dell’istituto tradizionale, in termini di limitazione, di fatto, della sua “flessibilità”.

Quella consensualità, libera e reversibile, delle parti del rapporto di lavoro, in questo periodo contingente, non è più prevista quale «elemento costitutivo della fattispecie» (DE MARINIS, 2020), sicché il ricorso all’istituto viene fatto rientrare nell’alveo del c.d. *ius variandi* datoriale, latamente inteso (ZOPPOLI, 2020)<sup>19</sup>.

Ciò determina conseguenze rilevanti non solo, come visto, nella fase genetica<sup>20</sup> della fattispecie, ma anche nella fase funzionale della sua regolamentazione.

Ed invero, in una logica di *top-down*, la regolamentazione pratica della modalità di svolgimento della prestazione lavorativa “agile”, affidata dal legislatore del 2017 all’accordo privatistico individuale tra le parti, ritorna nella disponibilità del datore di lavoro<sup>21</sup> (sebbene in una logica non esclusiva, posto che l’accordo non è escluso *tout court* bensì solo ritenuto non necessario), con

---

<sup>18</sup> Va ricordato che l’accordo interconfederale del 9 giugno 2004, recependo l’accordo quadro europeo del 16 luglio 2002, definisce il telelavoro come «una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell’informazione nell’ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l’attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell’impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa».

<sup>19</sup> Eccezion fatta, chiaramente, per le situazioni nelle quali operano quei “diritti soggettivi” di accesso al lavoro agile riconosciuti, come visto, dal legislatore emergenziale nei confronti di talune specifiche categorie di lavoratori (vd. *supra*).

<sup>20</sup> È, in ogni caso, opportuno precisare che il datore di lavoro, nel periodo emergenziale, non dispone del lavoro agile «secondo le proprie esclusive convenienze, ma in omaggio a principi di salute pubblica» (ROMEI, 2020).

<sup>21</sup> In realtà, nel settore privato, talvolta, soprattutto nel segmento più rodato, si è fatto ricorso a comunicazioni strutturate e con «pratiche sostanzialmente, se non formalmente, consensualmente e collaborativamente, accomodate» (CARUSO, 2020).

una “mortificazione”<sup>22</sup> dei connotati essenziali della fattispecie *standard*, ove è prevista una «regolamentazione “personalizzata”, come un abito tagliato su misura, per coniugare le esigenze individuali (quali, per definizione, sono quelle che attengono alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro) con l’esigenza dell’azienda di organizzare la propria produzione secondo modelli variabili sia quanto all’elemento temporale, che spaziale della prestazione» (PROIA, 2018).

Con un modello regolativo innovativo e moderno, invero, la legge del 2017 ha affidato proprio all’accordo individuale un ruolo fondamentale nella definizione del regolamento degli interessi in seno al rapporto di lavoro “agile” (FIORILLO, 2018), facendolo assurgere «al rango di vera e propria fonte primaria del lavoro agile, in qualità di indiscusso protagonista della sua regolamentazione» (LAMBERTI, 2018).

Quanto al contenuto dell’accordo individuale, invero, il legislatore del 2017 prevede che esso, stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova: a) «disciplina l’esecuzione della prestazione lavorativa svolta all’esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore» (art. 19, comma 1); b) «individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» (art. 19, comma 1); c) riconosce eventualmente in favore del lavoratore «il diritto all’apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze» (art. 20, comma 2); d) «disciplina l’esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all’esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall’articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni» (art. 21, comma 1); e) «individua le condotte, connesse all’esecuzione della prestazione lavorativa all’esterno dei locali aziendali, che danno luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari» (art. 21, comma 2).

---

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. F. CARINCI, relazione al webinar «La remotizzazione del lavoro» del 25 maggio 2020 (registrazione reperibile in [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)).

**5. I principi di cui alla legge n. 81 del 2017.** La normativa emergenziale prevede, in ogni caso, espressamente che l'utilizzo della modalità di lavoro "agile" debba avvenire «nel rispetto dei principi» dettati dagli artt. 18-23 della legge n. 81 del 2017.

Sicché, nonostante le già evidenziate differenze (identitarie, strutturali, funzionali, etc.) tra lavoro agile emergenziale e lavoro agile tradizionale, il legislatore dell'emergenza, attraverso l'individuazione di una sorta di "ibrido legislativo"<sup>23</sup>, rende applicabili al primo i principi previsti dalla disciplina normativa del secondo<sup>24</sup>.

Al riguardo, anzitutto, vanno menzionate le disposizioni speciali previste dal legislatore del 2017, a mente delle quali «il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici (n.d.r. eventualmente) assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa» (art. 18, comma 2) (PRETEROTI, 2018) e «il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda» (art. 20, comma 1) (FALSONE, 2018)<sup>25</sup>.

Quanto alla tutela della salute e sicurezza del lavoratore agile (PESSI-FABOZZI, 2018; ALLAMPRESE-PASCUCCI, 2017), l'art. 22 della legge n. 81 del 2017

---

<sup>23</sup> In tal senso, cfr. B. CARUSO, relazione al webinar «Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto» del 14 maggio 2020 (registrazione reperibile in [www.csdle.lex.unict.it](http://www.csdle.lex.unict.it)).

<sup>24</sup> Come evidenziato in dottrina, «a partire dalle limitazioni temporali della prestazione lavorativa al diritto alla disconnessione (entrambi riconducibili alla tutela del riposo e della salute); nonché a tutti quei principi generali declinati dall'interprete, espressione di garanzie costituzionali e compatibili con l'assenza di un accordo individuale, avendo come riferimento il sistema normativo normale di gestione del rapporto di lavoro subordinato» (BROLLO, 2020).

<sup>25</sup> Sebbene, anche (e soprattutto) con riferimento al lavoro "agile" emergenziale, possono sorgere questioni interpretative riguardanti, in particolare, taluni benefici accessori come, ad esempio, il diritto ai buoni pasto. A tale ultimo riguardo cfr., però, in termini negativi, Trib. Venezia, 8 luglio 2020, n. 3463.

prevede che essa debba essere garantita dal datore di lavoro<sup>26</sup>, il quale «a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un’informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro» (comma 1).

Come visto, ai sensi della normativa emergenziale, gli obblighi di informativa di cui all’articolo 22 sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell’INAIL.

In ogni caso, ai sensi del comma 2 dell’articolo 22, «il lavoratore è tenuto a cooperare all’attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all’esecuzione della prestazione all’esterno dei locali aziendali»<sup>27</sup>.

Con riferimento all’orario di lavoro, poi, il legislatore del 2017, come anticipato, prevede la necessità che siano rispettati i «limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, comma 1), nonché il “diritto”, in capo al lavoratore, alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (SENA, 2018; DAGNINO 2017), sebbene l’individuazione delle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare tale disconnessione sia rimessa dalla legge all’accordo individuale tra le parti (art. 19, comma 1)<sup>28</sup>.

Particolare menzione merita, inoltre, l’art. 21, comma 1, della legge n. 81 del 2017 (MAINARDI, 2018), secondo il quale, con riferimento al potere di controllo del datore di lavoro - il cui esercizio sulla prestazione resa dal lavoratore

---

<sup>26</sup> Con riferimento allo specifico oggetto della presente analisi, un tema di particolare complessità è, ovviamente, quello relativo alla “riqualificazione” dell’obbligazione di sicurezza nel lavoro a distanza dell’emergenza e, in particolare, all’individuazione del perimetro di responsabilità del datore di lavoro da infezione da Covid-19 riferito al lavoratore che svolge la sua prestazione in tale modalità (cfr., al riguardo, le questioni menzionate da CARUSO, 2020).

<sup>27</sup> L’art. 23 della legge n. 81 del 2017, poi, prevede che «il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all’esterno dei locali aziendali» (comma 2).

<sup>28</sup> Con riferimento al diritto soggettivo alla disconnessione, soprattutto in un’ottica di tutela della salute del lavoratore, cfr. il disegno di legge n. 1833 del 29 maggio 2020, intitolato «Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l’introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti» (MENEGOTTO, 2020).

all'esterno dei locali aziendali è anch'esso rimesso alla regolamentazione dell'accordo individuale - deve essere comunque rispettato «quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni» (vd. art. 23, comma 1, d.lgs. n. 151 del 2015).

Ai sensi del primo comma di tale articolo, «gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale» e possono essere installati solo previo accordo collettivo o autorizzazione amministrativa.

Tale disposizione, tuttavia, non si applica (i) agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, nonché (ii) agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa (comma 2), tra i quali tendenzialmente possono essere fatti rientrare anche i *device* tecnologici utilizzati dallo *smart worker*.

A prescindere dalla problematica (che, comunque, può assumere rilievo nel lavoro agile<sup>29</sup>) relativa alla delimitazione del campo di operatività della formulazione utilizzata dal legislatore al comma 2<sup>30</sup>, ciò che risulta di fondamentale importanza è, in ogni caso, quanto previsto dal comma 3 dell'art. 4 Stat. Lav., ossia che «le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196» (modificato di recente dal d.lgs. n. 101 del 2018 in base

---

<sup>29</sup> Anche in ragione del fatto che l'evoluzione tecnologica rende sempre più difficile distinguere nettamente tra strumenti di controllo e strumenti di lavoro (TULLINI, 2017). Sull'applicabilità al caso del lavoro agile della distinzione tra strumento per rendere la prestazione lavorativa e dispositivo che consente il controllo a distanza, vd. RAIMONDI, 2019.

<sup>30</sup> Se «relativa esclusivamente a quegli strumenti che possano dirsi effettivamente strumentali all'esecuzione della prestazione, con conseguente ricomprensione nel primo comma di tutto quanto risulta avere finalità differenti ed ulteriori rispetto alla mera esecuzione della prestazione, ovvero se, al contrario, interpretare la norma nel senso che rimetta al datore di lavoro il potere di definire gli strumenti funzionali all'esecuzione della prestazione, senza possibilità di valutazione di merito» (SITZIA, 2020).

al Regolamento 2016/679/UE relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati).

**6. Conclusioni e prospettive.** Al di là delle problematiche legate alla configurazione (e alla regolamentazione) giuridica del lavoro “agile” emergenziale, resta, in ogni caso, un dato certo, ovvero che in questo (drammatico) periodo di “contingenza” epidemiologica si sta realizzando una imponente ed accelerata “sperimentazione” della modalità di lavoro “a distanza”, che rimarrà nel bagaglio d’esperienza dei lavoratori e delle imprese<sup>31</sup>.

Ciò può rappresentare, per entrambi, una “occasione” preziosa onde valutare (anche in termini organizzativi, di benessere, etc.) la portata di questa modalità di esecuzione del lavoro, sebbene con tutte le difficoltà legate alla pandemia, nonché un fattore di maturazione verso una maggiore fiducia e confidenza nei confronti dei modelli organizzativi del lavoro che sfruttano, quale risorsa, anche in termini di produttività, le tecnologie digitali, sempre più sviluppate e diffuse, capaci di «desincronizzare e flessibilizzare l’attività lavorativa rispetto ad un posto e un orario fisso» (BROLLO, 2020).

In termini prospettici, onde sfruttare al meglio tale “opportunità” (CORSO, 2020), in un’ottica (altresì) di incremento della competitività nei mercati globali, v’è, probabilmente, la necessità di porre in essere una grande opera di digitalizzazione<sup>32</sup>, di investimento nelle nuove tecnologie, di formazione dei lavoratori, di diffusione di una moderna cultura manageriale (anche con un cambiamento di approccio nei sistemi di gestione del personale), onde addivenire a un’organizzazione del lavoro realmente nuova, agile, flessibile e produttiva, ben

---

<sup>31</sup> In poche settimane, si è effettuato un percorso di accrescimento delle competenze “tecnologiche” che, probabilmente, avrebbe richiesto anni, scoprendo, tra l’altro, che molte attività lavorative, prima considerate espletabili esclusivamente e necessariamente in sede, possono in realtà essere svolte anche “da remoto”. In ogni caso, sulle inevitabili “differenze settoriali” nel ricorso allo *smart working* (che incidono anche sulla futura diffusione dell’istituto), cfr. il Report dell’Istat «Situazione e prospettive delle imprese nell’emergenza sanitaria Covid-19» del 15 giugno 2020, in [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>32</sup> In tal senso, cfr. G. PROIA, relazione conclusiva al webinar «La tutela dell’occupazione nella FASE 3» del 13 maggio 2020 (registrazione reperibile in [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)).

inserita nel contesto di sviluppo socio-economico attuale, di cui uno degli “emblemi” è il “contatto a distanza” (VALLEBONA, 2017).

In ogni caso, come altresì testimoniato da questo periodo “sperimentale” (in cui, a onor del vero, a causa della repentinità degli eventi, non v’è stata la possibilità, per molti lavoratori e imprese, di progettare preliminarmente la modalità lavorativa “a distanza”, al fine di adattarla alle proprie esigenze organizzative), va evidenziato che il lavoro agile presenta sì dei “benefici” (soprattutto in termini di competitività e di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, come espressamente affermato dal legislatore del 2017), ma anche degli elementi di criticità (CAPETTA-DEL CONTE, 2020), talvolta pure con riferimento a medesimi aspetti.

Tra i secondi, resi evidenti anche dalla generalizzazione e dalla pervasività del lavoro “agile” dell’emergenza, possono menzionarsi, ad esempio, quelli legati: (i) al funzionamento dei dispositivi tecnologici; (ii) al venir meno, per il lavoratore, dell’empatia con la propria comunità lavorativa; (iii) agli sconfinamenti del tempo di lavoro; (iv) alla conciliazione vita/lavoro (che, sebbene rappresenti uno dei principali obiettivi del modello tradizionale, nella fase emergenziale si è spesso manifestata in termini di criticità); (v) alla fornitura di attrezzature adeguate e ai relativi costi; (vi) alla formazione dei lavoratori nel loro utilizzo; (vii) alle conseguenze in termini di trattamenti salariali, anche con riferimento a quegli elementi spesso legati all’espletamento della prestazione in sede; (viii) alla sicurezza informatica; (ix) al controllo della prestazione lavorativa; (x) all’esercizio del potere direttivo; (xi) alle difficoltà di coordinamento tra le varie prestazioni; (xii) al possibile aumento delle disuguaglianze salariali<sup>33</sup>, etc.

Tra i primi, invece, sebbene alcuni solo “intuibili”, per molti, nel contesto emergenziale, possono citarsi (oltre a quelli espressamente individuati dal legislatore del 2017), tra gli altri: (i) la maggiore flessibilità organizzativa; (ii) la maggiore autodeterminazione del lavoratore nell’espletamento della prestazione; (iii) la riduzione dei tempi e dei costi del c.d. “pendolarismo” casa-lavoro (anche

---

<sup>33</sup> Cfr. INAPP, *Gli effetti indesiderabili dello smart working sulla disuguaglianza dei redditi in Italia*, in *INAPP Policy Brief*, n. 20/2020.

con una diminuzione degli incidenti stradali); (iv) il risparmio, per le imprese, sui costi logistici di gestione (con riferimento, ad esempio, ai locali aziendali e alle spese di trasferta); (v) le ricadute positive per l'ambiente; (vi) i benefici in termini di *engagement*, di meritocrazia e di fiducia per i lavoratori; (vii) la riduzione dell'assenteismo, etc.

Sicché, nello sviluppo (anche, eventualmente, regolativo<sup>34</sup>) del modello organizzativo del lavoro agile – che, probabilmente, superata la fase emergenziale, non tornerà «ad essere un'eccezione, ma continuerà ad avere ampia diffusione» (LAI, 2020)<sup>35</sup> - bisognerà tenere in debita considerazione, in un'ottica necessariamente interdisciplinare (TIRABOSCHI, 2020), tanto le luci quanto le ombre dell'istituto, attraverso una (difficile) opera di sintesi (ZOPPOLI, 2020).

Da un punto di vista normativo, al termine del periodo emergenziale, il lavoro agile, in base alla legge n. 81 del 2017, tornerà, in assenza di modifiche legislative, a costituire il frutto di una “scelta” concordata tra datore di lavoro e lavoratore, in un auspicabile “gioco a somma positiva” tra organizzazione e persona<sup>36</sup>, con una rinnovata centralità dell'accordo individuale (sia nell'*an* che

---

<sup>34</sup> Senza, però, addivenire ad un eccessivo irrigidimento normativo, che probabilmente non gioverebbe all'“agilità” della fattispecie (DEL CONTE, 2020). Allo stato, già sono state presentate talune proposte di legge sul lavoro agile. Cfr., ad esempio, la n. 2417 del 2 marzo 2020, la quale prevede, tra le altre cose: (i) il riconoscimento, in favore del lavoratore, del diritto soggettivo alla disconnessione; (ii) norme a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (soprattutto con riferimento ai rischi derivanti dall'utilizzo delle attrezzature munite di videoterminali e ai rischi della connettività e dell'iperconnettività); (iii) l'intervento della contrattazione di prossimità per la determinazione di alcuni aspetti quali i tempi di riposo e l'esercizio del potere direttivo, di controllo e disciplinare; (iv) ordini di priorità per l'accoglimento delle domande di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile; (v) norme sull'orario di lavoro, etc.

<sup>35</sup> Con riferimento ai possibili scenari futuri - ottimistico (della volontà), realistico e pessimistico (della ragione) - del lavoro agile post-pandemico, cfr. CARUSO, 2020. Secondo ROMEI, 2020, è «verosimile ipotizzare che il lavoro agile si declinerà al plurale, o almeno che concretamente si avranno due tipi unificati sotto lo stesso nome»: «il lavoro agile strettamente inteso, corrispondente al modello ideale delineato dal legislatore del 2017» e «una forma più modesta, prevalentemente orientata alle esigenze di cura e di assistenza familiare, con una generica vocazione verso la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro».

<sup>36</sup> In tal senso, cfr. M. CORSO, relazione al webinar «Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto» del 14 maggio 2020, cit.

nel *quomodo*), essenziale al fine di rendere flessibile l'organizzazione del lavoro (e di dare soluzione ad alcune delle criticità sopra evidenziate)<sup>37</sup>.

Un ruolo importante potrebbe essere svolto anche dalla contrattazione collettiva (LAI, 2020) - sia nazionale che, soprattutto, aziendale e territoriale - onde predisporre "cornici" normative di riferimento che disciplinino gli aspetti più comuni dell'istituto.

In chiave prospettica, anche di breve termine, va, inoltre, menzionato quanto previsto dal Rapporto del Comitato di esperti in materia economica e sociale concernente le «Iniziative per il rilancio Italia 2020-2022» dell'8 giugno 2020 (c.d. Piano Colao), ove si evidenzia la necessità di «utilizzare la fase attuale per un'attenta e profonda osservazione dello *smart working* e delle dinamiche ad esso connesse per identificare elementi con cui migliorare la normativa vigente (legge n. 81/2017), al fine di renderla perfettamente aderente al nuovo contesto che si sta sviluppando, in cui da un lato c'è la necessità di un'adozione diffusa per questioni anche di sicurezza e dall'altro l'obiettivo di dare a imprese e lavoratori un'opzione migliorativa sia della produttività sia delle condizioni lavorative», raccomandando, «al fine di evitare utilizzi impropri dello strumento già nell'immediato ... di definire e adottare un codice etico per la PA e di promuoverlo nel mondo dell'impresa»<sup>38</sup>.

In termini più strettamente giuslavoristici, infine, va sottolineato che il "vero" lavoro agile - in ragione della valorizzazione della flessibilità spazio-

---

<sup>37</sup> Sebbene non vada trascurato il problema dei possibili condizionamenti datoriali alla libera e genuina esplicazione della volontà del lavoratore (TINTI, 2020). In ogni caso, l'eventuale riorganizzazione dell'attività produttiva delle imprese nel segno delle nuove tecnologie potrebbe condurre all'instaurazione di rapporti di lavoro che nascono direttamente in *smart working*, senza la necessità che esso sia concesso né preteso. Cfr. G. LO STORTO, relazione al webinar «Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto» del 14 maggio 2020, cit.

<sup>38</sup> Secondo le "schede di lavoro" del Rapporto è necessario, «nel breve periodo, promuovere, nella PA come nelle aziende private, l'adozione di un codice etico dello Smart Working con specifica considerazione dei tempi extra lavorativi (tra i quali impegni domestici e cura della famiglia) e in ottemperanza alla L. 81/2017 (stesse ore lavorative e giornate come da contratto nazionale), con l'obiettivo di: (i) massimizzare la flessibilità del lavoro individuale, (ii) concordare i momenti di lavoro "collettivo" (da tenersi in orari standard, rispettando la pausa pranzo, i weekend e le regole previste per il lavoro straordinario), (iii) adottare sistemi trasparenti di misurazione degli obiettivi e della produttività al fine di valutare la performance sui risultati e non sul tempo impiegato (meno misurabile e non rilevante nel lavoro agile)».

temporale (MAGNANI, 2019), dell'“autonomizzazione” e “responsabilizzazione” del lavoratore (ALES, 2020), dell'importanza attribuita al risultato della prestazione (MARTONE, 2018), del più ampio ruolo regolativo affidato all'autonomia negoziale (PERULLI, 2018), della centralità della “collaborazione”, rivisitata alla luce delle nuove tecnologie<sup>39</sup> - induce a riflettere sulle stesse “certezze” sinora costruite intorno alla fattispecie del lavoro subordinato (CARUSO, 2020), nonché sui confini di quest'ultimo rispetto al lavoro autonomo (BROLLO, 2020; LEVI, 2019).

Il tema - che può essere soltanto accennato in questa sede - testimonia, in ogni caso, la possibile rilevanza dell'istituto nel diritto del lavoro del futuro (CARUSO-DEL PUNTA-TREU, 2020).

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALES E., *I benefici dello smart working*, in *open.luiss.it*, 9 giugno 2020
- ALESSI C. - VALLAURI M.L., *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in Bonardi O. - Carabelli U. - D'Onghia M. - Zoppoli L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020
- ALLAMPRESE A. - PASCUCCI F., *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore “agile”*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I
- ALVINO I., *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza covid-19?*, in *GiustiziaCivile.com*, 8 aprile 2020
- ANDREONI A., *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I
- BACCHINI F., *Smart working da Covid-19 a fine corsa? Ragioniamo sugli scenari futuri*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 27 giugno 2020
- BARRACO E. - SITZIA A. - LUCCHIARI M., *La “rivitalizzazione” dello smart working*, in *Dir. prat. lav.*, 2020
- BERNARDO P., *Lo smart working ai tempi del Coronavirus*, in *Guida lav.*, n. 14, 2020
- BINI S., *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *GiustiziaCivile.com*, 17 marzo 2020
- BROLLO M., *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. giur.*, 2020
- CAIROLI S., *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al covid-19: prime osservazioni*, in *GiustiziaCivile.com*, 18 marzo 2020
- CALVELLINI G., *Coronavirus e lavoro agile: la regolamentazione provvisoria*, in *Diritti&Lavoro Flash*, n. 2/2020
- CAPETTA R. - DEL CONTE M., *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 31 marzo 2020
- CARUSO B., *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020
- CARUSO B. - DEL PUNTA R. - TREU T., *Manifesto. Per un diritto del lavoro sostenibile*, CSDLE “Massimo D'Antona”, 2020
- CATAUDELLA M.C., *Lo smart working “emergenziale” nelle Pubbliche Amministrazioni*, in Pileggi A. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020
- CORSO M., *Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in [www.som.polimi.it](http://www.som.polimi.it), 25 marzo 2020

<sup>39</sup> Cfr. R. PESSI, relazione conclusiva al webinar «Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto» del 14 maggio 2020, cit.

- D'ASCOLA S., *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 29 giugno 2020
- DAGNINO E., *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Dir. rel. ind.*, 2017
- DE MARINIS N., *Obbligazione di lavoro ed emergenza epidemiologica*, in Pileggi A. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020
- DEL CONTE M., *E adesso proteggiamo lo smartworking dall'iper-regolamentazione*, in [www.ildiariodellavoro.it](http://www.ildiariodellavoro.it), 14 maggio 2020
- FALSONE M., *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in Zilio Grandi G. - Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018
- FIORILLO L., *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- FOGLIA L., *Emergenza lavoro e lavoro in emergenza*, in Pileggi A. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020
- GENTILE G., *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2020
- LAI M., *Il lavoro a distanza, quale regolamentazione?*, in *Lav. dir. Eur.*, n. 2/2020
- LAMBERTI M., *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- LEONE M., *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 21 marzo 2020
- LEVI A., *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I
- MAGNANI M., *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 404/2019
- MAINARDI S., *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- MARESCA A., *Smart working, subordinazione soft*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 26 luglio 2017
- MARTONE M., *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2018
- MENEGOTTO M., *Una nuova legge sul lavoro agile? Note a margine del disegno di legge delega AS 1833 a firma Ricciardi e altri*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 21 settembre 2020
- MONDA P., *Lo smart working e l'emergenza sanitaria*, in [www.cgil.veneto.it](http://www.cgil.veneto.it), 2020
- PERULLI A., *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 365/2018
- PISANI C., *Il lavoro agile nella P.A.: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *Guida lav.*, n. 33/34, 2020
- PRETEROTI A., *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in Zilio Grandi G. - Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018
- PROIA G., *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- PESSI R. - FABOZZI R., *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- RAIMONDI E., *Potere di controllo, tutela della riservatezza e "lavoro agile"*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I
- RICCI G., *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018
- ROMEI R., *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020
- SENA E., *Lavoro agile e diritto alla disconnessione: l'incidenza delle nuove tecnologie sulle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2018
- SITZIA A., *Coronavirus, controlli e "privacy" nel contesto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2020
- TINTI A.R., *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 419/2020

- TIRABOSCHI M., *Smart working: la prospettiva giuslavoristica non basta*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 21 settembre 2020
- TIRABOSCHI M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 335/2017
- TUFO M., *Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *Lav. dir. Eur.*, n. 2/2020
- TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017
- VALLEBONA A., *Il lavoro agile*, in *Mass. giur. lav.*, 2017
- ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 421/2020



*La tutela penale della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro in tempi di pandemia da Covid-19: profili critici ed incertezze in tema di responsabilità dell'individuo e dell'ente*  
di **PIETRO MARIA SABELLA**

SOMMARIO: **1.** TUTELA DELLA SALUTE, LIBERTÀ E DIRITTO PENALE. INTRODUZIONE AL TEMA **2.** IL COVID-19 COME “INFORTUNIO SUL LAVORO”. DECRETAZIONE D’URGENZA, MISURE DI PREVENZIONE E TUTELA PENALE DEL LAVORO **3.** IL RISCHIO BIOLOGICO “GENERICO” E UBIQUO E LA GESTIONE DEL RISCHIO. PROVE DI INTEGRAZIONE DELLA NORMATIVA D’EMERGENZA CON IL TESTO UNICO SULLA SICUREZZA DEL LAVORO **3.1.** PROFILI DI RESPONSABILITÀ DELL’ENTE PER LESIONE DELL’INTEGRITÀ DEL LAVORATORE PER CONTAGIO DA COVID-19. QUALI ESIGENZE DI AGGIORNAMENTO DEL MOG E IL RUOLO DELL’ODV **4.** MISURE DI PREVENZIONE DEL CONTAGIO. L’ART. 29-BIS DELLA L. 40/2020 E LA CLAUSOLA GENERALE PREVISTA DALL’ART. 2087 C.C. MARGINI PER UNA RESPONSABILITÀ PER COLPA GENERICA? **4.1.** (SEGUE) BREVI NOTE SULLA CAUSALITÀ **5.** ALCUNE OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

**1. Tutela della salute, libertà e diritto penale. Introduzione al tema.** La pandemia da Coronavirus ha avuto quale principale effetto quello di porre le società civili e gli ordinamenti giuridici democratici innanzi ad una sorta di “prova del nove”, ovvero di fronte alla necessità di verificare se gli impianti costituzionali e normativi sorti dalle ceneri della seconda guerra mondiale e dalla fine delle dittature fossero effettivamente in grado di assicurare, in condizioni di crisi o di emergenza, un equilibrato bilanciamento fra esigenze di tutela della vita, della dignità umana e libertà economiche.

Come è noto, l’urgenza scaturita dalla rapida diffusione del *virus* anche in Italia, già a partire dal mese di gennaio, ha condotto alla repentina chiusura di tutte le attività produttive e commerciali di non primaria necessità, dapprima in alcune zone della Lombardia e successivamente in tutto il territorio nazionale (si ricordino la Delibera pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 1° febbraio, n. 26 con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza fino al 31 luglio 2020 e i D.P.C.M. 8 e 10 marzo 2020, successivamente prorogato fino al 31 gennaio con il D.L. 7 ottobre 2020 n. 125), nonché ad una drastica limitazione delle libertà fondamentali del

cittadino. Durante i mesi che hanno caratterizzato la c.d. “Fase 1”, infatti, si è assistito all’adozione, *in primis* da parte dell’esecutivo, di una serie di provvedimenti normativi e regolamentari di varia natura che, probabilmente in modo drastico, hanno fortemente compresso l’esercizio del diritto di circolazione, di riunione e di movimento e la libertà di iniziativa economica privata.

In particolare, per alcuni aspetti, le limitazioni agli spostamenti imposte al cittadino hanno assunto la parvenza di una vera e propria restrizione della libertà personale (sul rapporto e sul confine fra libertà personale e libertà di circolazione, vedi A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, 1993, pag. 171-172; M. Mazziotti, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1985, pag. 193; A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pag. 202), suscitando dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di riserva di legge e di giurisdizione imposto dall’art. 13 della Costituzione (fra i primi ad evidenziare alcune perplessità in merito, al di là del giudizio di costituzionalità, si veda G. Luccioli, *I diritti fondamentali al tempo del coronavirus*, in *Cass. Pen.*, 2020, 4, pag. 1461 e ss; V. Baldini, *Emergenza sanitaria e personalismo “asimmetrico” nelle politiche regionali. Aspetti problematici e...rischiosi*, in *Diritti Fondamentali*, 2020, 1, pag. 5 e ss; dalla prospettiva penalistica G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 16 marzo 2020).

In un certo qual modo, il c.d. *lockdown* ha posto l’accento sull’emersione di un profondo e lacerante conflitto valoriale in seno allo stato democratico e liberale, che ha ad oggetto proprio il rapporto, o meglio il bilanciamento, fra la tutela della vita (*uber alles*) da un lato e della dignità dell’uomo dall’altro, intesa quale complesso di diritti, libertà e prerogative attribuite al cittadino nel confronto con il potere pubblico (sul tema si veda recentemente J. Habermas – K. Gunther, *Nessun diritto fondamentale vale senza limiti*, trad. it. V. Militello, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 30 maggio 2020).

Anche nel nostro Paese il Legislatore si è dovuto interrogare sulla effettiva opportunità di riconoscere una primazia assoluta alla tutela della vita e dell'integrità fisica del cittadino e, pertanto, per assicurare adeguati standard di sanità e igiene pubblica, rinunciare tuttavia a promuovere efficaci meccanismi di bilanciamento fra i valori costituzionali in causa (*in primis* salute, libertà di movimento e circolazione, autonomia privata); così da sollevare ulteriori dubbi circa l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure restrittive e di contenimento adottate rispetto allo scopo di tutela prefissato, cioè la riduzione del contagio e il mantenimento di un servizio sanitario efficiente.

Ecco che, durante la "Fase 1", a causa delle molte incertezze esistenti e probabilmente di una certa impreparazione all'emergenza, l'articolata legislazione prodotta sia a livello centrale che regionale, (che non è andata esente da cortocircuiti istituzionali, si veda M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), del 26 marzo 2020; C. Ruga Riva, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, nella stessa rivista, del 6 aprile 2020; A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2020, n. 4, pag. 441 e ss) in materia di contrasto alla diffusione del coronavirus è stata plasmata quasi "inconsciamente" con lo scopo di porre rimedio all'«angoscia oggettiva» (cfr. S. Kierkegaard, *Il concetto dell'angoscia*, Milano, 1995, pag. 54-56) percepita dalla popolazione, tornata a confrontarsi drammaticamente, almeno in occidente, con l'inevitabilità della morte (sul tema, interessante riflessione in rapporto alla risposta data dalle culture orientali di F.Rampini, *Oriente-Occidente. Massa e Individuo*, Torino, 2020, pag. 210 e ss).

Il pericolo derivante dalla letalità e mortalità del *virus* ha agevolato, a tutti i livelli della società, l'elaborazione di modelli di pensiero inclini ad accettare il rischio di abdicare temporaneamente alla propria libertà, intesa propriamente come <<atto>> ed esperienza di azione, che qualifica e distingue un individuo all'interno di una società (per questa definizione cfr. J.P. Sartre, *Il pensiero filosofico*, a cura di A. Moravia, Firenze, 1972, pag. 54-58), a favore di una repentina soluzione della crisi sanitaria.

La conseguenza diretta dello *shock* collettivo è stata quella di affidare alla decretazione d'urgenza sia il compito di tentare di arginare gli effetti fatali dell'epidemia che di riprogrammare un sistema socioeconomico funzionale a generare sviluppo e *welfare* nella successiva fase di "convivenza" con il virus.

In questo contesto, come si vedrà, il diritto penale ha svolto un ruolo cruciale, seppur tuttavia in parte improprio, assumendo le vesti di "controllore", di mediatore, fra istanze economiche e di tutela dell'individuo e della sua incolumità. Alla pena si è inteso attribuire, fra gli altri, il compito di definire la soglia del rischio consentito (cfr. C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, 2017, pag. 239 e ss; V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, pag. 59 e ss) nell'esercizio dell'attività di impresa, in una fase politico-economica assolutamente incerta, in assenza di regole cautelari e scientifiche certe o quantomeno oggettivamente idonee a prevenire la diffusione del contagio, dunque in un contesto in cui sarebbe stato difficile distinguere fra precauzione e prevenzione ( in tema di precauzione vedi, D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012;), campo alquanto importante in materia penale per ciò che attiene all'individuazione della diligenza richiesta e, di conseguenza, dell'imputazione a titolo di colpa.

**2. Il Covid-19 come "infortunio sul lavoro". Decretazione d'urgenza, misure di prevenzione e tutela penale del lavoro.** Nel campo

della regolamentazione della sicurezza sul posto di lavoro, nelle organizzazioni sia pubbliche che private, l'impatto della crisi sanitaria ed economica si è così tradotto nella rincorsa all'adozione di un corposo complesso di misure e regole cautelari finalizzate a impedire la propagazione del virus e a salvaguardare il più possibile l'incolumità e la salute dei lavoratori nonché, di riflesso, la collettività e l'economia del Paese. Nella prospettiva del penalista, in particolare in questo contesto, si tratta dunque di verificare, in primo luogo, come i provvedimenti assunti in tema di responsabilizzazione del datore di lavoro per infortunio causato dall'infezione del nuovo coronavirus si collochino in rapporto al preesistente sistema penale in materia, ove campeggia il d.lgs. n. 81/2008, e in seconda battuta, quali possano essere i riflessi applicativi della normativa emergenziale e le eventuali correzioni finalizzate a impedire le tendenze ermeneutiche verso un eventuale eccessivo ampliamento degli spazi di responsabilità dell'imprenditore, sia esso persona fisica che persona giuridica (affronta il tema della responsabilità dell'ente, fra gli altri, V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia. Profili di responsabilità penale individuale e collettiva dell'ente per contagio da coronavirus*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), del 26 giugno 2020; V. Marchesi, *L'ente alla prova dell'emergenza. Prime considerazioni su prevenzione del rischio e garanzie dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001 nel governo della crisi*, nella stessa rivista, del 14 maggio 2020).

L'elevato tasso di contagio registrato all'interno delle organizzazioni lavorative (è sufficiente esaminare il recente nono report sulle infezioni di origine professionale pubblicato dall'INAIL in [www.inail.it](http://www.inail.it) del 30 settembre 2020, per evidenziare come le denunce pervenute all'istituto per infortunio da Covid-19 abbiano raggiunto la quota di 54.128, mentre i casi mortali siano 319) come già anticipato ha condotto, già dal mese di marzo, all'emanazione di provvedimenti normativi atti a limitare la diffusione del virus mediante la predisposizione di misure cautelari specifiche da adottare a salvaguardia della salute pubblica e dei lavoratori.

Dapprima, come noto, è stato promosso il distanziamento sociale, quale fondamentale misura cautelare da rispettare in ogni luogo aperto al pubblico che, in ambito lavorativo, si è tradotto nel complesso delle disposizioni presenti nel Primo Protocollo del 14 marzo 2020, disposto in attuazione di quanto previsto nel DPCM dell'11 marzo 2020, con il quale si è inteso favorire <<*il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza*>> (per alcune prime interessanti riflessioni cfr. C. Di Carluccio, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Riv. It. dir. Lav.*, 2020, III, pag. 3 e ss;).

Contestualmente, lo stesso Protocollo, il quale ha fissato prescrizioni a contenuto cautelare anche di natura vincolante per certi aspetti assimilabili a delle linee guida, ha previsto per le attività produttive non sospese e per tutti i datori di lavoro delle associazioni di categoria firmatari che, ove non fosse stato possibile interrompere l'attività lavorativa, la sua prosecuzione poteva essere consentita a condizione che venissero rispettati specifici <<*protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale*>>.

Sul versante specifico della tutela penale del lavoro e della salute pubblica nell'ambito dell'impresa, le misure di prevenzione del contagio si sono tradotte in previsioni normative ambigue e opache. In primo luogo, basti qui ricordare l'art. 42, comma 2, del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, convertito in L. n. 27 del 24 aprile 2020, noto ai più come *Decreto Cura Italia*, mediante il quale la trasmissione dell'infezione da coronavirus è stata qualificata come <<*infortunio sul lavoro*>>, destando fin da subito particolari perplessità anche in ordine all'area della responsabilità penale del datore di lavoro per fatti lesivi cagionati al lavoratore. Infatti, sebbene sia stato successivamente specificato come tale intervento sia stato predisposto per finalità di tipo previdenziale ed assicurativo (si veda Circolare INAIL del 20 maggio 2020, n. 22, sui profili connessi all'indennizzo per contagio da Covid-

19, si vedano G. Corsalini, *Coronavirus, la tutela dell'INAIL in caso di contagio del lavoratore*, in *Questione Giustizia*, 1 aprile 2020; L. La Peccerella, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *DSL*, n. 1/2020, pag. 1 e ss; E.E. Boccafurni – M. Fatigato, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: l'equiparazione tra causa violenta e causa virulenta nelle malattie professionali ai fini dell'accesso al relativo trattamento economico nella conversione in legge del c.d. d.l. "Cura Italia"*, in *DSL*, n. 1/2020, pag. 150 e ss; in materia penale, F. Compagna, *La responsabilità penale da "contagio" sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare INAIL del 20 maggio 2020*, in *Il Penalista*, 25 maggio 2020), non v'è dubbio che la scelta lessicale e terminologica adottata in un clima di urgenza avrebbe potuto, anche nel prossimo futuro, determinare una certa giurisprudenza ad impiegare la suddetta norma quale presupposto per fondare il risarcimento del danno da reato (vedi O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), del 22 giugno 2020; C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale? Spunti sull'art. 29-bis del decreto-legge 8 aprile n. 23 convertito nella legge 5 giugno 2020 n. 40*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), del 15 giugno 2020), per tentare così di soddisfare esigenze di assistenza sociale rimaste attualmente inevase da altri strumenti finalizzati al ristoro e all'indennizzo del lavoratore infettato.

Il *corpus* regolamentare in materia è stato successivamente aggiornato ed integrato con il secondo Protocollo del 24 aprile 2020, richiamato dal DPCM del 26 aprile 2020 (rubricato "Misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali"; sul tema vedi S. Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della Fase 2*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), del 4 maggio 2020). Il nuovo provvedimento, che definisce il Covid-19 quale rischio biologico "generico", richiede che le imprese e le attività commerciali presenti su tutto il territorio nazionale adottino uguali misure contenitive

della diffusione del coronavirus, seppur in base alle proprie peculiarità. In particolare, non potendo procedere in questa sede ad una analisi diffusa, si vuol solamente ricordare che esse riguardano: a) l'informazione nei confronti dei lavoratori circa le disposizioni finalizzate a contenere il rischio del contagio; b) le modalità di ingresso in azienda; c) le modalità di accesso dei fornitori esterni dirette a ridurre le occasioni di contatto con il personale; d) la pulizia e la sanificazione in azienda; e) le precauzioni igieniche personali; f) i dispositivi di protezione individuale; g) la gestione degli spazi comuni; h) l'organizzazione aziendale; i) l'ingresso e l'uscita dei dipendenti; l) gli spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione; m) la gestione di una persona sintomatica in azienda; n) la sorveglianza sanitaria; o) l'aggiornamento del protocollo di regolamentazione.

Sicuramente l'insieme delle misure e delle procedure previste all'interno del Protocollo, presenta elementi di similitudine anche dal punto di vista contenutistico, con il sistema cautelare delineato con il d.lgs. n. 81/2008 che, come noto, si ispira al generale obbligo del datore di lavoro previsto all'interno dell'art. 2087 c.c., secondo il quale l'imprenditore deve *<<adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro>>*. Ecco che, risulta di fondamentale importanza comprendere se e come questo complesso regolamentare si traduca in uno o più precetti penali per il datore di lavoro. Questo interrogativo è diventato ancor più pregnante con la conversione del D.L. n. 23 dell'8 aprile 2020, c.d. *Decreto Liquidità* che, con l'addenda emendativa confluita nella Legge n. 40 del 5 giugno 2020, in particolare con l'art. 29-bis dedicato agli *<<obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19>>* ha previsto che: *<< ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della*

*diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale>>.*

È evidente che, al di là degli spazi aperti lasciati dall'art. 29-bis alla colpa generica, sui quali si tornerà in un secondo momento, in questo contesto, la prima operazione di interpretazione sistematica concerne il rapporto fra il complesso normativo elaborato per contrastare il Covid-19 e il già richiamato d.lgs. n. 81/2008.

**3. Il rischio biologico “generico” e ubiquo e la gestione del rischio. Prove di integrazione della normativa d'emergenza con il Testo Unico sulla Sicurezza del Lavoro.** Sebbene il rischio di contagio e di trasmissione del virus rappresenti un fattore esogeno all'esercizio dell'attività lavorativa e di impresa, in quanto non si sviluppa di per sé a causa di essa o a causa del tipo di attività o mansione svolta, risultandone invece neutrale o indifferente, appare comunque necessario che la gestione di questo specifico rischio debba avvenire in modo armonizzato e coerente con il sistema prevenzionistico delineato nel 2008, in virtù del fatto che, come affermato da recente giurisprudenza della Corte Suprema (Corte Cass, Sez. IV, sent. 23 gennaio 2017, n. 3309) << *le norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro hanno applicazione generalizzata, estesa a tutti i settori di attività, pubblici e privati, e a tutte le tipologie di rischio, nonché a tutti i lavoratori, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti che si trovino nell'ambiente di lavoro indipendentemente dall'esistenza di un rapporto con il titolare dell'impresa...*>> ( in senso contrario, almeno prima del Protocollo del 24 aprile 2020, P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e*

*sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del D.P.C.M. del 22.3.2020 e soprattutto del d.l. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul lavoro*, 2020, 1, pag. 117 e ss, il quale ritiene che l'obbligo di prevenzione andrebbe calibrato in realtà solamente sui "rischi professionali per i lavoratori", da intendersi come tali solo quelli endogeni all'organizzazione aziendale, con la conseguenza che il riferimento a "tutti i rischi" previsto dall'art. 15 e dall'art. 28, 1° comma, del d.lgs. n. 81/2008, andrebbe inteso unicamente rispetto ai "rischi professionali").

Questa soluzione discende anche da un'ulteriore considerazione (oltre che dal recente All. 9 al DPCM del 11 giugno 2020 che considera l'impianto del d.lgs. n. 81/2008 <<*la cornice naturale entro cui supportare la gestione integrata connessa all'attuale pandemia*>>). Come hanno dimostrato alcuni nuovi focolai sviluppatisi sul luogo di lavoro (vedi il caso Bartolini in Italia e il caso Toennis in Germania), nonostante il virus colpisca l'intera popolazione mondiale, indipendentemente da qualunque condizione sociale, economica, lavorativa dell'individuo, allo stesso modo non si può dubitare del fatto che il rischio di contagio possa essere colposamente incoraggiato o alimentato in assenza di misure di prevenzione poste a governo di tutte le procedure interne all'impresa, dunque anche di quelle già strutturate in adempimento del Testo Unico sulla Sicurezza del Lavoro.

L'assenza di adeguate cautele, di forme di controllo e monitoraggio circa la sua applicazione potrebbero far del lavoratore un vettore patogeno del *virus* sia all'interno che all'esterno della cornice lavorativa, dunque, un rischio per la salute pubblica, che dovrebbe inevitabilmente legittimare l'integrazione delle misure anti-Covid con quelle previste dal sistema prevenzionistico di cui al d.lgs. n. 81/2008; ciò in virtù del fatto che la prevenzione sul luogo di lavoro, così come elaborata all'interno dell'art. 2, 1° comma, lett. n) del decreto legislativo, che la definisce come il <<*complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità*

*dell'ambiente esterno>>*, va assicurata rispetto a tutti i rischi collegati all'esercizio di una professione che possano compromettere sia la salute del lavoratore che quella della cittadinanza.

Paradossalmente, laddove fosse esclusa un'integrazione fra i due modelli, si assolverebbe il datore di lavoro dall'obbligo di rivalutare, qualificare e circoscrivere i rischi da contagio da coronavirus nel contesto lavorativo specifico della propria azienda, lasciando tuttavia ampi margini per una sicura responsabilizzazione per fatti lesivi (in questo caso da malattia) cagionati ai lavoratori. In tal modo, non si vuol affermare che al datore di lavoro venga attribuito l'onere generale di individuazione ed eliminazione di tutte le cause e delle modalità di contagio, ma che su di questi gravi l'obbligo di calare l'apparato cautelare e prevenzionistico elaborato nello specifico contesto lavorativo in cui opera.

Solo questa operazione, frutto di una riedizione dei rapporti fra autorità pubblica e privato, avrebbe un effettivo significato pratico e consentirebbe di delimitare a priori gli spazi di responsabilità, di individuare le regole cautelari effettivamente idonee a ridurre il rischio di contagio in quello specifico contesto lavorativo e valutare in concreto i riflessi della prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo.

È indubbio dunque che il datore, soprattutto se organizzato imprenditorialmente come ente collettivo con scopo di lucro, dovrà sia adempiere all'obbligo di aggiornamento del Documento di valutazione dei Rischi (DVR) di cui all'art. 18 del decreto legislativo, che provvedere all'adeguamento del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, di cui al d.lgs. n. 231/2001, che regola la responsabilità penale dell'ente (Cfr. V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia*, op. cit., pag. 26 e ss).

D'altronde, è lo stesso art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 a prescrivere al responsabile in posizione di garanzia, ovvero al datore di lavoro, di effettuare una globale valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori presenti in impresa, proprio al fine di individuare

(dunque inevitabilmente anche aggiornare) adeguate misure di prevenzione e di protezione, tramite l'elaborazione di un programma, e garantire il miglioramento degli standard di salute e sicurezza.

Ciò sia che il rischio dipenda direttamente dall'esercizio dell'attività lavorativa e di impresa, sia nel caso in cui il rischio aumenti o l'evento lesivo si verifichi "non per causa" ma in concomitanza della stessa, in modo indipendente dalla sua fonte di origine (vedi art. 28 del d.lgs. n. 81/2008, nonché di recente Corte Cass., Sez. III Pen. sent. del 27 aprile 2018, n. 30173, senza contare Corte Cass., Sez. Un. Sent. Del 18 settembre 2014, n. 38343 sul caso *ThyssenKrupp*, in cui è stato ribadito come sul datore di lavoro ricada un obbligo giuridico di analisi e individuazione di "tutti" i fattori di pericolo concretamente ed effettivamente presenti all'interno dell'azienda, in presenza dei quali occorre anche aggiornare il DVR, mediante l'indicazione dei mezzi e dei dispositivi da adottare per tutelare la salute dei lavoratori).

Peraltro, il datore di lavoro è chiamato a svolgere periodicamente una rielaborazione della valutazione dei rischi (ex art. 29, comma 3, d.lgs. n. 81/2008) per assicurare una piena *compliance* della propria impresa alla normativa di settore; ciò, sia nell'ipotesi in cui vi siano delle modificazioni del processo produttivo, sia in caso di evoluzione della tecnica, sia in caso di esigenze sanitarie che evidenzino la necessità di una rimodulazione delle misure di prevenzione stesse (da ultimo, Corte Cass., Sez. IV, sent. del 22 gennaio 2020, n. 13575 ove viene ribadito l'obbligo del datore di lavoro, in questo caso, un ente collettivo, di procedere al costante aggiornamento del DVR in tutela della salute dei lavoratori).

In conclusione, dunque, la qualificazione del contagio da coronavirus come "rischio biologico generico" non potrebbe sollevare il datore di lavoro dall'obbligo di provvedere all'adeguamento del proprio complesso aziendale alle misure di prevenzione e diffusione del virus fra i propri lavoratori e tra i lavoratori e i terzi, in armonia con la disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2008. Tale soluzione risulterebbe la più pregevole, non solamente per le

immanenti esigenze di tutela della salute pubblica o perché le stesse modalità di organizzazione (in questo caso mancata riorganizzazione) del sistema produttivo rappresenterebbero un potenziale fattore eziologico del rischio di contagio, quanto piuttosto perché essa rappresenta (in questo caso, sì) una chiara derivazione del generale obbligo del datore posto proprio dall'art. 2087 c.c., che impone una valutazione globale di tutti i rischi per i lavoratori.

Tant'è che, e qui si afferma l'ovvio, ove non si ritenesse evidente l'esigenza di salvaguardia della salute dei lavoratori (anche del comparto diverso da quello medico-sanitario, cfr. L. La Peccerella, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, op. cit.*, pag. 2 e ss;) da "tutti" i rischi (art. 28, d.lgs. n. 81/2008), bensì solamente da quelli esclusivamente qualificabili come "endogeni" da un punto di vista genetico e funzionale all'attività lavorativa di impresa, si dovrebbe concludere a favore di una separazione fra i due sistemi (misure da Protocollo e Testo Unico Sicurezza sul Lavoro), che tuttavia lascerebbe maggior spazi di incertezza e di rischio in materia.

**3.1. Profili di responsabilità dell'ente per lesione dell'integrità del lavoratore per contagio da Covid-19. Quali esigenze di aggiornamento del MOG e il ruolo dell'ODV.** Alla luce di quanto sopra già delineato, bisogna ora verificare come il complesso delle misure di contenimento del rischio di contagio elaborate all'interno dei Protocolli, da applicare in modo integrato e armonizzato con il sistema di cui al d.lgs. n. 81/2008, si pone in relazione alla disciplina sulla responsabilità dell'ente, di cui al d.lgs. n. 231/2001.

In particolare, occorre verificare quali siano i profili di responsabilità penale colposa del datore di lavoro, organizzato come ente collettivo, per lesione dell'integrità e incolumità individuale del lavoratore o del terzo verificatosi in ambito lavorativo, in caso di mancata ottemperanza all'applicazione delle regole cautelari che ostano alla diffusione del virus in

ambito lavorativo (cfr. V. Mongillo, *Salute e sicurezza in luoghi di lavoro in tempi di pandemia*, op. cit. pag. 53; M. Pozzi – G. Mari, *I Modelli 231 alla prova dell'emergenza Covid-19: nuovi rischi-reato e conseguenti strumenti di prevenzione e di protezione dell'ente collettivo dalla responsabilità ex crimine*, in *Sistema Penale*, 2020, 6, pag. 147 e ss). Ancora più nello specifico, dunque, risulta di primaria importanza accertare se in conseguenza dell'attuazione delle misure di contenimento del rischio da contagio l'ente debba integrare e aggiornare il Modello di Organizzazione Gestione e Controllo. Come è noto, infatti, anche la persona giuridica può rispondere per i delitti di cui all'art. 589 e 590 c.p., aggravati dalla violazione delle norme poste a tutela della sicurezza del lavoratore, stante l'inserimento dell'art. 25-septies, rubricato <<Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla della salute e della sicurezza sul lavoro>>, nel catalogo dei reati presupposto.

In questo contesto è indubbio che occorre indagare e perimetrare quello che debba essere il contenuto del Modello Organizzativo adottato ed attuato dall'impresa collettiva, affinché se ne possa dimostrare l'idoneità e l'efficacia ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001. Per prevenire la realizzazione dello specifico rischio-reato nell'ambito della tutela e della sicurezza sul lavoro, è certo che il contenuto del Modello di Organizzazione e Gestione che l'ente deve predisporre debba essere necessariamente condizionato al rispetto degli standard di sicurezza previsti dal d.lgs. n. 81/2008 (sul tema, *ex multis*, cfr. L. Luparia – C. Padovani, *Le possibili risposte dei Sistemi 231 alla pandemia per Covid-19*, in *Manuale Compliance 231. Modelli organizzativi e ODV tra prassi applicative ed esperienze di settore*, 2020, pag. 288 e ss; R. Blaiotta, *Sicurezza del lavoro e responsabilità dell'ente*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 7 maggio 2020, pag. 39-49; M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'ente e dell'individuo*, Napoli, 2012, pag. 58-61), i quali rappresentano appunto i requisiti minimi di sicurezza previsti dal legislatore e che, in base alle argomentazioni qui evidenziate,

dovrebbero assorbire anche gli obblighi previsti dai Protocolli per il contenimento del contagio da Covid-19.

Del resto, è lo stesso art. 30 del Testo Unico in materia di sicurezza sul posto di lavoro a prevedere i requisiti strutturali che il modello organizzativo deve presentare per potere esprimere la propria efficacia esimente richiesta dal citato art. 6. Ciò significa che il Modello dovrà necessariamente adempiere agli obblighi previsti in materia antiinfortunistica e che la violazione delle regole richiamate dovrebbe continuare a dar luogo a una responsabilità dell'ente per colpa specifica (sul tema, T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, pag. 709 e ss). In questo contesto, la mappatura dei rischi per formulare un Modello adeguato e idoneo non potrà prescindere da una valutazione globale di tutti i pericoli incombenti sul lavoro, come disposto dall'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008.

Tuttavia, non è possibile concepire una piena sovrapposizione di compiti e di scopi affidati alle due diverse discipline, semmai una forma di regolamentazione multi-livello. Infatti, la normativa del Testo Unico ha come fine primario la tutela del lavoratore, mentre il d.lgs. n. 231/2001 regola profili e canoni di responsabilizzazione penale dell'ente per colpa in organizzazione. Come si vedrà, però, ciò non significa che l'ente non sia chiamato ad aggiornare e migliorare il proprio Modello in base ai mutamenti produttivi e alle esigenze derivanti dalla tutela della salute dei lavoratori e non solo, quando queste risultino insuperabili, ovvero quando il Modello pregresso, già adottato dall'ente, non appaia sufficientemente permeabile da poter integrare automaticamente procedure (in questo caso anti-contagio) già previste da un efficace *risk-assessment*. Nonostante in materia antinfortunistica sia palese una compenetrazione fra il sistema di cui al d.lgs. n. 81/2008 e quello delineato in materia di responsabilità dell'ente, è altrettanto certo però che la persona giuridica potrà rispondere direttamente solo nell'ipotesi in cui ne venga accertata una colpa in organizzazione,

stante l'assenza strutturale di una adeguata organizzazione prevenzionistica.

In questo senso, per potersi affermare una responsabilità colposa dell'ente è necessario altresì dimostrare che lo specifico rischio di reato si sia dimostrato per il datore di lavoro concretamente ed oggettivamente prevedibile ed evitabile, tuttavia per nulla considerato o valutato.

L'attribuzione di responsabilità per il mancato adeguamento del modello alle regole cautelari in materia antinfortunistica non può prescindere dall'accertamento di un'omessa valutazione del rischio che, ove previsto, avrebbe evitato l'infortunio, nonché dall'esistenza di un interesse o vantaggio.

Nell'ipotesi qui in oggetto, che attiene alle misure da adottare per prevenire la diffusione e il contagio del Covid-19, già cristallizzate mediante i Protocolli e Decreti sopra richiamati, è indubbio che queste rappresentino un rischio da infortunio sul lavoro sicuramente prevedibile, dunque mappabile e gestibile da parte del datore di lavoro organizzato come ente collettivo. Pertanto, a titolo esemplificativo, nel caso in cui l'ente mancasse di organizzare la propria attività produttiva al fine di contenere il contagio per ragioni di risparmio economico, cioè in presenza di un *interesse* o di un *vantaggio*, ex art. 5 d.lgs. n. 231/2001, potrebbero sicuramente rilevare dei profili di responsabilità penale (esistendone il nesso di causalità e la colpa). È del resto del tutto possibile ritenere che lo sforzo economico richiesto alle imprese per contrastare la diffusione del contagio possa condurre il datore di lavoro a porre in essere condotte finalizzate a realizzare dei risparmi di impresa, sebbene, ai fini dell'esistenza dell'interesse o del vantaggio, debba essere dimostrato il carattere non occasionale né fortuito della violazione cautelare, la quale, come detto, deve conseguire ad una strutturale carenza organizzativa dell'impresa, frutto di una politica aziendale calibrata alla massimizzazione del profitto con un contenimento dei costi in tema di sicurezza dei lavoratori.

Nel caso tipico del contagio da Covid-19 l'interesse o il vantaggio dell'ente potrebbero concretizzarsi nel mancato acquisto da parte del garante-datore di lavoro di dispositivi di protezione individuali, o nell'assenza di strumenti tecnici atti a mantenere il distanziamento in azienda, la disinfezione degli strumenti o dei luoghi destinati al lavoro, quali le mense, o infine, anche alla mancata riduzione dell'attività produttiva o alla concessione del tele-lavoro o *smart working* (cfr., *ex multis*, S. Bini, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni in stato di emergenza*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 17 marzo 2020).

Ne deriverebbe che in presenza di eventuali modifiche da apportare all'assetto organizzativo della produzione, quali quelle richieste dalle misure specifiche di contenimento del contagio prescritte dal Legislatore, oltre a risultare necessaria una nuova mappatura dei rischi da contagio all'interno del DVR, esigenze di prevenzione del rischio-reato connesso potrebbero richiedere (ma non è certo), allo stesso tempo, un adeguamento del Modello di Organizzazione, nella prospettiva di un controllo e gestione e, in conclusione, di un aggiornamento dell'organizzazione dell'impresa tale da evitare eventi lesivi specifici per infortunio sul lavoro da infezione per Covid-19, ove non previsti in astratto.

Un ruolo decisivo, però, ancora una volta, verrà attribuito all'Organismo di Vigilanza (vedi, in generale, N. Abriani – F. Giunta, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Rivista di diritto dell'impresa* 2012, pag. 239-278), il quale, essendo chiamato a supportare il datore di lavoro nella verifica sul corretto funzionamento, osservanza e applicazione del Modello di Organizzazione, dovrà controllare circa l'adozione da parte dell'ente di tutte le misure idonee a prevenire il rischio-reato collegato alla sicurezza sul posto di lavoro. In particolare, qualora dovesse rilevare delle carenze strutturali nelle procedure di prevenzione integrate nel Modello stesso, dovrà adempiere al compito di sollecitare l'organo di gestione a provvedere all'adeguamento delle dovute cautele. L'organo, infatti, è chiamato ad assicurare, attraverso

l'attività di monitoraggio, che il Modello possa assolvere ad una efficacia esimente.

In questo senso, dunque, l'Organismo di Vigilanza svolge un'attività centrale di significativa rilevanza, in quanto funge da bussola o da "grillo parlante" orientando l'organo di gestione verso l'adozione di maggior standard di sicurezza. Ciò non significa tuttavia che potrà proporre l'adozione di singole misure di prevenzione o di valutazione delle modalità con cui l'ente dovrà dare attuazione ai Protocolli in materia di contrasto alla diffusione del Covid-19, ma dovrà adempiere esattamente al ruolo ad esso attribuito dal sistema di responsabilità penale dell'ente e garantire, non tanto la piena effettività del piano di sicurezza nel suo complesso, bensì la vigilanza sulla concreta attuazione del Modello (cfr. V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente*, in *Infortuni sul lavoro e dovere di adeguata organizzazione, dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, a cura di A.M. Stile – A. Fiorella – V. Mongillo, Napoli, 2014, pag. 49 e ss).

**4. Misure di prevenzione del contagio. L'art. 29-bis della L. n. 40/2020 e la clausola generale prevista dall'art. 2087 c.c. Margini per una responsabilità per colpa generica?** Rimane da verificare se il datore di lavoro possa dunque ritenersi sollevato da responsabilità penali provvedendo "semplicemente" all'adozione delle misure indicate nei Protocolli sopra citati (in particolare di quello emanato il 24 aprile), attraverso, fra l'altro, l'aggiornamento del DVR e/o del Modello, oppure se il richiamo effettuato dall'art. 29-bis all'obbligo generico di cui all'art. 2087 c.c. - in particolare al "mantenimento" delle misure -, possa far residuare profili di responsabilità anche per colpa generica (sul tema, vedi C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale? Spunti sull'art. 29-bis del decreto-legge 8 aprile n. 23 convertito nella legge 5 giugno 2020 n. 40, op. cit.*, punto

4.2.; O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, op. cit., punto 5; V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia*, op. cit., pag. 48-59).

La decretazione d'emergenza, infatti, elaborata sull'onda di una spinta emotiva non sempre capace di imbrigliare e positivizzare le incertezze che hanno governato la scienza nella elaborazione di tecniche e di strumenti per il contrasto al Covid-19, ha generato, come anticipato, formulazioni normative per sostenere sia la ripresa economica che le primarie esigenze di tutela della salute pubblica ambigue e non sempre efficaci (Cfr. T. Epidendio, *Il diritto "nello stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), del 19 aprile 2020).

Il risultato è stato, così, incerto e poco rassicurante. Dal dettato normativo, considerando anche il fatto che i Protocolli prevedono che alcune misure possano essere adottate in via facoltativa dal datore di lavoro, in base alle proprie specificità, non è infatti facilmente desumibile un chiaro inquadramento della responsabilità penale nello statuto della colpa, ora generica ora specifica.

Nel caso particolare che qui ci interessa, infatti, sarebbe opportuno acclarare se ai fini della responsabilità penale per "infortunio", "malattia" e morte dovute al contagio da Covid-19, il Legislatore abbia effettivamente ancorato la diligenza del datore di lavoro alle misure di prevenzione obbligatorie elaborate e inserite nei Protocolli, che al fine dell'accertamento giudiziale impongono una prognosi *ex ante* fondata sulle conoscenze scientifiche note, nulla richiedendo oltre, oppure se abbia impiegato il richiamo all'art. 2087 c.c. per demandare al datore di lavoro un obbligo di aggiornamento "permanente" (cfr. C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, op. cit., punto 4; per il rapporto fra sapere scientifico e diritto penale, si veda, fra gli altri, D. Pulitanò, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. dir. E proc. Pen.*, 2006, pag. 795 e ss), così

lasciando spazi a prognosi postume, sganciate altresì dalle conoscenze in materia esistenti al momento dell'accadimento del fatto.

In poche parole, si tratta di stabilire se il datore di lavoro, nonostante abbia provveduto all'applicazione delle misure indicate dai Protocolli, possa essere chiamato a rispondere per non aver fatto abbastanza per prevenire il rischio da contagio nel proprio spazio lavorativo, ciò in ragione del fatto che anche da recente giurisprudenza (si veda da ultimo Corte Cass., sent. 15 luglio 2020, n. 15112;), questi è onerato ad adottare tutte le cautele necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità dei lavoratori, considerando sia quelle *<<tassativamente previste dalla legge, quelle generiche dettate dalla comune prudenza e quelle ulteriori che si rendano in concreto necessarie>>*.

Come è intuibile, la risposta non è di semplice definizione, soprattutto se si considerano le specificità del settore della sicurezza sul posto di lavoro, da sempre contraddistinto dalla ricerca di un equilibrio fra ragioni di certezza del diritto ed esigenze di efficace tutela della salute e dell'integrità del lavoratore.

La soluzione interpretativa più coerente con i principi classici del diritto penale, *in primis*, legalità e colpevolezza, dovrebbe far propendere per ritenere che in materia di responsabilità penale del datore di lavoro per omesso impedimento della diffusione e del contagio da Covid-19 nell'ambito della propria struttura lavorativa e a danno dei lavoratori, il Legislatore dell'emergenza sanitaria abbia inteso parametrare l'indice del dovere di diligenza alle misure preventive condivise all'interno dei Protocolli e dal carattere cogente e obbligatorio. In questo senso, tali misure o linee guida potrebbero realmente essere le uniche da utilizzare come strumento o parametro per accertare "la misura oggettiva della colpa", e di conseguenza l'adeguatezza e la salubrità delle strutture e delle condizioni operative in cui si vengono a trovare i lavoratori e calibrarne le conseguenze sul piano penale.

Probabilmente questa potrebbe rappresentare la via per dotare il sistema penale sulla sicurezza del lavoro di regole di accertamento chiare e precise ed evitare che la tendenza a semplificare a favore del riconoscimento di spazi per una dimensione soggettiva della colpa da parte della giurisprudenza possa ridefinire per eccesso i confini della responsabilità. Anche la prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo, nel singolo caso concreto, dovrebbero essere oggetto di verifica assumendo quale parametro le conoscenze scientifiche e tecniche note al momento della realizzazione del fatto e profuse nelle misure di prevenzione obbligatorie oggetto dei Protocolli.

L'obbligo previsto dall'art. 2087 c.c. non risulterebbe più così eccessivamente ampio e indeterminato, poiché le informazioni sulla condotta da tenere e sull'oggetto del potere impeditivo verrebbero ricavate da regole cautelari specifiche preesistenti. Peraltro, non bisogna dimenticare come la posizione di garanzia assunta dal datore di lavoro abbia quale oggetto specifico la "minimizzazione del rischio" all'interno della sua azienda e non tanto il certo impedimento del fatto, ancora oggi impossibile alla luce delle conoscenze e dei presidi sanitari e farmaceutici in uso per contrastare la diffusione del Covid-19.

Ecco che è realmente possibile apprezzare l'intervento normativo emergenziale che ha dato vita all'art. 29-bis, ove le disposizioni in esse inserite vengano interpretate nel senso che il datore di lavoro pubblico e privato ha adempiuto all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. adottando le prescrizioni obbligatorie contenute nel Protocollo, calandole debitamente nel proprio contesto lavorativo, considerando il momento storico e le conoscenze scientifiche note e normativamente tradotte al momento della verifica del fatto lesivo.

In ogni caso, è alquanto difficile immaginare di poter escludere ipotesi di future ascrizioni di responsabilità penale per elementi assimilabili alla colpa generica, soprattutto ove si decidesse di considerare le regole cautelari obbligatorie ma più elastiche, valutando la capacità del datore di

lavoro di calarle e adeguarle effettivamente alla specificità della propria identità imprenditoriale e lavorativa. In ogni caso, si può ritenere che qualora le cautele poste dai protocolli specifici risultino osservate, non vi possano essere margini per una responsabilizzazione per colpa generica laddove l'evento concreto rientri nel tipo di quelli il cui rischio è proprio prevenuto e regolato da quelle stesse cautele che definiscono la colpa specifica. Qualora invece il rischio fosse diverso da quello regolato dalle cautele previste dai Protocolli o da norme specifiche, potrebbero invece permanere dei profili di responsabilizzazione del datore di lavoro per colpa generica.

L'auspicio è che anche la dimensione del <<mantenimento>> delle prescrizioni facoltative non lasci eccessivi margini interpretativi forieri di incertezze. Del resto, compito del diritto penale non può essere quello di sconfiggere ed eliminare il *virus* ed evitare ogni evento lesivo causato in ambito lavorativo dal nuovo agente patogeno ma di sanzionare le condotte colpose del datore di lavoro che ha mancato nello scopo di minimizzare concretamente i rischi di contagio.

**4.1. (Segue) Brevi note sulla causalità.** È vero, infine, che già in punto di ricostruzione del nesso di causalità sarà possibile scongiurare applicazioni infauste per il datore di lavoro della normativa di emergenza. Per attribuire al garante l'evento lesivo non è sufficiente accertare la violazione della regola cautelare ma è necessario ricostruire la causalità tra omissione colposa e contagio.

Ragionando brevemente sul decorso causale, la verifica, come noto, ha ad oggetto l'effettivo contagio da Covid-19 avvenuto sul luogo di lavoro (sia esso a causa che in circostanza di), ovvero nell'ambito in cui il datore-garante esercita il proprio potere impeditivo. La prima difficoltà che si incontra, ove si continuasse a fare applicazione del criterio di "alta probabilità logica" escogitato dalle Sezioni Unite Franzese, (Corte Cass. Sez. Un. Sent. 11 settembre 2002, n. 30328, ampiamente R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionali. Tra teoria e prassi*, Milano,

2014; O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro It.*, 2002, pag. 601 e ss) concerne l'esclusione dell'incidenza di tutti gli altri possibili fattori e decorsi causali alternativi idonei a causare il contagio.

In questo senso, appare già complesso, in punto di ricostruzione probatoria, potere asserire in modo assoluto che, considerate le peculiarità del luogo, delle mansioni svolte, dei rapporti interpersonali sostenuti, il contagio abbia avuto la propria eziologia sul luogo di lavoro, esattamente a causa dell'omissione del garante. Di certo, tale riflessione necessita, in ogni caso, una differenziazione fra soggetti e settori lavorativi. È sicuramente più probabile che le categorie lavorative più esposte, quelle sanitarie *in primis*, abbiano la possibilità di contagiarsi proprio in ragione del lavoro svolto.

In questo caso, la ricostruzione del nesso causale risulterà più semplice. Anche in ipotesi di contagi avvenuti nei cosiddetti "focolai" lavorativi, esigenze di certezza del diritto e di salvaguardia dei principi costituzionali in materia (*in primis*, art. 27 Cost.) richiedono che la ricostruzione del nesso causale vada comunque effettuata sulla base dei canoni ermeneutici estrapolati dalla *Franzese* o che comunque considerino la certezza "oltre ogni ragionevole dubbio" della responsabilità l'elemento imprescindibile per stabilire il rimprovero penale nei confronti di un soggetto.

La tentazione, infatti, potrebbe esser quella di ricorrere al dato quantitativo del contagio per affermare l'esistenza del nesso di causalità fra la mancata adozione di misure di prevenzione e l'estensione così ampia dell'epidemia sul luogo di lavoro (per le teorie di tipo epidemiologico, si veda, L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007;), oppure impiegare leggi statistiche e di copertura senza una verifica particolareggiata sul caso concreto e sul contagio *hic et nunc*.

**5. Alcune osservazioni conclusive.** Alla luce della ricostruzione qui sopra tentata in tema di responsabilità penale del datore di lavoro per

inosservanza delle misure di prevenzione dal rischio di contagio da coronavirus, appare evidente come il sistema penale posto a tutela della sicurezza e della salute del lavoratore risenta fortemente delle incertezze derivanti da una normazione d'urgenza. Come brevemente evidenziato, infatti, diverse criticità emergono laddove si intenda porre a confronto il diritto penale con un fenomeno naturale, collegato alla diffusione del *virus*, ancora poco noto, affrontato sia dalla scienza che dal diritto con le chiavi che la conoscenza attuale pone a sostegno dell'interprete. Se, infatti, è, per un verso, ovvia la necessità di assicurare validi presidi all'interno del contesto lavorativo, per altro, è altresì indubbio che i paradigmi della materia non possano fare sconti e acconsentire alla creazione di un equilibrio fra varie esigenze che possa dimostrarsi fittizio e iniquo per le sorti delle parti sociali in gioco. Il rischio, infatti, sarebbe quello di forzare la complessiva coerenza del sistema penale per rincorrere soluzioni ancora incerte per tutta l'umanità. Ad oggi, il prezzo sarebbe troppo alto ed il risultato incerto. Per questo motivo, è indubbio che la sanzione dovrà intervenire quando il fatto lesivo venga accertato causalmente, oltre ogni ragionevole dubbio, e a fronte della violazione di una regola cautelare chiara e precisa, riconducibile dunque ad un comportamento colposo dell'agente-datore di lavoro. Al di là di questa ipotesi, il confronto fra autorità pubblica e privati, nell'attribuzione di obblighi e responsabilità per il contagio da Covid-19 in questa fase di riapertura e di convivenza con il *virus*, dovrebbe tendenzialmente avvalersi di altre misure, per concludere, estranee al diritto penale.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ABRIANI N. – GIUNTA F., *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Rivista di diritto dell'impresa* 2012, pag. 239-278;  
BALDINI V., *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali. Aspetti problematici e...rischiosi*, in *Diritti Fondamentali*, 2020, 1, pag. 5 e ss;  
BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pag. 202;

- BLAIOTTA R., *SICUREZZA DEL LAVORO E RESPONSABILITÀ DELL'ENTE*, IN [WWW.SISTEMAPENALE.IT](http://WWW.SISTEMAPENALE.IT), 7 MAGGIO 2020, PAG. 39-49;
- BLAIOTTA R., *La causalità nella responsabilità professionali. Tra teoria e prassi*, Milano, 2014;
- BERNARDI A., *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2020, n. 4, pag. 441 e ss;
- BINI S., *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni in stato di emergenza*, in [www.giustiziacivile.com](http://WWW.GIUSTIZIACIVILE.COM), 17 marzo 2020);
- BOCCAFURNI E.E. – FATIGATO M., *Covid-19 e infortuni sul lavoro: l'equiparazione tra causa violenta e causa virulenta nelle malattie professionali ai fini dell'accesso al relativo trattamento economico nella conversione in legge del c.d. d.l. "Cura Italia"*, in *DSL*, n. 1/2020, pag. 150 e ss;
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012;
- COMPAGNA F., *La responsabilità penale da "contagio" sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare INAIL del 20 maggio 2020*, in *Il Penalista*, 25 maggio 2020;
- CORSALINI G., *Coronavirus, la tutela dell'INAIL in caso di contagio del lavoratore*, in *Questione Giustizia*, 1 aprile 2020;
- CUPELLI C., *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale? Spunti sull'art. 29-bis del decreto-legge 8 aprile n. 23 convertito nella legge 5 giugno 2020 n. 40*, in [www.sistemapenale.it](http://WWW.SISTEMAPENALE.IT), del 15 giugno 2020;
- DI CARLUCCIO C., *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Riv. It. dir. Lav.*, 2020, III, pag. 3 e ss;
- DI GIOVINE O., *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in [www.sistemapenale.it](http://WWW.SISTEMAPENALE.IT), del 22 giugno 2020;
- DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro It.*, 2002, pag. 601 e ss;
- DOVERE S., *La sicurezza dei lavoratori in vista della Fase 2*, in [www.giustiziainsieme.it](http://WWW.GIUSTIZIAINSIEME.IT), del 4 maggio 2020;
- EPIDENDIO T., *Il diritto "nello stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in [www.giustiziainsieme.it](http://WWW.GIUSTIZIAINSIEME.IT), del 19 aprile 2020;
- GATTA G.L., *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in [www.sistemapenale.it](http://WWW.SISTEMAPENALE.IT), del 26 marzo 2020;
- GATTA G.L., *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in [www.sistemapenale.it](http://WWW.SISTEMAPENALE.IT), 16 marzo 2020;
- KIERKEGAARD S., *Il concetto dell'angoscia*, Milano, 1995, pag. 54-56;
- HABERMAS J. – GUNTHER K., *Nessun diritto fondamentale vale senza limiti*, trad. it. V. Militello, in [www.giustiziainsieme.it](http://WWW.GIUSTIZIAINSIEME.IT), 30 maggio 2020;
- LA PECCERELLA L., *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *DSL*, n. 1/2020, pag. 1 e ss;
- LUCCIOLI G., *I diritti fondamentali al tempo del coronavirus*, in *Cass. Pen.*, 2020, 4, pag. 1461 e ss;
- LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, in [www.giurcost.org](http://WWW.GIURCOST.ORG);
- LUPARIA L. – PADOVANI C., *Le possibili risposte dei Sistemi 231 alla pandemia per Covid-19*, in *Manuale Compliance 231. Modelli organizzativi e ODV tra prassi applicative ed esperienze di settore*, 2020, pag. 288 e ss;
- MARCHESI V., *L'ente alla prova dell'emergenza. Prime considerazioni su prevenzione del rischio e garanzie dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001 nel governo della crisi*, nella stessa rivista, del 14 maggio 2020;
- MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007;
- MASULLO M.N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'ente e dell'individuo*, Napoli, 2012, pag. 58-61;
- MAZZIOTTI M., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1985, pag. 193;
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, pag. 59 e ss;

- MONGILLO V., *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia. Profili di responsabilità penale individuale e collettiva dell'ente per contagio da coronavirus*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), del 26 giugno 2020;
- MONGILLO V., *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente*, in *Infortuni sul lavoro e dovere di adeguata organizzazione, dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, a cura di A.M. Stile – A. Fiorella – V. Mongillo, Napoli, 2014, pag. 49 e ss;
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, II, 1993, pag. 171-172; A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pag. 202;
- PASCUCCI P., *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del D.P.C.M. del 22.3.2020 e soprattutto del d.l. 19/2020*, in *Diritto della Sicurezza sul lavoro*, 2020, 1, pag. 117 e ss;
- PIERGALLINI C., voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, 2017, pag. 239 e ss;
- POZZI M. – MARI G., *I Modelli 231 alla prova dell'emergenza Covid-19: nuovi rischi-reato e conseguenti strumenti di prevenzione e di protezione dell'ente collettivo dalla responsabilità ex crimine*, in *Sistema Penale*, 2020, 6, pag. 147 e ss;
- PULITANÒ P., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. dir. E proc. Pen.*, 2006, pag. 795 e ss;
- RAMPINI F., *Oriente-Occidente. Massa e Individuo*, Torino, 2020, pag. 210 e ss;
- RUGA RIVA C., *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, nella stessa rivista, del 6 aprile 2020;
- SARTRE J.P., *Il pensiero filosofico*, a cura di A. Moravia, Firenze, 1972, pag. 54-58;
- VITARELLI T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, pag. 709 e ss;



*I diritti presi sul serio al tempo del COVID-19* di **SALVATORE MARIA PISACANE**

SOMMARIO: **1. LIBERTÀ FONDAMENTALI COMPRESSE** **2. QUESTIONE DI GERARCHIE ASSIOLOGICHE** **3. UN BILANCIAMENTO INDISPENSABILE: ISTRUZIONI PER L'USO.**

**1. Libertà fondamentali compresse.** La profonda convinzione che i diritti vadano sempre presi sul serio non è solo frutto dell'intuizione immediata che le carte costituzionali lunghe, analoghe alla nostra, lasciano trapelare, ma ricalca una condivisibile suggestione che anni or sono il filosofo del diritto Ronald Myles Dworkin lasciava ai posteri, intento, com'era, ad attaccare, con una buona dose di originalità, il positivismo giuridico di Herbert Hart<sup>1</sup>.

Questa pandemia, che in Italia ha già registrato svariate fasi acute, oltre ad aver inevitabilmente segnato l'umanità con forti ripercussioni sul piano socio-economico, ha coinvolto autorevoli giuristi in una serie di vivaci riflessioni incentrate principalmente su quei diritti costituzionalmente garantiti che sono stati messi a dura prova dal COVID-19<sup>2</sup>. Ad esser più precisi, se da un lato il coronavirus ha messo a repentaglio la salute pubblica e la vita umana, dall'altro sono state essenzialmente le necessarie misure adottate per contenere il virus a comprimere, non poco, alcune libertà fondamentali individuabili, piuttosto agevolmente, nel testo costituzionale.

La morsa virale che ha travolto il nostro Paese ha indotto il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri a deliberare, per la durata di sei mesi, lo stato di emergenza sociale in conformità alla disciplina del Codice della Protezione

<sup>1</sup> RONALD MYLES DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, pp. 61 ss.

<sup>2</sup> «Strettamente collegati alla protezione della vita, entrano in gioco, quando si verifica una pandemia sul genere di quella attuale, valori etici fondamentali: l'equità, la libertà, la responsabilità, la proporzionalità, l'informazione e la solidarietà» in: LORENZO D'AVACK, *Covid 19: Criteri etici*, in corso di pubblicazione in «Biolaw Journal» 2, 2020, pp. 1-2. Si veda altresì: MARIA GIULIA BERNARDINI, *Dilemmi mor(t)ali. Scelte etiche, ageism e diritti fondamentali ai tempi del Covid-19*, in «Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per emergenza Covid-19», disponibile su : <http://www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale/dilemmi-mor-t-ali-scelte-etiche-ageism-e-diritti-fondamentali-ai-tempi-del-covid-19>

civile<sup>3</sup>; di lì a poco, in data 21 febbraio 2020, sarebbe intervenuta un'ordinanza del Ministero della Salute d'intesa con il Presidente della Regione Lombardia, per arginare i primi focolai di contagio manifestatisi nelle aree del lodigiano, poi diffusi rapidamente nell'intera regione ed in tutta l'Italia Settentrionale<sup>4</sup>.

Tuttavia, il decreto-legge del 23 febbraio 2020 n. 6, ad oggi ampiamente superato, ha costituito senz'altro un punto di svolta per l'Esecutivo nell'azione di contrasto alla pandemia, nonché un presupposto chiave per il dibattito in corso. Infatti, è stato disposto che le concrete misure di contenimento dell'emergenza venissero adottate mediante successivi decreti del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri dell'Interno, della Difesa, dell'Economia e Finanze ed i Governatori delle regioni interessate nonché il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle regioni laddove fossero, come è accaduto, coinvolte più regioni. Così, posto che l'atto avente forza di legge in parola era volto ad introdurre misure destinate principalmente alle cosiddette zone rosse (sia misure "determinate" rivolte proprio a quei territori «nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus», sia misure "indeterminate" da potersi adottare sulla base di una clausola

---

<sup>3</sup> In particolare, l'art. 24 del Codice della Protezione civile (Dlgs. 2 Gennaio 2018, n.1) sancisce che laddove si verificano eventi calamitosi o di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo dotati di intensità od estensione tali da dover essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante periodi limitati (art. 7 dlgs. 1/2018), «il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata e comunque acquisitane l'intesa, delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25. La delibera individua, secondo criteri omogenei definiti nella direttiva di cui al comma 7, le prime risorse finanziarie da destinare all'avvio delle attività di soccorso e assistenza alla popolazione e degli interventi più urgenti di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b), nelle more della ricognizione in ordine agli effettivi fabbisogni e autorizza la spesa nell'ambito del Fondo per le emergenze nazionali di cui all'articolo 44».

<sup>4</sup> Con riferimento ad i primissimi provvedimenti intervenuti nel contenimento della pandemia a livello comunale e regionale, non possono sfuggire i puntuali riferimenti normativi contenuti nell'art 50 del Testo unico sugli enti locali (Dlgs. 18 Agosto 2000, n. 267) che riconoscono, in primo luogo, in capo al sindaco oppure in capo a Stato e Regioni (ove l'emergenza interessi significative estensioni territoriali intraregionali od extraregionali) il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti necessarie a far fronte «ad emergenze sanitarie o di igiene pubblica».

in bianco del decreto-legge «che fa riferimento ad ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19»), sono stati proprio i conseguenti d.p.c.m. a provvedere alle considerevoli limitazioni intervenute sull'intero territorio nazionale<sup>5</sup>.

Il primissimo decreto attuativo del Presidente del Consiglio è stato adottato lo stesso giorno del decreto-legge (in data 23 febbraio 2020) e prevedeva misure urgenti di contenimento per alcuni comuni veneti e lombardi particolarmente a rischio. Dopo due giorni è intervenuto un ulteriore decreto che iniziava ad estendere le misure alle scuole ed università di altri numerosi comuni dell'Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Liguria sino ad estendersi a tutto il Paese, così, dal 1° marzo si è proceduto ad una serie di ulteriori provvedimenti sino ad arrivare ai decreti del 9 ed 11 marzo che hanno sancito un'uniformazione della profilassi antivirale per ogni regione, sulla scorta delle aspre determinazioni assunte per i territori, perlopiù lombardi, ove primamente si era manifestato il contagio<sup>6</sup>.

Si è assistito a decine di decreti dell'Esecutivo, a cui si sono continuati ad affiancare ulteriori decreti-legge<sup>7</sup> che, in breve tempo, hanno condotto ad una sensibile compressione di diritti e libertà costituzionali. A tal riguardo occorre evidenziare, preliminarmente, come non siano state le libertà civili a subire le compressioni più gravose, bensì le situazioni giuridiche soggettive di natura economica e sociale in quanto, a differenza delle prime che, fisiologicamente e gradualmente sono tornate ad espandersi post-quarantena<sup>8</sup>, hanno subito danni

---

<sup>5</sup> GIAN LUIGI GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, 16 Marzo 2020. Disponibile su: <https://sistemapenale.it/it/opinioni/coronavirus-covid-19-diritti-liberta-fondamentali-diritto-penale-legalita>

<sup>6</sup> Accurata pare la ricostruzione cronologica delle misure ed i provvedimenti assunti dal Governo italiano nella lotta alla diffusione del Covid-19 offertaci da MAURIZIO BOZZAOTRE, *Il diritto ai tempi del coronavirus: come cambia la nostra vita e perché*, in «Giustizia insieme», 16 Marzo 2020, disponibile su: <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/117-main/diritto-dell-emergenza-covid-19/922-il-diritto-ai-tempi-del-coronavirus-come-cambia-la-nostra-vita-e-perche>.

<sup>7</sup> D.L. 2 marzo 2020, n. 9 "Misure Urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori ed imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"; D.L. 8 Marzo 2020, n. 11 "Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria"; D. L. 9 Marzo 2020, n.14 "Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19".

<sup>8</sup> Di questo avviso è Corrado Caruso nella sua disamina sui diritti fondamentali della persona coinvolti dalla pandemia; egli tiene inoltre a precisare che «l'epidemia è un fatto emergenziale, empiricamente individuato e scientificamente provato, che mette in pericolo la salute e le nostre

non trascurabili, le cui conseguenze (mancata produzione di reddito, deficit occupazionale, crisi dell'economia reale) si protrarranno ancora a lungo.

Invero, il diritto al lavoro e la libertà di iniziativa economica privata hanno subito robuste limitazioni in quanto la maggior parte dei provvedimenti in modo diretto od indiretto ha provveduto ad intaccarli: la sospensione o limitazione delle attività di impresa fatte salve quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità, la chiusura delle attività commerciali (ad esclusione degli esercizi per l'acquisto di beni di prima necessità e generi alimentari, farmacie, tabaccai, edicole) e di ristorazione (fatta salva la consegna a domicilio nemmeno in tutte le regioni), di fiere, mercati, cinema, teatri e discoteche costituiscono solo alcune delle misure che hanno irrimediabilmente intaccato i diritti della sfera economica e con essi tutte le attività produttive e lavorative del nostro Paese. Tali ripercussioni sul piano economico<sup>9</sup> sono imputabili principalmente alle più ampie ed incisive limitazioni intervenute a discapito di essenziali libertà individuali. In

---

consolidate abitudini. È la portata straordinaria e transitoria dell'emergenza a consentire forti limitazioni ai diritti fondamentali, a delineare la misura della legittimità delle misure adottate (anche per tale ragione, è da evitare il concetto, carico di presagi sinistri, di "sospensione" delle libertà)» da FRANCO DE STEFANO, *La pandemia aggredisce anche il diritto? Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, in «Giustizia insieme», 2 Aprile 2020. Disponibile su: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/961-la-pandemia-aggredisce-anche-il-diritto>.

Lorenzo Cuocolo, in alcune interessanti riflessioni, sostiene che in numerosi Paesi (Italia, Francia, Spagna, Germania, Cina, Stati Uniti, Russia) le misure adottate nel contrastare il virus abbiano prodotto una significativa limitazione dei diritti e delle libertà prevalentemente riconosciute a livello costituzionale in LORENZO CUOCOLO, *Presentazione*, in LORENZO CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in «federalismi.it», p. 8. Disponibile su: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41288>.

<sup>9</sup>«Con il passare dei giorni ci siamo resi conto che la crisi della pandemia da coronavirus sarebbe stata lunga e avrebbe avuto effetti dirompenti, non solo sulle nostre vite quotidiane, bensì anche sulla tenuta del nostro sistema economico. Per riprendersi oltre a drastiche misure di semplificazione del sistema amministrativo e dei meccanismi di controllo che hanno raggiunto una insopportabile e barocca superfetazione sarà necessaria una massiccia iniezione di denaro, possibilmente congruamente mirata e non a pioggia, che andrà oltre le cifre, pur importanti, stanziare dal governo in questi giorni» da BENIAMINO CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in «federalismi.it», 6, 2020, p. 9. Disponibile su: <https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=548>. Nella sua analisi sugli strumenti impiegati nel contrasto al virus, Caravita constaterà che: «lo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è sicuramente strumento più rapido e flessibile in una situazione come quella attuale, anche se sconta il rischio di una sovraesposizione del titolare del potere[...]. Il decreto-legge, pur scontando tutti i tradizionali difetti che conosciamo circa il procedimento di formazione [...] appare più garantista per il coinvolgimento del Presidente della Repubblica, chiamato all'emanazione dell'atto, e del Parlamento, chiamato alla conversione in legge»(Ivi, pp. 6-7).

primo luogo, desta attenzione la notevole compressione che ha riguardato la libertà personale di cui all'art 13 Cost., intesa come principio cardine dell'impianto costituzionale ed effettiva preconditione ad una serie di ulteriori libertà quali la libertà di soggiorno o di circolazione. In questo senso non può sfuggire l'"arresto" imposto ai cittadini dalle primissime misure di quarantena con sorveglianza attiva o permanenza domiciliare fiduciaria. Di conseguenza, un'altra evidente compressione ha investito proprio la libertà di circolazione<sup>10</sup> di cui all'art. 16 Cost. attese sia le limitazioni intervenute alla circolazione delle persone - impossibilitate ad allontanarsi dalle proprie dimore se non per ragioni preminentemente lavorative, di salute o per motivi di particolare urgenza e necessità - sia i divieti di spostamento tra Comuni o Regioni, nonché le soppressioni e le riduzioni dei trasporti pubblici locali, fatti salvi i servizi minimi essenziali.

La libertà di riunione sancita dall'art 17 Cost. è stata altresì sacrificata sull'altare delle misure emergenziali: sono state vietate riunioni, iniziative, manifestazioni in luogo privato, pubblico od aperto al pubblico di qualsiasi natura (sportiva, ludica, culturale, religiosa, professionale), nonché ogni forma di assembramento, ovvero qualsiasi modalità di compresenza di più persone nello stesso luogo che non fosse dovuta alla condivisione di un medesimo fine. Non è stata negata solo «la vera e propria riunione, ma si è messa in discussione anche una semplice «coda al supermercato» o «il ristorante pieno»<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>È chiaro che la libertà di circolazione e soggiorno dell'art. 16 Cost. può essere integrata dalla previsione di cui all'art. 120 Cost. che vieta alle Regioni di ostacolare la libera circolazione delle persone tra i propri territori. Tuttavia dalla stessa disciplina costituzionale si intuisce che è effettivamente possibile limitare tale libertà per ragioni di salute pubblica e sicurezza della popolazione, ma soltanto con legge ed in via generale (riserva di legge rinforzata), «come, ad esempio, nel caso di diffusione dell'epidemia da covid-19 che stiamo affrontando, che richiede l'istituzione di un cordone sanitario» da FILOMENA MARIANNA STORELLI, *La graduale limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali nella stagione del coronavirus*, in *Ius in itinere*, 9 Aprile 2020. Disponibile su: [https://www.iusinitinere.it/la-graduale-limitazione-dei-diritti-e-delle-liberta-fondamentali-nella-stagione-del-coronavirus-26470#\\_ftnref15](https://www.iusinitinere.it/la-graduale-limitazione-dei-diritti-e-delle-liberta-fondamentali-nella-stagione-del-coronavirus-26470#_ftnref15)

<sup>11</sup> LORENZO CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in LORENZO CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, cit., pp. 17-18. Il Presidente Giorgio Lattanzi evidenzia come durante l'emergenza sanitaria la libertà di circolazione non sia stata semplicemente limitata "per motivi di sanità o sicurezza" in ossequio al divieto di rango costituzionale (art. 16 comma 1 Cost.), ma sia stata soppressa a tutti gli effetti al pari proprio del diritto di riunirsi, in quanto solo le riunioni in luogo pubblico avrebbero potuto incontrare il limite di cui all'art. 17 comma 3 Cost. per "comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica", «mentre sono state rigorosamente

Non si sottovaluti la compressione subita nel nostro Paese anche dalla libertà di culto, meglio identificata dall'art. 19 Cost. come «diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata», quando sono intervenute le discusse misure di sospensione delle cerimonie civili e religiose, feriali e festive, ivi incluse quelle esequiali. Si tratta di provvedimenti governativi (D.p.c.m del 8 Marzo 2020) recepiti dalla Conferenza Episcopale Italiana ed imposti alle Autorità Ecclesiastiche locali ed in particolare agli Ordinari Diocesani, chiamati ad introdurle, con le modalità ritenute più opportune, nelle proprie comunità. Limitazioni, queste alla libertà di religione, che hanno in qualche modo costituito un *vulnus* per l'indipendenza e la sovranità della Chiesa rispetto all'ordinamento statale (art. 7 Cost.) ed una violazione, in relazione ai culti differenti dalla religione cattolica, dell'art. 8 Cost., secondo cui «tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge»<sup>12</sup>.

Tra i diritti maggiormente compressi va annoverato anche quello all'istruzione di cui all'art. 34 Cost.. Difatti, per quanto si sia prontamente intervenuti per garantire un efficiente svolgimento delle attività didattiche a distanza, non sono trascurabili le conseguenze più o meno significative derivate dalle intervenute sospensioni all'ordinaria fruizione sia dei servizi educativi

---

vietate anche tutte le riunioni in luoghi privati» in FRANCO DE STEFANO, *La pandemia aggredisce anche il diritto? Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, cit.

<sup>12</sup> STEFANO NITOGLIA, *Covid-19 e libertà religiosa*, in «L-Jus», 8 Giugno 2020. Disponibile su: <https://l-jus.it/covid-19-e-liberta-religiosa/>. L'A. ripropone un'interessante considerazione avanzata dal Presidente Emerito della Corte Costituzionale Antonio Baldassare in merito alla cosiddetta "arbitrarietà autoritaria" sulla questione della celebrazione delle messe negata ai credenti: «Anche qui c'è un arbitrio autoritario: se io faccio entrare le persone in un supermercato con il rispetto del distanziamento sociale, perché non in una chiesa? Mangiare è un bisogno fondamentale, ma anche il culto per un credente. Per la Costituzione sono pari libertà quella al sostentamento e quella spirituale» in ROBERTO LANZARA, *Dpcm in tutto incostituzionale*, Intervista ad Antonio Baldassare, Adnkronos, 27 Aprile 2020. Disponibile su: <https://bit.ly/3eDmJg9>. Sulla compressione della libertà di culto, *ex multis*: NICOLA COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 7, 2020. Disponibile su: <https://www.statoechiese.it/>; FABIO ADERNÒ, *L'emergenza "Coronavirus" in Italia: il Governo e la Chiesa*, in «Ius in itinere», 8 Maggio 2020. Disponibile su: <https://www.iusinitinere.it/lemergenza-coronavirus-in-italia-il-governo-e-la-chiesa-27827>; ALESSANDRO TIRA, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria*, in «Giustizia insieme», 16 Maggio 2020. Disponibile su: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1089-liberta-di-culto-ed-emergenza-sanitaria-il-protocollo-del-7-maggio-2020>.

dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, sia dell'attività di formazione superiore ed universitaria<sup>13</sup>.

Dunque, è innegabile che le misure assunte durante l'emergenza sanitaria abbiano compromesso «alcune tra le più elementari libertà personali», ma a ciò si deve aggiungere che «più di un dubbio è stato prospettato in ordine alla loro compatibilità con il dettato costituzionale e, in generale, in ordine alla loro coerenza con il sistema delle fonti del diritto»<sup>14</sup>.

**2. Questione di gerarchie assiologiche.** Quanto accaduto alle libertà costituzionalmente garantite durante il *lockdown* induce, per certi versi, ad ampliare lo sguardo ad alcuni concetti cardine della teoria generale del diritto.

È chiaro che il prevalere di un diritto fondamentale, a discapito di altri, richiami alcuni meccanismi o criteri di applicabilità che «danno luogo non solo ad un'ordinazione gerarchica di fonti e di norme (o di categorie di norme), ma anche ad un'ordinazione gerarchica di tecniche argomentative»; si tratta, come è stato più volte ricordato, di ordinazioni gerarchiche variabili perlopiù in relazione all'adesione ad una ideologia delle fonti del diritto piuttosto che ad

---

<sup>13</sup> LORENZO CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in LORENZO CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, cit., pp. 21-22. Vi è stato chi, riflettendo sull'interdipendenza tra diritti, ha ribadito quanto l'istruzione sia funzionale alla realizzazione di altri diritti, ragion per cui la chiusura forzata delle scuole registratasi in tutto il mondo a causa del Coronavirus «mette seriamente **a rischio i diritti dei bambini** non solo relativamente all'istruzione, ma anche all'alimentazione, alla salute e alla sicurezza. Le scuole spesso forniscono ai bambini dei pasti gratuiti ed informazioni accurate per promuovere salute, benessere e sviluppo. In assenza dell'abitudine di andare a scuola, **la salute mentale dei giovani può soffrire** a causa di sentimenti di ansia combinati con una mancanza di stimoli e socializzazione. Durante il periodo di permanenza a casa, i bambini più vulnerabili sono a maggior **rischio di sfruttamento e abuso** trovandosi in ambienti ristretti insieme alle loro famiglie, già sottoposte allo stress straordinario causato da maggiore incertezza, potenziale lutto e disoccupazione» da MARY MCEVOY, *Coronavirus: universalità ed indivisibilità dei diritti umani durante la pandemia*, in «Osservatorio diritti», 10 Aprile 2020.

Disponibile su: <https://www.osservatoriodiritti.it/2020/04/10/coronavirus-diritti-umani/>

<sup>14</sup> DANIELE PORENA, *Coronavirus: Stato, Costituzione e diritti fondamentali nei tempi dell'emergenza sanitaria*, 16 Aprile 2020. Disponibile su: <http://www.perugiatoday.it/attualita/coronavirus-stato-costituzione-diritti-fondamentali-analisi-porena-unipg.html>. Ad ogni modo, l'impressione dell'autore, al di là di qualche immagine evocativa dello "stato di eccezione" o dell'impiego di "poteri para-dittatoriali", è «che le misure fin qui adottate ben possano trovare corretto svolgimento nella filiera della legalità costituzionale».

un'altra<sup>15</sup>. A tal riguardo, sembra opportuno rifarsi, preliminarmente, all'individuazione minima di quattro tipologie di gerarchie normative operata da Guastini nel momento in cui riconosce che «in tutti gli ordinamenti giuridici evoluti le norme sono legate tra di loro da molteplici vincoli di gerarchia»<sup>16</sup>.

La suesposta compressione dei diritti fondamentali costituirebbe, in maniera piuttosto evidente, una conseguenza del delinarsi di una gerarchia sostanzialmente assiologica, ma con una precisazione non del tutto scontata da fare: non siamo certamente innanzi ad uno di quei casi agevolati (richiamati diffusamente in dottrina) in cui, assunto che i diritti fondamentali non si trovano tutti sullo stesso piano, si presentano alcuni di essi, in particolare i diritti di libertà, che «sono assiologicamente sovraordinati» ad altri diritti fondamentali, ovvero i «diritti sociali e politici e dunque prevalgono sempre su di essi»<sup>17</sup>. La gerarchia

---

<sup>15</sup> GIORGIO PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna 2010, pp. 37-39. In queste pagine Pino presenta tre ideologie delle fonti del diritto differenti, rilevando le variazioni sul piano dell'ordinazione gerarchica normativa: nel caso di un'ideologia legata ad una cultura di tipo legalista e formalista, sarà preminente l'applicazione delle disposizioni legislative ed una tecnica argomentativa che garantisca la primazia della legge; un'ideologia delle fonti del diritto orientata ad una impostazione sostanzialista-giusnaturalista avallerà «tecniche argomentative idonee ad assicurare la realizzazione di certi valori sostanziali anche al di là della lettera della legge»; un'ideologia «di stampo (neo-)costituzionalista tenderà ad impiegare le tecniche argomentative idonee ad assicurare l'ideale della supremazia della costituzione e della maggiore penetrazione possibile dei valori e dei principi costituzionali in tutto l'ordinamento giuridico»; l'autore, inoltre, richiamando l'espressione di Neil MacCormick, «*a theory of legal reasoning requires and is required by a theory of law*», evidenzia come «l'adesione ad una data ideologia delle fonti del diritto renderà dunque giustificato il ricorso ad alcuni, e non ad altri, argomenti interpretativi, o stabilirà ordini di preferenza tra i vari argomenti interpretativi disponibili». Si veda: NEIL MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, VITTORIO VILLA (a cura di), ALDO SCHIAVELLO (trad. it.), Giappichelli, Torino 2001, p. 261.

<sup>16</sup> RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano 2010, p. 242 ss. «Seguendo una tipologia proposta da Riccardo Guastini, possiamo individuare come principali tipi di gerarchie normative: le gerarchie strutturali, le gerarchie materiali, e le gerarchie assiologiche» in GIORGIO PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 40. Alle tipologie di gerarchie normative richiamate da Giorgio Pino deve aggiungersi anche la categoria delle «gerarchie logiche o linguistiche, attinenti cioè al linguaggio, sono quelle che intercorrono tra due norme allorché l'una verte (metalinguisticamente) sull'altra»; ben diverse, dunque, dalle «gerarchie strutturali o formali, attinenti cioè non al contenuto delle norme, ma alla struttura (dinamica) dell'ordinamento: sono quelle che intercorrono tra le norme sulla produzione giuridica (in senso stretto) e le norme la cui produzione è da quelle disciplinata» e dalle «gerarchie materiali o sostanziali, attinenti cioè al contenuto delle norme: sono quelle che intercorrono tra due norme allorché una terza norma statuisce che una delle prime due è invalida qualora confligga con l'altra», da RICCARDO GUASTINI, *Gerarchie normative*, in «*Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*», 21, 2013, Online 01 December 2013. Disponibile su: <http://journals.openedition.org/revus/2700>.

<sup>17</sup> ANTONIO PUNZI, *Diritto certezza sicurezza*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 10-11. Si tratta di considerazioni, molto utili alla trattazione in corso, che si inscrivono in una approfondita riflessione

assiologica delineatasi durante la pandemia è molto più complessa e discussa, anche perché non corrisponde ad alcuna gerarchia materiale o, al massimo per qualcuno, potrebbe corrispondervi solo parzialmente<sup>18</sup>.

Tentando, dunque, di applicare gli schemi guastiniani a tale gerarchia assiologica, è necessario esprimersi in termini piuttosto tecnici. Difatti, posto che le gerarchie assiologiche sussistenti tra due o più norme, costituiscono sempre il frutto di un giudizio di valore espresso dall'interprete, il quale può ascrivere ad una norma un valore superiore ad un'altra norma, molto limitata appare la rilevanza assunta dal contenuto delle norme nella relazione assiologica stessa.

Pertanto, in virtù del rilevante ed esclusivo ruolo rivestito dall'interprete nell'edificare un ordine gerarchico di questo tipo, non dovrebbe destare meraviglia la vivacità del dibattito sorto intorno alle decisioni politiche (alcune delle quali precedentemente vagliate) che, comprimendo le libertà fondamentali, hanno di fatto segnato una gerarchia assiologica a tutti gli effetti; ancor di più, nel caso di specie, ove il giudizio di valore dell'interprete (decisore politico) non poteva essere implicito, così come accade di frequente quando ci si trova innanzi a principi costituzionali supremi sovraordinati ad altre norme costituzionali o a principi fondamentali di una determinata materia sovraordinati alle norme di dettaglio connesse. Durante l'emergenza le misure intervenute rivelano un giudizio di valore (espresso) che, non potendosi risolvere in un'interpretazione della norma N2 conforme alla norma N1<sup>19</sup>, è approdato alla soluzione finale della

---

sull'«attenzione degli studiosi e dell'opinione pubblica sulla dialettica tra tutela della sicurezza nazionale ed internazionale e garanzia delle libertà individuali, con particolare riferimento alla riservatezza della vita e delle comunicazioni private. Di tale vicenda c'è un profilo che più specificamente interessa la filosofia della giurisprudenza: il c.d. "scandalo *Datagate*", infatti, sembra far emergere una sorta di dissidio interno agli odierni stati di democrazia costituzionale[...], che l'effettiva tutela del diritto alla libertà personale richiede, in certa misura, il sacrificio di questo stesso diritto» (Ivi, p. 10).

<sup>18</sup> «Una gerarchia assiologica può concorrere anche con una gerarchia materiale, e in tal caso la norma "inferiore" è non solo disapplicata, ma anche dichiarata invalida (o meglio è disapplicata oppure dichiarata invalida a seconda che l'organo dell'applicazione di volta in volta interessato abbia o meno anche il potere di annullare norme). Questa è, però, solo una possibilità contingente: non è detto che tra due norme si diano al contempo un rapporto di gerarchia assiologica e uno di gerarchia materiale» da GIORGIO PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in «Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 16, 2011, p. 12.

<sup>19</sup> L'interpretazione di una norma N1 conforme ad una norma N2 in una struttura gerarchizzata di tipo sostanzialmente assiologico richiama, in modo abbastanza immediato, la questione

prevalenza della norma N1 sulla norma N2 e su altre norme ancora, seppur in assenza di norme positive che lo stabilissero<sup>20</sup>.

In particolare, è stata segnata la netta prevalenza della norma N1 di cui all'articolo 32, comma 1 della Costituzione («La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività») su una serie di norme (N2, N3, N4, N5...) disciplinanti le varie libertà fondamentali, sulla cui limitazione ci si è soffermati in precedenza.

È prevalso, secondo alcuni autorevoli pareri, «quel diritto che nella Costituzione è il più fondamentale tra tutti: il diritto alla salute», uno dei pochi che rende «possibili limitazioni di altri nostri diritti fondamentali»<sup>21</sup>. Ma al di là della

---

dell'interpretazione conforme a Costituzione, anche detta interpretazione adeguatrice (in questo caso ad una gerarchia assiologica corrisponde una gerarchia materiale), i cui presupposti si fondano sul carattere polisenso della disposizione da interpretare ed applicare, nonché sull'esistenza di almeno un significato normativo conforme a Costituzione: là dove ad una disposizione corrispondono plurimi significati normativi, connotati da diverso grado di plausibilità, allora opera il canone dell'interpretazione adeguatrice nel senso che il giudice deve privilegiare quello che non si pone in contrasto con parametri costituzionali, piuttosto che per un'interpretazione che, ancorché maggiormente plausibile, sia in contrasto con la Costituzione» da GIOVANNI AMOROSO, *L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Il Foro Italiano*, vol. 121, 2, febbraio 1998, p. 91. Per un approfondimento sul tema, *ex multis*: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006, pp.107-290; FRANCESCO MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, pp. 145-260; MARILISA D'AMICO, BARBARA RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Torino, 2009; FRANCESCO MODUGNO, *La teoria della Costituzione*, in *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Giappichelli, Torino 2009; ANTONELLO CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Ariccia 2011, pp. 160-340; FRANCESCO MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2015, p. 461 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano, 2016, p. 391 ss.; MARCO RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, da Atti Seminario del Gruppo di Pisa – Il Sistema "accentrato di costituzionalità", Università di Pisa - 25 ottobre 2019, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2019, pp. 37-48.

<sup>20</sup> RICCARDO GUASTINI, *Gerarchie normative*, cit., p. 61. La relazione assiologica delineatasi durante il coronavirus è complessa in quanto avrebbe ad oggetto contrastanti "principi", vocabolo con cui «i giuristi sembrano riferirsi a norme[...]che essi considerano in qualche senso "fondamentali", ossia dotate di una importanza speciale dal punto di vista assiologico[...]. L'idea soggiacente è che, dal punto di vista valutativo, le norme giuridiche non siano tutte sullo stesso piano: talune norme esprimono i valori etico-politici che caratterizzano la fisionomia – meglio: l'identità assiologica- del sistema giuridico, e in questo senso sono "sovraordinate" (assiologicamente sovraordinate) alle rimanenti» da RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., p. 202.

<sup>21</sup> Queste sono le considerazioni sul punto di Gaetano Azzariti, il quale ritiene che le gravi limitazioni dei diritti di libertà sarebbero state inammissibili in qualsiasi altro caso «salvo che per motivi di sanità e sicurezza. Questo la Costituzione lo ribadisce all'articolo 16. Sarebbe un colpo di Stato vietare la circolazione se non ci fosse questa ragione. Sarebbe un colpo di Stato vietare di riunirsi pacificamente e senza armi se non ci fossero, e lo dice l'articolo 17, motivi di sicurezza

possibilità che si giustifichi la prevalenza del diritto alla salute per espresse previsioni costituzionali, non sfuggirà come le scelte sul valore da conferire alle norme dipendano «dalle ideologie che informano l'esperienza giuridica, o un suo particolare settore, in un dato momento»<sup>22</sup>.

Orbene, in quella fase di grave emergenza, le contingenze hanno indotto il decisore, giustamente, ad individuare una regola di precedenza del diritto alla salute sugli altri diritti in gioco, ricorrendo ad una delle più efficaci e note tecniche di risoluzione di conflitti sussistenti tra diritti costituzionali: la tecnica del bilanciamento<sup>23</sup>.

**3. Un bilanciamento indispensabile: istruzioni per l'uso.** L'azione messa in campo dal Governo nel corso dell'emergenza sanitaria, che pur ha destato le perplessità di chi riteneva si dovesse ricorrere ad un maggior coinvolgimento del Parlamento e dell'azione legislativa<sup>24</sup>, si è correttamente

---

e incolumità pubblica comprovati» da *Coronavirus, il costituzionalista: "Libertà limitate? Diritto alla salute prevale. Deputato positivo? Tutti i parlamentari devono votare"*, Intervista a Gaetano Azzariti disponibile su: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/03/11/coronavirus-il-costituzionalista-liberta-limitate-diritto-alla-salute-prevale-deputato-positivo-tutti-i-parlamentari-devono-votare/5733370/>

<sup>22</sup> PIERLUIGI CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999, p. 287. «Il rapporto di preferenza tra norme determinato da una gerarchia assiologica deriva, evidentemente, da una scelta di valore. Tale scelta di valore può essere formulata da una espressa previsione normativa, oppure può essere introdotta da giuristi tramite operazioni interpretative e argomentative» da GIORGIO PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 44. Sul variare della gerarchia tra valori fondamentali in relazione al caso concreto: ANDREA MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in «Enciclopedia del diritto», Annali, vol. II, Milano 2008, pp. 185 ss.

<sup>23</sup> Si veda: ANTONIO PUNZI, *Diritto certezza sicurezza*, cit., p. 10.

<sup>24</sup> A tal riguardo, si ricordano le impressioni di Giorgio Lattanzi: «in generale mi sembra che la compressione di diritti fondamentali non possa avvenire in un modo così invasivo attraverso fonti diverse da quella legislativa. Né per legittimare la congerie anche contraddittoria di provvedimenti del Presidente del Consiglio dei ministri, di singoli ministri, di presidenti di regioni o di sindaci che incidono su diritti fondamentali possono bastare le disposizioni di un decreto-legge che in modo generico attribuisce poteri in tal senso. Aggiungo che fino ad oggi il Parlamento è rimasto sostanzialmente assente invece di svolgere la sua funzione di controllo sul Governo[...]. In una situazione di emergenza come quella che stiamo vivendo il Parlamento dovrebbe costituire un punto di riferimento per il Paese, anche se le sue riunioni potrebbero essere rischiose per i parlamentari presenti» da FRANCO DE STEFANO, *La pandemia aggredisce anche il diritto? Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, cit.. Si suggerisce altresì: SILVIA COVOLO, *Il difficile bilanciamento tra la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività e gli altri diritti inviolabili, ai tempi dell'emergenza coronavirus. Soltanto il parlamento può essere garante contro l'arbitrio del potere esecutivo*, in «diritto&diritti», disponibile su: [diritto.it](http://diritto.it)

avvalsa degli strumenti essenziali di applicazione dei diritti. Invero, il libretto delle istruzioni sull'uso della tecnica del bilanciamento, anche detta "ponderazione" dei diritti, sottende due operazioni distinte ma essenziali a cui il Governo pare proprio non abbia rinunciato: da una parte «l'idea di assegnare un peso a qualcosa, e per altro verso l'idea di mettere in equilibrio, di contemperare qualcosa con qualcos'altro»<sup>25</sup>.

Tale duplicità di intenti emerge nitidamente dall'intervento tenuto in data 30 aprile presso la Camera dei Deputati dal Presidente del Consiglio Giuseppe Conte, il quale ha affermato: «il diritto costituzionale – lo ricordo innanzitutto a me stesso – è equilibrio: equilibrio nel rapporto tra poteri, equilibrio nel bilanciamento dei diritti e delle garanzie. Quando – come in questa stagione di emergenza – sono in gioco il diritto alla vita e il diritto alla salute, beni che oltre a vantare il carattere fondamentale costituiscono essi stessi il presupposto per il godimento di ogni altro diritto, le scelte per quanto "tragiche", come direbbe Guido Calabresi, diventano addirittura obbligate». Una posizione questa che valorizza senz'altro il ricorso al bilanciamento nella necessaria ricerca di un equilibrio tra diritti confliggenti, ma che non trascura affatto l'attribuzione del giusto peso al diritto alla vita ed alla salute, alla luce non solo di un'esigenza sistematica (la supposta primazia riconosciuta nel dettato costituzionale), ma anche di un'esigenza «"contestuale", ovvero la sussistenza di una situazione emergenziale»<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> GIORGIO PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in «Etica & Politic/Ethics & Politics», 1, 2006, p. 26. Disponibile su: [http://www.units.it/etica/2006\\_1/PINO.htm](http://www.units.it/etica/2006_1/PINO.htm) Pino si sofferma con attenzione sul tema dell'equilibrio come obiettivo ultimo del bilanciamento: «è diffusa l'idea che l'operazione del bilanciamento debba tendere a rendere possibile la coesistenza di due principi o diritti in conflitto, trovando un punto di equilibrio. L'uso ricorrente di questa terminologia metaforica maschera, credo, la difficoltà di non poter risolvere la contraddizione normativa dichiarando l'invalidità o l'abrogazione o la derogazione di una delle due norme in conflitto: entrambe sono valide, e restano valide anche dopo la soluzione del conflitto, ma una dovrà necessariamente prevalere; e se una prevale ma l'altra resta comunque valida, ciò deve significare (così si potrebbe pensare) che tra le due è stato trovato un compromesso, un punto di equilibrio».

<sup>26</sup> ANDREA BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in «Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa», Maggio 2020. Disponibile su: <https://www.diritticomparati.it/quale-bilanciamento-tra-i-diritti-nellemergenza-sanitaria-due-recentissime-posizioni-di-marta-cartabia-e-giuseppe-conte/>

È innegabile che tale emergenza costituisca uno degli argomenti probanti più solidi a sostegno della preferenza della tutela della salute rispetto ai diritti di libertà<sup>27</sup> che ne escono duramente compromessi, sebbene solo temporaneamente; la bilancia con cui il Governo è chiamato a soppesare i diritti in gioco pende fortemente dal lato del diritto alla vita ed alla salute attesa la “strumentalità” rispetto all’esercizio ed al godimento degli altri diritti costituzionali. Inoltre, immaginando di valorizzare gli esiti a cui è pervenuta la nota sentenza della Corte Costituzionale 85/2013 sul caso Ilva<sup>28</sup> ed accogliendo, pertanto, l’idea che non esista «una gerarchia “astratta e statica” dei valori costituzionalmente garantiti, in forza, invece, di una tutela “sistematica e dinamica” che tenga conto di tutti gli interessi antagonisti»<sup>29</sup>, non potrà comunque trascurarsi la differenza

<sup>27</sup> Si suggerisce la riflessione di Antonio Punzi sul “ripensamento della certezza” del diritto, in cui affronta il dibattito su norme e principi partendo dalla critica al positivismo giuridico di Dworkin sino ad arrivare alla teoria dell’argomentazione di Alexy, con particolare attenzione alla tecnica del bilanciamento: ANTONIO PUNZI, *Diritto in formazione*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 176-179.

<sup>28</sup> «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistematica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo «fondamentale», contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona». [...] La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» in: sentenza Corte costituzionale n. 85 del 9 maggio 2013, disponibile su: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Anche nella più recente sentenza sul caso Ilva, n. 58 del 7 febbraio 2018, la Corte si sofferma sulla questione del bilanciamento, sostenendo come esso debba «rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati».

<sup>29</sup> ANNA GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al “caso Ilva”*, in *federalismi.it*, 12, 2019, p. 17. Si tratta di considerazioni che si rifanno direttamente alla teoria della cosiddetta “gerarchia mobile” dei valori costituzionali, piuttosto diffusa in dottrina. Si veda: ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell’applicazione della legge*, in MASSIMO LA TORRE, ANTONINO SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino 2002, p. 55.

Le gerarchie assiologiche mobili sono il risultato di un atto di bilanciamento, con cui di volta in volta il giudice attribuisce ad uno di due principi in conflitto, un peso, un’importanza etico-politica maggiore dell’altro. La supremazia di una norma rispetto ad un’altra non è assoluta, ma relativa. Una medesima norma può avere valore diverso secondo gli interpreti; inoltre, il suo valore cambia a seconda delle circostanze: una norma, cui viene attribuito peso maggiore rispetto ad un’altra in

intercorrente tra i beni di pregio costituzionale sul piano qualitativo. A tal riguardo pienamente condivisibile pare, a sostegno della scelta di limitare i diritti di libertà, l'ulteriore considerazione che la compressione (temporanea) di questi ultimi non determini affatto un sacrificio permanente, mentre la compressione del diritto alla salute o alla vita sarebbe stata irreversibile e «non ristorabile»: i diritti di questo tipo sono come «palline di cristallo, molto fragili» ed irreparabili qualora si distruggano, mentre le libertà fondamentali sono paragonabili a «palline antistress, che recuperano la loro forma originaria in pochi secondi»<sup>30</sup>. Difatti, sebbene sia stato impiegato ben più di qualche secondo, si può constatare come, nel nostro Paese, si sia assistito alla fase di graduale riespansione delle palline compresse, sventato il diffuso timore che, in seguito all'indispensabile opera di bilanciamento, si protraessero ad oltranza le misure adottate dal Governo «a favore della più democratica delle libertà: libertà dalla malattia e dalla morte»<sup>31</sup>.

La gerarchia assiologica mobile (per la quale non vi è alcuna garanzia che in futuro non possa essere capovolta) istituita dal Governo tra il diritto alla salute e gli altri diritti di libertà è la rappresentazione di un tipo di bilanciamento tecnicamente definito *ad hoc* o “caso per caso” in cui la decisione «è apparentemente attinta tramite un apprezzamento equilibrato e approfondito[...]degli interessi in gioco, delle caratteristiche rilevanti del caso, del loro peso, e ulteriori considerazioni di questo tenore, e prescindendo del tutto dall'applicazione di una regola»<sup>32</sup>; la gestione dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione, soprattutto in fasi di particolare urgenza o fibrillazione, deve necessariamente passare attraverso il momento politico: il decisore politico è

---

una determinata circostanza, può avere peso inferiore a quella in un'altra circostanza» da BARBARA MALVESTITI, *Dignità umana come norma suprema*, in ID., *La dignità umana dopo la “Carta di Nizza”. Un'analisi concettuale*, Orthotes, Napoli-Salerno 2015.

<sup>30</sup> ANDREA BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, cit.

<sup>31</sup> Tratto da un'intervista di Paolo Emilio Landi a Gustavo Zagrebelsky sulla compressione delle libertà durante la pandemia: Zagrebelsky, *“Giusti divieti per il diritto alla vita. Non vedo prove di dittatura”*. Disponibile su: <http://www.libertaegiustizia.it/2020/03/22/zagrebelsky-giusti-divieti-per-il-diritto-alla-vita-non-vedo-prove-di-dittatura/>

<sup>32</sup> «Questo modo di concepire il bilanciamento è implicito ogniqualvolta si afferma che la soluzione del conflitto può essere raggiunta solo per il caso concreto, per un caso dato, solo per il caso che si sta giudicando, o espressioni simili» da GIORGIO PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., pp. 187-188.

chiamato ad argomentare ed a rendere operativi i diritti fondamentali, che devono essere specificati, «e questo vuol dire che occorrerà esperire bilanciamenti, valutazioni comparative tra diritti e interessi contrapposti ecc.»<sup>33</sup>.

Le teorie dell'argomentazione giuridica più raffinate mostrano considerevoli punti di contatto con la questione in esame, tanto è vero che si potrebbe pensare, ad esempio, di vagliare le misure anti-Covid assunte dal Governo alla luce della struttura argomentativa della ponderazione prospettata da Manuel Atienza nell'ambito della propria concezione "formale" del ragionamento giuridico. In particolare, ci troveremmo ad analizzare uno degli interessanti casi in cui vi sia ponderazione tra una direttrice costituzionale (rappresentata in questo caso dalla tutela del diritto alla salute come diritto individuale ed interesse collettivo di cui all'art 32 Cost.) e principi in senso stretto (le libertà costituzionalmente garantite), ove la prima rivela una forza sufficiente a limitare sensibilmente l'ambito di questi ultimi. Si tratta di un'operazione che, presupponendo elevati livelli di discrezionalità, si rivolge essenzialmente agli organi di governo ed amministrativi e non già al potere giurisdizionale (come solitamente accade): «il punto di partenza è costituito dalla necessità di concretizzare un obiettivo tenendo in conto, certamente, che ciò non può essere fatto prescindendo dal come si possano pregiudicare i restanti obiettivi meritevoli di tutela stabiliti dal sistema e ledendo i limiti fissati dai principi in senso stretto»<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Ivi, pp. 211-215.

<sup>34</sup> MANUEL ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, pp. 170-180. «Però i principi in senso stretto sono norme di azione[...] e le direttrici sono norme di fine; queste ultime stabiliscono l'obbligo, il permesso, etc., di raggiungere obiettivi- stati di cose- economici, sociali, etc., a loro volta fissati in modo molto generico. D'altro lato, data l'apertura delle condizioni di applicazione, è praticamente inevitabile che, in un determinato caso, non vi sia un unico principio applicabile; di solito concorrono vari principi che pongono esigenze contrapposte. La ponderazione è il modo di trovare una soluzione per questo tipo di tensione. A seconda che si tratti fondamentalmente dell'uno o dell'altro tipo di principio, bisogna distinguere tra due tipi di ponderazione. Una è la ponderazione che ha luogo fondamentalmente tra principi in senso stretto, cioè tra norme di azione[...]. Altro tipo di ponderazione è quella che ha luogo a partire da direttrici. Mi riferisco con questo al processo di concretizzazione che porta a stabilire una serie di misure (che possono consistere in regole di azione o di fine, o semplicemente in provvedimenti concreti che sanciscono l'obbligo di realizzare una certa azione) a partire da una o varie direttrici.[...]È ovvio che le direttive giocano (o possono giocare) un ruolo nel primo tipo di ponderazione, per esempio, contribuendo ad attribuire un maggior peso a qualcuno tra i principi in gioco. Così anche i principi in senso stretto nel secondo tipo di ponderazione, dato che segnano i limiti all'interno dei quali può essere portato a

Un processo di bilanciamento piuttosto originale da cui emerge una spiccata attenzione al momento teleologico del ragionamento giuridico, proprio come si ritiene sia accaduto con le misure emergenziali adottate dal Governo italiano, chiamato a sacrificare alcune libertà fondamentali, ma solo «per proteggere altri diritti o per prevenire una catastrofe»<sup>35</sup>.

---

compimento il processo di concretizzazione. Si dovrebbe per questo pensare ad un terzo tipo di ponderazione, quella che ha luogo tra principi in senso stretto e direttrici». (Ivi, pp. 174-175).

<sup>35</sup> RONALD MYLES DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 289.

## AUTORI

FRANCESCO ALAIMO, Avvocato in Roma

PAOLO BERNARDO, Dottorando di ricerca in Diritto e Impresa

CLAUDIA MASCIOPINTO, Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa

SALVATORE MARIA PISACANE, Dottorando di ricerca in Diritto e Impresa

CAMILLA RACO, Dottoressa magistrale in Giurisprudenza

PIETRO MARIA SABELLA, Dottore di ricerca in Diritto e Impresa

LLR - LUISS Law Review  
Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli  
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016  
ISSN 2531-6915  
Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco  
Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino  
LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009